

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

VÕ HOÀNG QUÂN

**BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI  
ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG  
ĐẤU THẦU XÂY LẬP THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

*Chuyên ngành: Luật Kinh tế*

*Mã ngành : 62 38 01 07*

**LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC**

**Người hướng dẫn khoa học: PGS.TS. Dương Đăng Huệ**

## **LỜI CAM ĐOAN**

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các dẫn liệu, kết quả nghiên cứu nêu trong Luận án là trung thực và tôi xin chịu trách nhiệm về tất cả những dẫn liệu, kết quả nghiên cứu đó. Luận án này chưa được ai công bố trong bất kỳ công trình nào khác.

**Tác giả luận án**

**VÕ HOÀNG QUÂN**

## DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT TRONG LUẬN ÁN

<b>BLNH</b>	Bảo lãnh ngân hàng
<b>BLDS</b>	Bộ luật Dân sự
<b>HSDT</b>	Hồ sơ dự thầu
<b>HĐQT</b>	Hội đồng Quản trị
<b>HSMT</b>	Hồ sơ mời thầu
<b>NHNN</b>	Ngân hàng Nhà nước
<b>TNHH</b>	Trách nhiệm hữu hạn
<b>UBND</b>	Ủy ban Nhân dân
<b>USD</b>	Đô la Mỹ
<b>VND</b>	Đồng Việt Nam
<b>TCTD</b>	Tổ chức tín dụng
<b>KHĐT</b>	Kế hoạch Đầu tư
<b>BLTNĐT</b>	Bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp
<b>NHTM</b>	Ngân hàng Thương mại
<b>URDG</b>	Uniform Rules for Demand Guarantees – Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh trả tiền ngay
<b>UNCITRAL</b>	Công ước Liên hợp quốc về Bảo lãnh độc lập và Tín dụng dự phòng
<b>NHTM</b>	Ngân hàng Thương mại
<b>ĐCS</b>	Đảng Cộng sản
<b>CHXHCN</b>	Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa
<b>QLDA</b>	Quản lý dự án

## MỤC LỤC

<b>Mở đầu</b>	01
<b>Chương 1 : TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT NGUYÊN CỨU</b>	09
1.1. Tổng quan tình hình nghiên cứu	09
1.2. Cơ sở lý thuyết nghiên cứu	25
Kết luận Chương 1	31
<b>Chương 2 : NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP</b>	32
2.1. Khái quát chung về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp	32
2.2. Tổng quan pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp	57
Kết luận Chương 2	84
<b>Chương 3 : THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP</b>	85
3.1. Thực trạng các quy định pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp	85
3.2. Thực trạng thực hiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp	110
3.3. Đánh giá chung	119
Kết luận Chương 3	124
<b>Chương 4 : ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP</b>	125
4.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam	125
4.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam	130
Kết luận Chương 4	142
<b>KẾT LUẬN</b>	143
<b>DANH MỤC CÔNG TRÌNH KHOA HỌC CỦA TÁC GIẢ</b>	
<b>DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO</b>	



## **PHẦN MỞ ĐẦU**

### **1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu**

Kể từ khi Việt Nam chuyển sang nền kinh tế thị trường, các hoạt động kinh tế cơ bản đã được thực hiện theo các quy luật của thị trường, trong đó có hoạt động đấu thầu các công trình xây lắp. Mục tiêu của hoạt động đấu thầu là sử dụng hiệu quả các nguồn lực xã hội một cách hiệu quả và minh bạch nhất. Có thể nói, đấu thầu là một trong những phương thức kinh doanh có hiệu quả cao, điều này đã được khẳng định không chỉ ở Việt Nam mà còn ở nhiều nước trên thế giới. Thông qua đấu thầu, công tác quản lý trong lĩnh vực đầu tư của Nhà nước ngày càng được nâng cao, nguồn vốn được sử dụng có hiệu quả, hạn chế được thất thoát, lãng phí, đảm bảo tạo ra một sân chơi công bằng, minh bạch nhằm thu hút các nhà thầu có năng lực tham gia cung cấp hàng hóa, dịch vụ. Nhờ có đấu thầu, các chủ đầu tư đã lựa chọn được những nhà thầu đáp ứng được yêu cầu của mình. Đồng thời, về phía nhà thầu cũng tích lũy được nhiều kinh nghiệm trong cạnh tranh, tiếp thu được nhiều kiến thức khoa học tiên tiến hiện đại phục vụ việc triển khai những dự án lớn, có điều kiện để khẳng định mình, có cơ hội cạnh tranh trong thị trường trong nước và quốc tế. Với tầm quan trọng của công tác đấu thầu là nhằm quản lý việc chi tiêu, sử dụng các nguồn tiền một cách có hiệu quả nên trên thế giới hiện nay các định chế tài chính đều áp dụng các quy định về đấu thầu để giải ngân đối với các khoản tài trợ cho các quốc gia vay vốn. Có thể kể đến các quy định trên thế giới về đấu thầu mua sắm như Luật mẫu về Đấu thầu của UNCITRAL (Liên Hợp quốc), Hiệp định Mua sắm chính phủ của WTO, Hướng dẫn đấu thầu mua sắm của Ngân hàng Thế giới (WB), Ngân hàng Phát triển Châu Á (ADB)...

Bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm truyền thống, sớm được sử dụng rộng rãi và được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Bảo lãnh ngân hàng là nghiệp vụ nhằm ràng buộc các bên có trách nhiệm nhất định để thực hiện một hợp đồng đã thống nhất, trong đó ngân hàng đóng vai trò trung

gian rất quan trọng. Đây cũng chính là các hợp đồng song phương giữa ngân hàng và chủ đầu tư, giữa ngân hàng và nhà thầu, nhằm thống nhất xử lý các mối quan hệ hợp đồng. Hoạt động bảo lãnh bảo hành được coi là một nghiệp vụ cấp tín dụng của ngân hàng, mang tính phổ biến tại các quốc gia trên thế giới và ngày càng phát triển mạnh mẽ. Trong lĩnh vực xây dựng cơ bản, một số loại hình bảo lãnh của các ngân hàng thương mại như: bảo lãnh dự thầu, bảo lãnh hợp đồng, bảo lãnh bảo hành,... thường xuyên xảy ra đã góp phần cho việc thực hiện thành công trong quan hệ hợp đồng. Ngân hàng với tư cách là bên bảo lãnh cho nhà thầu một khoản tiền theo quy định, cam kết với chủ đầu tư về việc thực hiện hợp đồng của nhà thầu. Nếu nhà thầu vi phạm hợp đồng, gây thiệt hại trong quá trình xây dựng thì ngân hàng sẽ đứng ra trả tiền cho chủ đầu tư với số tiền đã bảo lãnh.

Hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp hiện cũng đang tạo ra nguồn thu không nhỏ cho các ngân hàng thương mại thực hiện bảo lãnh, nhưng cũng tiềm ẩn không ít rủi ro. Vấn đề *“bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp”* hiện đang được coi là *“một bước chuẩn bị nhỏ”* nhưng chắc chắn phải gặp trong đấu thầu xây dựng. Đây là vấn đề tiên quyết đảm bảo sự hợp lệ của hồ sơ dự thầu (căn cứ pháp lý để thực hiện quá trình đấu thầu) nhưng lại chịu sự ảnh hưởng của rất khác nhau giữa quy định về đấu thầu và quy định tín dụng ngân hàng. Tuy nhiên, hiện nay do một số chính sách không đồng bộ, nên việc thực hiện bảo lãnh chưa phát huy hết tác dụng của nó, vẫn còn tồn tại một số hạn chế. Điều này, đòi hỏi các nhà làm chính sách cần nghiên cứu kịp thời, để sớm trình cấp thẩm quyền ban hành một số chính sách đồng bộ, chặt chẽ, phù hợp với nhu cầu phát triển, đặc biệt là trong lĩnh vực xây dựng cơ bản. Các tranh chấp phát sinh giữa ngân hàng thương mại (bên bảo lãnh) và khách hàng (bên được bảo lãnh) và bên thụ hưởng (bên nhận bảo lãnh) ngày càng nhiều, cho thấy pháp luật hiện hành về

hoạt động bảo lãnh bảo hành chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn hội nhập quốc tế đặt ra.

Với thực tế trên, yêu cầu hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp để đáp ứng quá trình phát triển mạnh mẽ của nền kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế ở Việt Nam đang trở lên cấp bách. Chính vì vậy, tác giả đã lựa chọn đề tài “*Bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp theo pháp luật Việt Nam*” để nghiên cứu và làm Luận án Tiến sĩ luật học với mong muốn góp phần làm rõ cơ sở lý luận và thực tiễn nhằm hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam.

## **2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu**

### **2.1. Mục đích nghiên cứu**

Mục đích nghiên cứu của luận án là nghiên cứu các vấn đề lý luận và thực tiễn để xây dựng các luận cứ khoa học góp phần hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam.

### **2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu**

Từ mục đích nghiên cứu đặt ra ở trên, nhiệm vụ nghiên cứu của luận án được xác định là:

- Thực hiện tổng quan các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước liên quan đến đề tài luận án để xác định rõ phạm vi nghiên cứu của luận án, đảm bảo tính mới và giá trị khoa học đối với kết quả nghiên cứu của luận án.

- Nghiên cứu và làm rõ các vấn đề lý luận của pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp như khái niệm, đặc điểm, vai trò, các điều kiện ảnh hưởng, nguyên tắc cơ bản và nội dung của pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp.



- Khái quát và đánh giá thực trạng pháp luật cũng như thực trạng thực hiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam; xác định rõ những điểm thành công, chỉ ra những điểm còn hạn chế, bất cập và những nguyên nhân... Đây được coi là căn cứ thực tiễn để đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

- Từ các nghiên cứu lý luận và thực tiễn, đề xuất các định hướng và giải pháp để hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam trong thời gian tới.

### **3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu**

#### ***3.1. Đối tượng nghiên cứu***

Hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp là đối tượng nghiên cứu của nhiều ngành khoa học với nhiều cách thức và mức độ tiếp cận khác nhau. Tuy nhiên, dưới góc độ khoa học pháp lý, đối tượng nghiên cứu của luận án này là những vấn đề lý luận pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp; hệ thống pháp luật và thực trạng thực hiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam. Bên cạnh đó, nhằm làm rõ hơn các nội dung nghiên cứu, Luận án cũng đề cập khảo cứu kinh nghiệm pháp luật của một số nước trên thế giới về vấn đề này.

#### ***3.2. Phạm vi nghiên cứu***

Với yêu cầu về dung lượng và mục đích nghiên cứu của đề tài, luận án xác định phạm vi nghiên cứu như sau:

- Phạm vi nghiên cứu của Luận án này chỉ tập trung nghiên cứu và làm rõ những vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam dưới góc độ là cơ sở pháp lý điều chỉnh hoạt động bảo lãnh do ngân hàng

thương mại cung cấp cho khách hàng. Các hoạt động bảo lãnh khác và bảo lãnh chính phủ được quy định tại Luật Quản lý nợ công năm 2009 và Nghị định số 15/2011/NĐ-CP ngày 16/02/2011 của Chính phủ về cấp và quản lý bảo lãnh chính phủ không thuộc phạm vi nghiên cứu của Luận án này.

- Hoạt động bảo lãnh ngân hàng là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, chỉ ngân hàng, tổ chức tín dụng mới được coi là chủ thể bảo lãnh và đây là một nghiệp vụ cấp tín dụng. Mục đích của đề tài này là hướng tới việc hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp, vì vậy, giới hạn nghiên cứu của luận án tập trung chủ yếu vào hoạt động bảo lãnh tham gia dự thầu, không đi sâu nghiên cứu hoàn thiện quy định pháp luật về các nghiệp vụ bảo lãnh ngân hàng đặc thù khác...

#### **4. Phương pháp nghiên cứu**

Luận án tiếp cận giải quyết vấn đề nghiên cứu từ góc độ của khoa học pháp lý, tuy nhiên, do đặc thù của đối tượng nghiên cứu nên góc độ tiếp cận liên ngành, đa ngành khoa học xã hội được luận án khai thác ở mức độ tối đa. Để thực hiện mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu, dưới góc độ khái quát, luận án sử dụng phương pháp luận của chủ nghĩa Mác – Lênin về duy vật biện chứng và duy vật lịch sử làm phương pháp nghiên cứu đề tài. Bên cạnh đó, đối với từng nội dung nghiên cứu cụ thể, luận án sử dụng các phương pháp nghiên cứu khoa học truyền thống như:

- *Phương pháp phân tích, tổng hợp, logic, lịch sử* được sử dụng bao quát trong tất cả các chương, mục của luận án để phát hiện, luận giải thuyết phục về các nội dung liên quan đến chủ đề luận án, trong quá trình nghiên cứu lý luận, trong việc xây dựng các luận điểm trong từng nội dung của đề tài. Thông qua việc phân tích, tổng hợp và áp dụng logic học, luận án xây dựng khái niệm hoặc chứng minh các luận điểm được đưa ra.

- *Phương pháp luật học so sánh* được áp dụng phổ biến trong quá trình nghiên cứu đề tài. Nội dung so sánh chủ yếu bao gồm so sánh quy định của

pháp luật hiện hành của Việt Nam với tập quán quốc tế và quy định pháp luật của một số quốc gia trên thế giới, so sánh các quy định tại một số ngân hàng thương mại trong việc thực hiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng.

- *Phương pháp thống kê* được áp dụng trong quá trình đánh giá thực trạng pháp luật về bảo lãnh ngân hàng. Bằng việc sử dụng các số liệu thực tế, luận án sẽ chứng minh cho các luận điểm được đưa ra.

- *Phương pháp cấu trúc hệ thống* được sử dụng chủ yếu trong Chương 2 và Chương 3 của luận án nhằm nhận diện và đánh giá hệ thống pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp.

- *Phương pháp lịch sử* được sử dụng chủ yếu trong chương 3 nhằm nhận diện các đặc điểm và các bước tiến trong nhận thức và sự điều chỉnh pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp.

## **5. Những đóng góp mới của luận án**

Kết quả nghiên cứu của Luận án sẽ đưa lại một số đóng góp mới sau đây:

- Góp phần làm rõ cơ sở lý luận và thực tiễn của pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp. Mặc dù, bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp được dựa trên nền tảng chế định bảo lãnh quy định trong Bộ luật Dân sự, song bảo lãnh tham gia dự thầu là cam kết của ngân hàng với chủ đầu tư về việc thực hiện trả tiền phạt thay cho bên dự thầu nếu bên dự thầu vi phạm các quy định trong hợp đồng dự thầu. Đây là trường hợp áp dụng cho các hoạt động xây dựng, cung cấp thiết bị... nhằm hạn chế các rủi ro khi nhà thầu vi phạm các điều khoản tham gia dự thầu và khi trúng thầu lại không thực hiện được. Vì vậy, bản chất nội hàm của bảo lãnh tham gia dự thầu có những đặc thù riêng chi phối yêu cầu điều chỉnh pháp luật. Pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu

trong đấu thầu xây lắp chịu sự điều chỉnh của pháp luật dân sự, pháp luật về tín dụng ngân hàng và pháp luật về đấu thầu.

- Góp phần đánh giá thực trạng pháp luật và thực hiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam trong thời gian qua, chỉ ra những nhược điểm và nguyên nhân cả về nhận thức và quá trình thực hiện pháp luật;

- Đề xuất các giải pháp góp phần hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thi hành pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam, phù hợp với đặc điểm bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp, thúc đẩy chính sách phát triển các quan hệ tín dụng ngân hàng, đầu tư xây dựng cơ bản trong nền kinh tế ngày càng phát triển.

## **6. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án**

- Kết quả nghiên cứu của luận án sẽ góp phần làm sáng tỏ các vấn đề lý luận về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp và góp phần vào việc nghiên cứu và hoàn thiện chế định pháp luật này, đặc biệt là trong bối cảnh Việt Nam đang nỗ lực hướng tới mục tiêu bảo đảm ổn định hệ thống tín dụng ngân hàng, thúc đẩy chính sách phát triển các quan hệ tín dụng ngân hàng, đầu tư xây dựng cơ bản trong nền kinh tế ngày càng phát triển.

- Kết quả nghiên cứu của Luận án cũng sẽ là tài liệu tham khảo có giá trị trong nghiên cứu, giảng dạy và học tập pháp luật về bảo lãnh ngân hàng nói chung và pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp nói riêng.

## **7. Kết cấu của luận án**

Ngoài phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo, nội dung của Luận án được kết cấu 4 chương, có kết luận của từng chương, bao gồm:

**Chương 1:** Tổng quan tình hình nghiên cứu và cơ sở lý thuyết nghiên cứu

**Chương 2:** Những vấn đề lý luận pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp

**Chương 3:** Thực trạng pháp luật và thực hiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam hiện nay

**Chương 4:** Định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam

# Chương 1

## TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT NGHIÊN CỨU

### 1.1. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU

**1.1.1. Các nghiên cứu lý luận pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

***1.1.1.1. Các nghiên cứu lý luận về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp***

*Một là, về khái niệm, đặc điểm, phân loại bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp*

Ở Việt Nam, có khá nhiều công trình nghiên cứu đề cập nhưng chưa đi sâu phân tích khái niệm, đặc điểm, phân loại của hoạt động bảo lãnh của NHTM, cũng như chưa tách riêng, đi sâu vào mảng BLNHXL. Một số công trình nghiên cứu tiêu biểu về BLNH có thể kể đến như : Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam của Đại học Quốc gia Hà Nội (2005) [6]; Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam của Đại học Luật Hà Nội (2012) [5]; Giáo trình tín dụng ngân hàng của Học viện Ngân hàng (2001) [10]. Bài viết “*Một số vấn đề về quan hệ BLNH ở nước ta hiện nay*” của Võ Đình Toàn (2002) [30]; Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng của Lê Nguyên (1996) [17].

Ở nước ngoài, cũng có một số công trình khoa học đề cập đến khái niệm, đặc điểm, phân loại BLNH, có thể kể đến như: Bank Guarantees in International Trade (tạm dịch: *Bảo lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế*) của Roland F.Bertrams (1996) [42]; The Fraud Exception in Bank Guarantee (tạm dịch: *Ngoại lệ gian lận trong bảo lãnh ngân hàng*) của Grace Longwa Kayembe (2008) [54]. Một số công trình khoa học khác nghiên cứu về BLNH dưới khái niệm “*Guarantee*” (bảo lãnh) và “*Demand Guarantee*” hay “*Bank Demand Guarantee*” (tạm dịch: *Bảo lãnh trả tiền ngay/Bảo lãnh ngân hàng trả tiền ngay*) như : Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees

(tạm dịch : *Hướng dẫn bộ quy tắc thống nhất của ICC về bảo lãnh trả tiền ngay*) của Roy Goode (1992) [49]; Luận án Tiến sĩ luật học “*Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees*” (tạm dịch: *Một số khía cạnh pháp lý lựa chọn về bảo lãnh ngân hàng trả tiền ngay*) của Michelle Kelly-Louw (2008) [55].

Từ các công trình nghiên cứu nêu trên, có thể đưa ra nhận xét : (i) Khái niệm về BLNHXL hiện chưa thống nhất, chưa được phân tích, đánh giá, mà thường được trình bày theo hướng mô tả kỹ thuật bảo lãnh (đối tượng bảo lãnh, trách nhiệm bảo lãnh ...) chứ không đề cập dưới khía cạnh pháp lý là một quan hệ hợp đồng giữa bên bảo lãnh (NHTM) và bên nhận bảo lãnh (nhà thầu tham gia đấu thầu xây lắp) thể hiện dưới dạng quyền và nghĩa vụ của hai bên đối với nhau; (ii) Các khái niệm chưa nêu rõ được bản chất của BLNHXL là một giao dịch bảo đảm nhằm bảo đảm cho nghĩa vụ của bên được bảo lãnh (nhà thầu tham gia đấu thầu xây lắp) đối với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp).

***Hai là, về khái niệm, đặc điểm, nội dung của hoạt động BLNHXL***

Hiện nay, các công trình nghiên cứu trong nước cũng như nước ngoài thường không đề cập đến các vấn đề về khái niệm, đặc điểm, nội dung hoạt động BLNHXL. Một số công trình nghiên cứu chỉ dừng lại ở việc nghiên cứu bản chất của cam kết bảo lãnh hoặc bản chất của giao dịch bảo lãnh như : “*Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng*” của Lê Nguyên (1996) [17]; “*Một số vấn đề về quan hệ BLNH ở nước ta hiện nay*” của Võ Đình Toàn (2002) [31]; “*Xác định lại bản chất quan hệ bảo lãnh ngân hàng trong các quy định của pháp luật*” của Nguyễn Thành Nam (2013) [12].. Mặc dù các công trình này đã chỉ ra được bản chất của cam kết bảo lãnh là một quan hệ hợp đồng giữa hai bên, một bên là bên phát hành bảo lãnh (bên bảo lãnh) và một bên là bên thụ hưởng bảo lãnh (bên nhận bảo lãnh), nhưng chưa lý giải được bản chất của hoạt động BLNH, cũng như xác định các nội dung cụ thể của hoạt động BLNH, từ đó, không thể đi sâu vào hoạt động BLNHXL.

Như vậy, có thể kết luận rằng, hiện nay còn thiếu vắng các nghiên cứu về hoạt động BLNHXL trong các công trình nghiên cứu ở trong và ngoài nước. Vì vậy, trong thực tế hiện còn nhiều cách hiểu khác nhau về hoạt động BLNHXL.

***Ba là, về các rủi ro phát sinh trong hoạt động BLNHXL***

Hoạt động BLNH nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng đem lại nguồn thu không nhỏ cho TCTD, nhưng hoạt động này cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro, thậm chí những khoản tổn thất từ rủi ro có thể lớn hơn nhiều so với phí bảo lãnh mà TCTD thu được. Đặc trưng của công trình xây lắp là sản phẩm mang tính đặc thù và được hình thành từ trước. Do đó, một sự thay đổi nào đó trong quá trình triển khai, đặc biệt là quá trình đấu thầu, đều có thể gây ảnh hưởng nghiêm trọng, làm thay đổi tính năng và mục tiêu đã định. Tuy nhiên, đến nay cũng không nhiều công trình nghiên cứu cụ thể về các rủi ro mà các bên liên quan phải đối mặt trong hoạt động BLNHXL và phương thức nào để hạn chế các rủi ro đó. Chẳng hạn, trong “*Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng*” của Lê Nguyên (1996) [16], mặc dù tác giả đã dành hẳn một phần (phần III) nghiên cứu về những rủi ro của bảo lãnh và tín dụng dự phòng, nhưng mới nhìn nhận rủi ro dưới góc độ của bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Tại một số công trình khoa học khác thì không trực tiếp đề cập đến các rủi ro trong hoạt động BLNH nói riêng mà nghiên cứu chung về các rủi ro trong hoạt động tín dụng ngân hàng và các biện pháp để quản trị các loại rủi ro này, cụ thể như : “*Rủi ro tín dụng thương mại ngân hàng - Lý luận và thực tiễn*” của Trương Quốc Cường, Đào Minh Phúc, Nguyễn Đức Thắng (2010) [2]; “*Quản trị rủi ro tín dụng của ngân hàng thương mại trong quá trình hội nhập quốc tế*” của Lê Văn Dũng (2007) [3]; “*Xây dựng khung quản lý rủi ro hoạt động hướng tới giám sát ngân hàng trên cơ sở rủi ro*” của Nhóm nghiên cứu quản trị rủi ro hoạt động Ngân hàng TMCP Ngoại thương Việt Nam (2013) [18]; “*Triển khai Basel II: Khi nào và tiếp cận như thế nào?*” của Phạm Đỗ Nhật Vinh (2013) [35]. Các tài liệu này cũng có giá trị tham khảo



trong việc nghiên cứu cách thức nhận diện rủi ro và các phương thức quản lý rủi ro hiện đại theo tiêu chuẩn quốc tế. Tuy nhiên, xuất phát từ mục đích và phạm vi nghiên cứu chuyên sâu, liên quan tới nhiều ngành luật của luận án, nội dung các công trình nêu trên chưa đề cập đầy đủ và toàn diện các rủi ro phát sinh trong hoạt động BLNHXL.

### ***1.1.1.2. Các nghiên cứu lý luận pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp***

Nội dung lý luận pháp luật về hoạt động BLNHXL bao gồm 3 vấn đề cơ bản là : Khái niệm và nguyên tắc của pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng BLNHXL; cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNHXL và những yếu tố chi phối pháp luật về hoạt động BLNHXL .

#### ***Một là, về khái niệm, nguyên tắc pháp luật về hoạt động BLNHXL***

Hiện nay, các công trình nghiên cứu trong nước cũng như nước ngoài nghiên cứu chưa đầy đủ các vấn đề lý luận về pháp luật hoạt động BLNH cũng như hoạt động BLNHXL như khái niệm, nguyên tắc của pháp luật về lĩnh vực này, trong khi việc làm rõ khái niệm và các nguyên tắc này có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định cấu trúc pháp luật cũng như những nội dung cần được quy định trong pháp luật hoạt động BLNHXL. Tuy nhiên, ở từng góc độ cụ thể, cũng có một số công trình nghiên cứu đã đề cập đến nội dung nêu trên, như: *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Quốc gia Hà Nội (2005) [6]; *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Luật Hà Nội (2012) [5].

#### ***Hai là, về cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNHXL***

Việc nghiên cứu cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNHXL có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định các nội dung của pháp luật về hoạt động này. Đề cập đến vấn đề này dưới góc độ pháp luật về BLNH có một số công trình như sau: *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Quốc gia Hà Nội (2005) [6]; *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Luật Hà Nội (2012) [5]; tác phẩm *Bank Guarantees in International Trade* (tạm dịch: *Bảo*

*lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế*) của Roland F. Bertrams (1996) [42]; luận án “Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees” (tạm dịch: *Một số khía cạnh pháp lý lựa chọn về bảo lãnh ngân hàng trả tiền ngay*) của Michelle Kelly-Louw (2008) [55] và một số công trình khác ... Nhìn chung, mỗi công trình khoa học nêu trên đã nghiên cứu một hoặc một số nội dung chính trong cấu trúc pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng chứ chưa đi sâu vào BLNHXL. Chưa có nhiều công trình làm rõ việc pháp luật về hoạt động này cần điều chỉnh các nội dung gì. Đi sâu vào từng nội dung lý luận trong cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNH có thể thấy:

- Các ấn phẩm do Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) ấn hành, trong đó đáng chú ý nhất là “Uniform Rules for Demand Guarantees No.758” (URDG 758) (tạm dịch: *Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh trả tiền ngay số 758*) [53]. Đây là bộ quy tắc thể hiện các thông lệ quốc tế về BLNH, bộ quy tắc này được ban hành trên cơ sở tổng kết thực tiễn áp dụng của Uniform Rules for Contract Guarantees No.325 (tạm dịch: *Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh hợp đồng số 325*) [50] và Uniform Rules for Demand Guarantees No.458 (URDG 758) (tạm dịch: *Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh trả tiền ngay số 458*) [51]. Bên cạnh đó, các bản hướng dẫn thực hiện Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh trả tiền ngay cũng góp phần làm rõ các nội dung của Bộ quy tắc này, chẳng hạn như: “*Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*” của Roy Goode (1992) [49]. Các bộ quy tắc và bản hướng dẫn nêu trên không mang tính bắt buộc nhưng ICC đã tổng kết thực tiễn và đưa ra các quy định khuyến nghị đối với các ngân hàng thực hiện hoạt động BLNH trong thương mại quốc tế. Những quy định mang tính khuyến nghị này được coi như tập quán quốc tế và nhiều chủ thể tham gia hoạt động BLNH lựa chọn áp dụng, cũng như được nhiều quốc gia nội luật hóa trong pháp luật của họ.

- Các công trình nghiên cứu một số nội dung cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNH như: “*Chế định bảo lãnh của Việt Nam nhìn từ góc độ luật so sánh*” tác giả Bùi Đức Giang (2012) [8] đã bàn về vấn đề xác lập và thực hiện

BLNH. Công trình này đã có một số đóng góp về mặt lý luận khi nghiên cứu chế định bảo lãnh từ nhiều quốc gia khác nhau. Tuy nhiên, chế định bảo lãnh mà tác giả đề cập là chế định bảo lãnh trong vay vốn ngân hàng chứ không phải là hoạt động BLNH. Một công trình khác rất đáng chú ý là “*Bank Guarantees*” (tạm dịch: *Bảo lãnh ngân hàng*) của Credit Suisse (2010) [43]. Trong tác phẩm này, các chuyên gia Ngân hàng Credit Suisse đã làm rõ khái niệm về BLNH và các khái niệm liên quan, các dạng của BLNH, nội dung của cam kết bảo lãnh và việc thực hiện cam kết bảo lãnh, làm rõ phạm vi áp dụng của các quy định và tập quán quốc tế có liên quan về BLNH như URDG, ISP98. Trong bài viết “*Phương hướng hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng*” của Nguyễn Thành Nam (2003) [13], tác giả đã làm rõ một số vấn đề cơ bản trong cấu trúc của pháp luật về hoạt động BLNH, như chủ thể tham gia hoạt động BLNH, cơ sở và phương thức phát hành BLNH, hình thức, nội dung cam kết BLNH và các vấn đề khác trong cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNH.

Một số công trình khoa học khác tuy không trực tiếp nghiên cứu về hoạt động BLNH, nhưng lại góp phần xác định mối quan hệ giữa BLNH với các biện pháp bảo đảm khác, qua đó, góp phần làm rõ nội dung điều chỉnh của pháp luật về hoạt động BLNH, như: Đề tài nghiên cứu đặc biệt cấp Đại học Quốc gia “*Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng*” của Lê Thị Thu Thủy (2006) [30]. Trong đề tài này, tác giả đã đề cập một cách có hệ thống những vấn đề lý luận cơ bản về các biện pháp bảo đảm mà cụ thể là các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản, xác định các nội dung cần thiết khi xác lập hợp đồng bảo đảm tiền vay, đề xuất phương hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm tiền vay. Các kết quả nghiên cứu tại công trình nghiên cứu nêu trên tuy không đi sâu vào nghiên cứu cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNHXL, nhưng có thể vận dụng các kết quả nghiên cứu này trong quá trình hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL.

Như vậy, có thể kết luận rằng, cho đến nay, chưa có nhiều công trình khoa học nào nghiên cứu tổng thể, toàn diện, đầy đủ về cấu trúc pháp luật hoạt động BLNH, chưa chỉ ra được đầy đủ các nội dung cần có trong pháp luật điều chỉnh hoạt động BLNH. Tuy nhiên, đối với từng bộ phận trong cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNH cũng đã có một số công trình nghiên cứu có giá trị khoa học có thể kế thừa trong việc nghiên cứu, xây dựng cấu trúc pháp luật về hoạt động BLNHXL.

***Ba là, về những yếu tố chi phối pháp luật về hoạt động BLNHXL***

Cho đến nay, theo hướng nghiên cứu của đề tài, các công trình nghiên cứu chưa chỉ ra tổng thể các yếu tố chi phối pháp luật về hoạt động BLNHXL mà hoàn toàn chỉ dừng ở mức nghiên cứu về tổng thể các yếu tố chi phối pháp luật về BLNH. Tuy nhiên, ở giác độ khái quát và từng yếu tố cụ thể, thì đã có một số công trình nghiên cứu với những kết quả nhất định.

- Khi nghiên cứu về tác động của hội nhập quốc tế đối với pháp luật, một số công trình đã chỉ ra những ảnh hưởng của bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay ở nước ta đối với pháp luật ngân hàng nói chung và pháp luật về hoạt động BLNH nói riêng, như: Tài liệu nghiên cứu Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ của Bộ Tư pháp (2002) [1]; bài viết “*Nhân tố chủ yếu kiến tạo năng lực cạnh tranh của ngân hàng thương mại khi hội nhập kinh tế quốc tế*” của Phan Hồng Quang (2007) [20]; “*Phương hướng hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng*” của Nguyễn Thành Nam (2003) [13]; “*Vietcombank trong tiến trình hội nhập quốc tế*” của Nguyễn Phước Thanh (2009) [28]; “*Hoàn thiện pháp luật đáp ứng yêu cầu gia nhập WTO của hệ thống ngân hàng Việt Nam*” của Nguyễn Đình Tự (2007) [33].

- Một số công trình nghiên cứu có đề cập đến ảnh hưởng của các tập quán quốc tế đối với pháp luật quốc gia, chẳng hạn như Guarantees (tạm dịch: *Bảo lãnh*) của George Affaki (2003) [40], công trình này đã chỉ ra những tác động của tập quán đặc biệt là tập quán quốc tế đối với pháp luật quốc gia điều chỉnh hoạt động BLNH. Như vậy, mặc dù tập quán quốc tế không trực tiếp tác

động đến pháp luật về hoạt động BLNH, nhưng chính việc các ngân hàng trên thế giới thực hiện các tập quán này đã biến nó trở thành thông lệ quốc tế được thừa nhận và nhiều quốc gia thể chế vào pháp luật trong nước. Đối với yếu tố thực hiện chủ trương của Đảng và Nhà nước trong việc xây dựng hoàn thiện pháp luật nói chung và pháp luật về hoạt động BLNH nói riêng cũng được đề cập rải rác trong các công trình nghiên cứu.

Nhìn chung, các công trình đề cập vấn đề này mặc dù đã chỉ ra được một số yếu tố tác động đến pháp luật về hoạt động BLNH nhưng chưa mang tính hệ thống và đầy đủ, chưa có công trình nào đi sâu chỉ ra tổng thể các yếu tố chi phối pháp luật về hoạt động BLNHXL. Chẳng hạn các yếu tố về sự tương tác pháp luật, yếu tố về khả năng thực hiện pháp luật của chủ thể tham gia, vấn đề quản trị rủi ro ... chưa được đề cập đến mặc dù nó có ảnh hưởng mạnh mẽ đối với pháp luật về hoạt động BLNH thời gian qua.

### **1.1.2. Các nghiên cứu thực trạng pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam**

#### ***1.1.2.1. Thực trạng pháp luật về trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động BLNHXL***

Liên quan đến vấn đề này, hiện chỉ có một số công trình nghiên cứu quan trọng sau đây: tác phẩm “*Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng*” của Lê Nguyên (1996) [17] đã dành một chương (Chương III) nghiên cứu về quá trình soạn thảo bảo lãnh, công trình nghiên cứu này đã đưa ra các bước cơ bản trong quá trình soạn thảo bảo lãnh và nội dung của văn bản bảo lãnh. Tuy nhiên, trong tác phẩm này, tác giả quá chú trọng đến trình tự, thủ tục thực hiện BLNH theo tập quán quốc tế mà chưa đánh giá khả năng áp dụng quy trình này ở Việt Nam. Trong *Giáo trình tín dụng ngân hàng* của Học viện ngân hàng (2001) [10] đã đề cập đến thực trạng pháp luật về trình tự thủ tục BLNH nói chung thông qua việc nghiên cứu quá trình soạn thảo, phát hành và thực hiện văn bản bảo lãnh chứ chưa phân tích, đi sâu vào trường hợp BLNHXL.

Tuy nhiên, đến nay các căn cứ pháp lý cho nghiên cứu tại công trình này đã hết hiệu lực thi hành do đó nó không còn mang giá trị thực tiễn mặc dù vẫn còn có giá trị tham khảo về mặt lý luận phục vụ nghiên cứu thực trạng pháp luật về trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động BLNHXL.

### ***1.1.2.2. Thực trạng pháp luật về chủ thể tham gia hoạt động BLNHXL***

Đến nay, có khá nhiều công trình nghiên cứu đề cập đến vấn đề chủ thể tham gia hoạt động BLNH cũng như quyền và nghĩa vụ của chủ thể tham gia hoạt động như BLNH như : *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Quốc gia Hà Nội (2005) [6]; *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Luật Hà Nội (2012) [5]; “*Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay*” của Võ Đình Toàn [31]; “*Xác định lại bản chất quan hệ bảo lãnh ngân hàng trong các quy định của pháp luật*” của Nguyễn Thành Nam (2013) [12] và nhiều công trình khoa học khác. Các công trình này có nhiều giá trị khoa học trong việc làm rõ hai mối quan hệ trong hoạt động BLNH; đó là: quan hệ bảo lãnh và quan hệ cấp bảo lãnh nhưng không có phần nghiên cứu, đi sâu vào chủ thể tham gia hoạt động BLNHXL.

Đối với quan hệ bảo lãnh, hiện còn hai quan điểm về chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh, quan điểm thứ nhất cho rằng chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh bao gồm ba bên: bên bảo lãnh (TCTD), bên được bảo lãnh (khách hàng của TCTD) và bên nhận bảo lãnh (bên thụ hưởng); quan điểm thứ hai cho rằng nhìn bề mặt thì quan hệ bảo lãnh bao gồm ba bên nhưng thực chất chủ thể quan hệ bảo lãnh chỉ gồm hai bên là bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Các công trình này đã có những đóng góp khoa học trong việc xác định đúng tư cách chủ thể của quan hệ BLNH.

Đối với quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh, các công trình đã nêu trên, mặc dù không có nhiều tranh cãi về vấn đề chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng (hầu hết đều thừa nhận là hợp đồng giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh) nhưng lại tồn tại hai quan điểm về bản chất của quan hệ hợp đồng này. Quan điểm

thứ nhất cho rằng, đây là hợp đồng cấp tín dụng vì thông qua BLNH khách hàng có được những thuận lợi về ngân quỹ như cho vay thực sự, và trong trường hợp TCTD phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì đó thực sự là khoản cho vay. Quan điểm thứ hai thì cho rằng, đây không phải là một hợp đồng cấp tín dụng mà chỉ là một hợp đồng dịch vụ ngân hàng. Để làm rõ từng mối quan hệ hợp đồng, trong *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam* của Đại học Luật Hà Nội (2012) [5] đã xác định khá cụ thể quyền và nghĩa vụ của từng chủ thể theo hai quan hệ hợp đồng nêu trên: quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh và quan hệ hợp đồng bảo lãnh giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh, đồng thời công trình này cũng giải thích cơ sở của việc quy định từng quyền năng chủ thể.

Các kết quả nghiên cứu trên có giá trị vô cùng quan trọng phục vụ cho việc nghiên cứu sâu, đầy đủ về các mối quan hệ trong hoạt động bảo lãnh của ngân hàng BLNHXL.

### ***1.1.2.3. Thực trạng pháp luật về hợp đồng và hợp đồng cấp BLNHXL***

Nói đến pháp luật về hợp đồng và hợp đồng cấp hoạt động bảo lãnh của ngân hàng BLNHXL tức là nói đến các vấn đề về giao kết hợp đồng, nội dung cơ bản của hợp đồng, thực hiện hợp đồng và hiệu lực của hợp đồng BLNH. Có thể khẳng định đến nay chưa có công trình khoa học nào nghiên cứu một cách chi tiết về các vấn đề nêu trên. Tuy nhiên, đối với từng nội dung cụ thể cũng có một số công trình nghiên cứu có giá trị tham khảo như *Giáo trình tín dụng ngân hàng* của Học viện ngân hàng (2001) [10], công trình này đã nghiên cứu khá cụ thể về nội dung cơ bản của hợp đồng BLNH, việc thực hiện hợp đồng BLNH. Trong bài “*Phương hướng hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng*” của Nguyễn Thành Nam (2013) [13], mặc dù tác giả có đề cập đến các nội dung về hợp đồng BLNH nhưng về cơ bản mới chỉ giải quyết mang tính nguyên tắc chứ chưa đi sâu phân tích thực trạng pháp luật về hợp đồng và hợp đồng cấp BLNHXL.

#### ***1.1.2.4. Thực trạng pháp luật về quản lý nhà nước đối với hoạt động BLNHXL***

Hầu như rất ít công trình nghiên cứu về thực trạng pháp luật về quản lý nhà nước đối với hoạt động BLNH và đi sâu vào hoạt động BLNHXL. Tuy nhiên, đến nay cũng có một số công trình nghiên cứu có giá trị đề cập đến việc nâng cao vai trò của quản lý nhà nước về hoạt động ngân hàng trong quá trình hội nhập quốc tế, chẳng hạn như : “*Kỷ yếu Việt Nam sẵn sàng gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO)*” của Trung tâm Khoa học Xã hội và Nhân văn Quốc gia, Ngân hàng Thế giới (2004) [32] đã đưa ra những yêu cầu về đổi mới hoạt động quản lý nhà nước, đó là: áp dụng các chuẩn mực quốc tế như Basel, coi trọng công tác giám sát từ xa, nâng cao hiệu quả thanh tra, kiểm tra hoạt động BLNH. Bài viết “*Hoàn thiện pháp luật đáp ứng yêu cầu gia nhập WTO của hệ thống ngân hàng Việt Nam*” của Nguyễn Đình Tự (2007) [33] cũng đặt ra những yêu cầu cải cách thể chế, phương thức quản lý nhà nước để đảm bảo hiệu quả và phù hợp với cam kết của Việt Nam trong việc gia nhập WTO. Ngoài ra, cũng có nhiều công trình khác có đề cập rải rác vấn đề về quản lý nhà nước đối với hoạt động ngân hàng nói chung và hoạt động BLNH nói riêng nhưng không đi sâu vào thực trạng pháp luật về quản lý nhà nước đối với hoạt động BLNHXL.

#### ***1.1.2.5. Thực trạng pháp luật về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL***

Có thể khẳng định rằng đến nay còn thiếu vắng các công trình khoa học nghiên cứu chuyên sâu về lĩnh vực này trong khi nhu cầu của thực tiễn lại rất lớn vì thời gian qua đã xảy ra rất nhiều vụ tranh chấp trong hoạt động BLNH nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng, mà phổ biến nhất là trong việc thực hiện cam kết BLNH. Cụ thể nhu cầu thực tiễn sẽ được trình bày chi tiết tại phần nghiên cứu tiếp theo.



### **1.1.3. Những đề xuất kiến nghị trong các công trình nghiên cứu nhằm hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Những đề xuất về hoàn thiện pháp luật hoạt động BLNHXL bao gồm các đề xuất nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật và các đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về hoạt động BLNHXL. Trong các công trình nghiên cứu mà luận án đã nêu ra trên đây cũng có một số công trình đưa ra các đề xuất, giải pháp nhằm hoàn thiện lĩnh vực pháp luật về hoạt động BLNH nhưng không đi sâu vào lĩnh vực pháp luật về hoạt động BLNHXL, bao gồm:

- Trong bài “*Phương hướng hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng*” của Nguyễn Thành Nam (2013) [13], tác giả đã đề xuất một số phương hướng hoàn thiện nội dung của quy định pháp luật có hiệu lực tại thời điểm đó là Thông tư số 28/2012/TT-NHNN ngày 03/10/2012 của Thống đốc NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng. Tuy nhiên, các đề xuất tại công trình này còn chung chung, chưa nêu giải pháp cụ thể về hoàn thiện thực trạng pháp luật về hoạt động BLNHXL.

- Trong Luận văn Thạc sĩ luật học “*Pháp luật về bảo lãnh ngân hàng và thực tiễn tại Ngân hàng Techcombank ở Việt Nam*” của Vũ Thị Khánh Phượng (2011) [19], tác giả đề nghị thay thuật ngữ “*bên được bảo lãnh*” bằng “*bên đề nghị bảo lãnh*”, theo đó, bên đề nghị bảo lãnh được định nghĩa là “*khách hàng đề nghị TCTD xem xét cấp bảo lãnh cho chính khách hàng đó (đối với trường hợp bên đề nghị bảo lãnh cũng chính là bên được bảo lãnh) hoặc cho bên thứ ba (đối với trường hợp bên đề nghị bảo lãnh không đồng thời là bên được bảo lãnh)*”. Bên cạnh đó, tác giả cũng có một số đề xuất trong việc bảo lãnh bằng ngoại tệ việc nhận bảo lãnh của cùng TCTD, thời điểm phát hành và thời điểm có hiệu lực của bảo lãnh, ủy quyền thụ hưởng bảo lãnh và một số vấn đề khác.

- Trong Luận văn Thạc sĩ kinh tế “*Giải pháp hoàn thiện và phát triển nghiệp vụ bảo lãnh tại Ngân hàng TMCP Ngoại thương - Chi nhánh Thành phố Hồ Chí Minh*” của Nguyễn Thị Thơm (2007) [29], tác giả đã đề xuất một

số giải pháp nâng cao chất lượng nghiệp vụ bảo lãnh tại Vietcombank - Chi nhánh Hồ Chí Minh như hoàn thiện cơ cấu tổ chức, thành lập bộ phận thẩm định riêng, xây dựng chính sách khách hàng phù hợp, đầu tư nâng cấp trang thiết bị và đặc biệt là tăng cường công tác kiểm tra, kiểm soát nội bộ.

- Trong bài viết “*Xây dựng khung quản lý rủi ro hoạt động hướng tới giám sát ngân hàng trên cơ sở rủi ro*” của Nhóm nghiên cứu quản trị rủi ro hoạt động Ngân hàng TMCP Ngoại thương Việt Nam (2013) [18], nhóm tác giả đã đề xuất các công cụ quản lý rủi ro hoạt động trong nội bộ TCTD.

- Trong Luận văn Thạc sĩ Luật học “*Pháp luật Việt Nam về đấu thầu xây dựng – Thực trạng và hướng hoàn thiện*” của Nguyễn Thành Nam (2014) [14], tác giả đã đề xuất một số giải pháp nâng cao chất lượng, hoàn thiện pháp luật về đấu thầu xây dựng nhưng không đi sâu chi tiết vào mảng BLNHXL.

Tóm lại, đối với những đề xuất hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNH nói chung và đi sâu vào hoạt động BLNHXL nói riêng, đến nay đã có một số công trình nghiên cứu đề cập. Tuy nhiên, nội dung đề xuất phần lớn chỉ mang tính định hướng chứ chưa có các giải pháp cụ thể. Một số đề xuất đặt mục tiêu phù hợp với thông lệ quốc tế nhưng chưa tính đến điều kiện thực tế tại Việt Nam, chưa gắn với chủ trương của Đảng và Nhà nước về định hướng phát triển ngành ngân hàng nên chưa sát với yêu cầu thực tiễn. Tác giả luận án cho rằng, những đề xuất này mặc dù có giá trị tham khảo, kế thừa nhưng cần tiếp tục phát triển, nghiên cứu, hoàn thiện thêm.

#### **1.1.4. Đánh giá tình hình nghiên cứu pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam**

Các công trình, bài viết khoa học được nêu ra ở trên đã đề cập tới vấn đề hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu và đưa ra các giải pháp cho việc hoàn thiện quy định pháp luật về bảo đảm dự thầu ở mức độ khác nhau. Một mảng công trình nghiên cứu thì chỉ đi sâu vào bảo lãnh và coi bảo đảm dự thầu chỉ là một phân khúc dịch vụ tín dụng nhỏ. Trong khi đó, mảng công

trình nghiên cứu kia thì lại tập trung vào thực thi Luật Đấu thầu và cũng không đánh giá đúng vai trò quan trọng, tính quyết định và khai thác hết tiềm năng của BLNHXL. Hiện thiếu vắng các công trình khoa học pháp lý chuyên sâu nghiên cứu pháp luật về hoạt động BLNHXL ở Việt Nam. Các vấn đề lý luận về hoạt động BLNHXL vừa thiếu vừa chưa được hệ thống hoá đầy đủ. Khái niệm về BLNHXL mới chỉ được định nghĩa dưới góc độ kinh tế chứ chưa có khái niệm BLNHXL dưới góc độ pháp lý. Chưa có nghiên cứu cụ thể về đối tượng áp dụng và phương pháp điều chỉnh của pháp luật về hoạt động BLNHXL. Đặc điểm và nội dung của pháp luật về hoạt động BLNHXL vẫn chưa được làm rõ.

Các quy định pháp luật về hoạt động BLNHXL còn chưa hoàn chỉnh, chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn. Một số quy định trong pháp luật hiện hành chưa phù hợp với thông lệ quốc tế về hoạt động BLNHXL. Hiện vẫn chưa có công trình nghiên cứu chuyên sâu đánh giá thực trạng pháp luật về hoạt động BLNHXL.

Hiện vẫn còn thiếu các công trình khoa học đưa ra các giải pháp đầy đủ, hợp lý để sửa đổi, bổ sung, khắc phục những hạn chế, bất cập của pháp luật hiện hành về hoạt động BLNHXL .

#### **1.1.5. Những vấn đề mà luận án kế thừa**

Như đã nói ở phần trước, tình hình nghiên cứu thì pháp luật về hoạt động BLNHXL là một lĩnh vực còn khá mới mẻ, chưa có nhiều đề tài, công trình nghiên cứu khoa học riêng cho lĩnh vực này. Hầu hết các công trình khoa học đều chỉ nghiên cứu về một lĩnh vực như chỉ tập trung vào đấu thầu hay chỉ tập trung vào biện pháp bảo đảm, biện pháp bảo lãnh.

Tuy vậy, các nghiên cứu trước cũng đã góp phần vào việc xây dựng nội dung lý luận về hoạt động BLNHXL và pháp luật hoạt động BLNHXL có ý nghĩa quan trọng trong việc đánh giá thực trạng pháp luật hiện hành ở Việt Nam. Dựa trên bản chất pháp lý của các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động BLNHXL, các nghiên cứu đã làm rõ mối quan hệ biện chứng giữa quan

hệ hợp đồng bảo lãnh và hợp đồng cấp bảo lãnh, chỉ ra các rủi ro thường gặp trong hoạt động BLNHXL .

Các nghiên cứu trên xuất phát từ nội dung của pháp luật về hoạt động BLNHXL được xác định từ các quan hệ pháp luật phát sinh trong quá trình thực hiện hoạt động BLNHXL, bao gồm các quy định về: trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động BLNHXL, chủ thể thực hiện hoạt động BLNHXL, hợp đồng cấp BLNHXL, hợp đồng BLNHXL và giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL. Tuy nhiên, các nghiên cứu cũng chỉ rõ việc phân chia này cũng chỉ mang tính tương đối do có sự giao thoa của pháp luật, mặt khác lại được đánh giá trên các góc độ khác nhau. Bên cạnh đó, việc xác định rõ các nguyên tắc cơ bản của pháp luật về hoạt động BLNHXL cũng góp phần đánh giá chính xác hơn thực trạng pháp luật về lĩnh vực này.

Thông qua việc đánh giá thực trạng pháp luật về hoạt động BLNHXL, các nghiên cứu đã chỉ ra, mặc dù pháp luật về lĩnh vực này đã từng bước được hoàn thiện nhưng đến nay vẫn còn nhiều bất cập như: chưa xây dựng được hệ thống khái niệm phù hợp với bản chất pháp lý của giao dịch dẫn đến hiểu sai, áp dụng sai pháp luật; quy trình thực hiện hoạt động BLNHXL thiếu, nội dung pháp luật về hợp đồng bảo lãnh, hợp đồng cấp bảo lãnh chưa rõ ràng.

Đứng trước thực trạng pháp luật nêu trên, các nghiên cứu nêu trên đã kiến nghị việc tiếp tục hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL là một nhu cầu khách quan. Mục tiêu của việc hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL là nhằm xây dựng một khung pháp luật đồng bộ, đáp ứng yêu cầu của thực tiễn, đảm bảo an toàn, hiệu quả, phù hợp với thông lệ quốc tế. Để đạt được mục tiêu này luận án đã đề xuất những giải pháp về hoàn thiện quy định pháp luật, sửa đổi tên gọi và kết cấu văn bản pháp luật điều chỉnh hoạt động BLNHXL và giải pháp bảo đảm thực hiện pháp luật.

#### **1.1.6. Những vấn đề mà luận án tiếp tục triển khai nghiên cứu**

Với mục đích nghiên cứu là làm rõ các vấn đề lý luận và thực tiễn để xây dựng các luận cứ khoa học góp phần hoàn thiện pháp luật về BLNHXL ở

Việt Nam, trên cơ sở các vấn đề kế thừa, Luận án sẽ tiếp tục triển khai nghiên cứu các vấn đề sau đây :

- Nghiên cứu và làm rõ các vấn đề lý luận của pháp luật về BLNHXL như : Xác định rõ bản chất, khái niệm BLNHXL; xác định vai trò và các rủi ro phát sinh trong hoạt động BLNHXL; làm rõ khái niệm, đặc điểm, vai trò, các điều kiện ảnh hưởng, nguyên tắc cơ bản và nội dung của pháp luật về BLNHXL;

- Khái quát và đánh giá thực trạng pháp luật (các bộ phận chính trong cấu trúc pháp luật về BLNHXL) cũng như thực trạng thực hiện pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam; xác định rõ những điểm thành công, chỉ ra những điểm còn hạn chế, bất cập và những nguyên nhân... Đây được coi là căn cứ thực tiễn để đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

- Từ các nghiên cứu lý luận và thực tiễn, đề xuất các định hướng và giải pháp để hoàn thiện pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam trong thời gian tới nhằm đáp ứng yêu cầu của thực tiễn, phù hợp với thông lệ quốc tế và quán triệt chủ trương của Đảng và Nhà nước.

## **1.2. CƠ SỞ LÝ THUYẾT NGHIÊN CỨU**

### **1.2.1. Các lý thuyết nghiên cứu**

- **Lý thuyết về tín dụng** giúp xây dựng khái niệm về BLNHXL thể hiện bản chất pháp lý và các đặc điểm đặc trưng của nó, phân biệt được BLNHXL với bảo lãnh trong dân sự nói chung. Bên cạnh đó, hệ thống hoá các loại hình BLNH theo các tiêu chí mục đích bảo lãnh, phương thức bảo lãnh, điều kiện thanh toán bảo lãnh.

Xác định rõ bản chất của hoạt động BLNHXL, xây dựng khái niệm về hoạt động BLNHXL. Làm rõ vai trò của hoạt động BLNHXL đối với từng chủ thể tham gia và đối với nền kinh tế. Nhận diện các các rủi ro phát sinh trong hoạt động BLNHXL đối với từng chủ thể tham gia hoạt động BLNHXL.

Hoàn thiện lý luận pháp luật về hoạt động BLNHXL thông qua việc làm rõ khái niệm, đặc điểm của pháp luật về hoạt động BLNHXL; xác định nội

dung của pháp luật về hoạt động BLNHXL bao gồm 5 nhóm quy định: trình tự thủ tục thực hiện hoạt động BLNHXL, chủ thể thực hiện hoạt động BLNHXL, hợp đồng cấp bảo lãnh, hợp đồng bảo lãnh và giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL.

- **Lý thuyết về hợp đồng** cung cấp cho chúng ta một công cụ tổng quát để tìm hiểu quan niệm thiết kế một hợp đồng. Một trong những mục tiêu của lý thuyết là giải thích lý do tại sao lại có nhiều hình thức và thiết kế hợp đồng khác nhau. Một mục tiêu khác là giúp chúng ta cách thức thiết lập tốt hơn các hợp đồng, từ đó định hình các thể chế tốt hơn trong xã hội.

BLNHXL là một hợp đồng hình thành dựa trên sự thỏa thuận về ý chí giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh chứ không phải là hành vi cam kết đơn phương của bên bảo lãnh. Về nguyên tắc, trong quan hệ bảo lãnh luôn có sự tham gia của ba loại chủ thể là bên được bảo lãnh, bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh nhưng việc tham gia ký kết của bên được bảo lãnh không phải là điều kiện bắt buộc để thiết lập quan hệ hợp đồng bảo lãnh, mặc dù cam kết của bên được bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ với bên bảo lãnh sau khi họ thực hiện nghĩa vụ thay cho mình là cơ sở để người bảo lãnh đưa ra cam kết bảo lãnh. Theo đó đối tượng của hợp đồng bảo lãnh chính là nghĩa vụ của bên thứ ba - đây là nghĩa vụ phụ được thiết lập trên cơ sở nghĩa vụ chính đã tồn tại giữa người được bảo lãnh và người nhận bảo lãnh phát sinh trong quan hệ hợp đồng trước đó.

- **Lý thuyết về bảo lãnh:** Bảo lãnh ngân hàng là hoạt động mang tính bảo đảm gián tiếp đồng thời mang tính tín dụng trực tiếp. Tính đảm bảo gián tiếp thể hiện ở việc sau khi ký kết hợp đồng bảo lãnh, bên bảo lãnh không ngay lập tức dùng vốn của mình để thực hiện nghĩa vụ với bên có quyền mà trách nhiệm chính vẫn thuộc về người được bảo lãnh, chỉ khi nào người này không tự thực hiện được nghĩa vụ thì người bảo lãnh mới phải thực hiện thay.

Trong quan hệ bảo lãnh ngân hàng luôn có sự tham gia của ba bên là bên được bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh, bên bảo lãnh trong đó chủ thể trực tiếp

thực hiện dịch vụ bảo lãnh ngân hàng một cách chuyên nghiệp là các tổ chức tín dụng có đủ điều kiện theo luật định.

Tương tự như các tín dụng thư, bảo lãnh ngân hàng cũng có một đặc tính quan trọng là tính độc lập với hợp đồng chính. Bảo lãnh ngân hàng là giao dịch được hình thành và thực hiện dựa trên cơ sở chứng từ, điều này được thể hiện rõ qua các văn bản thư bảo lãnh, yêu cầu trả tiền và tuyên bố vi phạm. Hợp đồng bảo lãnh hình thành dựa trên sự thỏa thuận giữa tổ chức tín dụng và người thụ hưởng, theo đó việc thanh toán một bảo lãnh chỉ căn cứ vào các điều kiện được dự liệu trong cam kết bảo lãnh. Một khi đáp ứng các điều khoản đó, người thụ hưởng ngay lập tức có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đã cam kết với mình một cách vô điều kiện.

- **Lý thuyết về trái quyền bảo đảm** giúp nghiên cứu quyền trực tiếp và ngay tức khắc của bên nhận bảo đảm trên một tài sản. Trái quyền là quyền của một người, được phép yêu cầu một người khác thực hiện một nghĩa vụ tài sản đối với mình. Đó có thể là nghĩa vụ làm hoặc không làm một việc hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản.

Nói cách khác trái quyền là quyền cho phép một người gọi là trái chủ đòi hỏi một người khác, gọi là thụ trái, thực hiện một việc. Điều đó có nghĩa rằng, để quan hệ trái quyền vận hành hoàn hảo, nhất thiết phải có sự hợp tác của cả trái chủ và thụ trái. Trong ngôn ngữ thông dụng, trái quyền còn được gọi là quyền đòi nợ. Điều đó có nghĩa là, để quan hệ trái quyền vận hành hoàn hảo, nhất thiết phải có sự hợp tác của cả trái chủ và thụ trái, chứ một mình trái chủ thì không đủ. Về mặt cấu trúc kỹ thuật, trái quyền được hình thành từ ba yếu tố: trái chủ, thụ trái và đối tượng.

Chế độ pháp lý về trái quyền là lý thuyết nghĩa vụ. Trái quyền không phải là quan hệ pháp lý giữa chủ thể và vật, mà là quan hệ pháp lý giữa các chủ thể. Các quy tắc chi phối quan hệ ấy đặc trưng bằng việc chỉ định hành vi ứng xử trong giao tiếp giữa hai bên. Để quan hệ trái quyền vận hành suôn sẻ, sự hợp tác tích cực của trái chủ và thụ trái là điều kiện cần thiết. Khuôn mẫu

diễn tiến quan hệ trái quyền có thể được mô tả như sau: người có trái quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ; thụ trái thực hiện và người có trái quyền tiếp nhận việc thực hiện.

Ở Việt Nam, khi quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong Bộ luật Dân sự, các nhà làm luật đã bước đầu tiếp thu những đặc điểm cơ bản của vật quyền bảo đảm, song các quy định đó lại được nhìn nhận và xây dựng trên cơ sở kết hợp với nguyên lý về trái quyền. Do vậy, một số quy định của Bộ luật Dân sự tuy đã mang “dáng dấp” của vật quyền bảo đảm (ví dụ như : *thứ tự ưu tiên thanh toán, giá trị pháp lý đối với người thứ ba*), song lại chưa thực sự triệt để, toàn diện.

### **1.2.2. Giả thiết nghiên cứu**

Với kết quả tổng quan tình hình nghiên cứu, từ thực tiễn đời sống và nhu cầu hoàn thiện pháp luật, căn cứ vào các lý thuyết liên quan tới đề tài nghiên cứu, luận án đặt ra giả thiết nghiên cứu như sau:

1. Đứng trước xu thế hội nhập và toàn cầu hóa trong điều kiện, hoàn cảnh phát triển vũ bão của nền kinh tế của Việt Nam thì vai trò của pháp luật BLNHXL đã được khẳng định. Mặc dù, đã được định hình trước đó nhưng trong thực tiễn hiện nay vẫn có những khoảng trống trong thực hiện. Hiện chưa có công trình khoa học pháp lý chuyên sâu nghiên cứu pháp luật về hoạt động BLNHXL ở Việt Nam. Các vấn đề lý luận về hoạt động BLNHXL vừa thiếu vừa chưa được hệ thống hoá đầy đủ. Khái niệm về BLNHXL mới chỉ được định nghĩa dưới góc độ kinh tế chứ chưa có khái niệm BLNHXL dưới góc độ pháp lý. Chưa có khái niệm cụ thể về hoạt động BLNHXL do đó còn có sự nhầm lẫn giữa bảo lãnh và hoạt động BLNHXL.

2. Khoa học pháp lý Việt Nam chưa xây dựng được hệ thống lý luận pháp luật về BLNHXL; chưa có nghiên cứu cụ thể về đối tượng áp dụng và phương pháp điều chỉnh của pháp luật về hoạt động BLNHXL. Đặc điểm và nội dung của pháp luật về hoạt động này vẫn chưa được làm rõ. Ngoài ra,



pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam đang bộc lộ những bất cập, hạn chế trên cả phương diện nhận thức và thực tiễn quy định, thực thi.

3. Các quy định pháp luật về hoạt động BLNHXL còn chưa hoàn chỉnh, chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn. Một số quy định trong pháp luật hiện hành chưa phù hợp với thông lệ quốc tế về hoạt động này. Hiện vẫn chưa có công trình nghiên cứu chuyên sâu đánh giá thực trạng pháp luật về hoạt động BLNHXL.

4. Hiện vẫn còn thiếu các công trình khoa học đưa ra các giải pháp đầy đủ, hợp lý để sửa đổi, bổ sung, khắc phục những hạn chế, bất cập của pháp luật hiện hành về hoạt động BLNHXL. Yêu cầu nhận thức đầy đủ, toàn diện và hoàn thiện pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam hiện nay đang đặt ra một cách cấp bách, nhất là chúng ta đang xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và giải quyết những hậu quả xã hội của nền kinh tế thị trường mang đến.

### **1.2.3. Câu hỏi nghiên cứu**

Từ giả thiết nghiên cứu ở trên, các câu hỏi nghiên cứu được xác định như sau:

1. Khái niệm, đặc điểm của bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp là gì?

2. Vì sao cần điều chỉnh pháp luật đối với hoạt động bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp?

3. Khái niệm, đặc điểm của pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp?

4. Cấu trúc nội dung của pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp?

5. Thực trạng các quy định pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam hiện nay như thế nào?

6. Thực tiễn thực hiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam hiện nay như thế nào?

7. Định hướng xây dựng, hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam hiện nay là gì?

8. Các giải pháp để hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam hiện nay như thế nào?

#### **1.2.4. Hướng tiếp cận nghiên cứu**

Để giải quyết những nhiệm vụ của luận án đã đặt ra trên đây, hướng tiếp cận nghiên cứu xuất phát từ những nghiên cứu, phân tích pháp luật về bảo lãnh ngân hàng. Luận án sẽ đi sâu phân tích những khái quát chung về hoạt động BLNHXL, trong đó nghiên cứu các vấn đề lý luận về khái niệm, đặc điểm; làm rõ bản chất; nhận diện và phân tích các rủi ro phát sinh trong hoạt động BLNHXL.

Các nghiên cứu sẽ đưa ra cái nhìn tổng quan pháp luật về BLNHXL, bao gồm: Khái niệm và nguyên tắc của pháp luật về hoạt động này, cấu trúc pháp luật về hoạt động và những yếu tố chi phối pháp luật về hoạt động BLNHXL. Khi trình bày nội dung này, tác giả luận án sẽ kế thừa có chọn lọc các thành tựu lý luận về hoạt động và pháp luật về hoạt động BLNHXL tại các công trình khoa học trong nước và ngoài nước đã được công bố, bên cạnh đó phân tích và phát triển thêm một bước cơ sở lý luận về hoạt động và pháp luật về hoạt động BLNHXL, xây dựng các luận điểm, khái niệm phù hợp với bản chất pháp lý của hoạt động này.

Phần nghiên cứu tiếp theo sẽ trình bày thực trạng các quy định pháp luật về quá trình hình thành và phát triển của pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam, thực trạng thực hiện BLNHXL. Từ đó có các đánh giá chung về cả quy định

pháp luật và quá trình thực hiện pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam. Nội dung này được trình bày trên cơ sở cấu trúc pháp luật đã được nêu tại Chương 2 để bảo đảm tính thống nhất và tiện cho việc so sánh, đề xuất ở chương tiếp theo.

Phần nghiên cứu định hướng và giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về BLNHXL gồm 2 mục chính: những định hướng hoàn thiện pháp luật về BLNHXL ở Việt Nam và những giải pháp cụ thể nhằm khắc phục những bất cập, tồn tại được nêu tại phần nghiên cứu ở Chương 3, trên cơ sở đó đạt mục tiêu hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh của NHTM đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Đề tài nghiên cứu là công trình khoa học pháp lý có tính mới, chuyên sâu, chưa được nghiên cứu ở trình độ luận án tiến sĩ luật học. Mặc dù đến nay có một số công trình khoa học trong nước và nước ngoài đã nghiên cứu một hoặc một số khía cạnh pháp lý có liên quan đến đề tài và có giá trị tham khảo, tuy nhiên còn một số hạn chế như sau:

- Cơ sở lý luận về hoạt động và pháp luật về hoạt động BLNHXL : các kết quả nghiên cứu tại các công trình đã công bố còn thiếu tính hệ thống, các khái niệm cơ bản chưa được xây dựng trên cơ sở bản chất pháp lý và các đặc điểm bản chất của hoạt động BLNH. Các nghiên cứu chưa đi sâu vào đặc thù riêng, mối quan hệ phức tạp, tầm ảnh hưởng quan trọng của hoạt động bảo lãnh của NHTM đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp.

- Thực trạng pháp luật về hoạt động BLNHXL: các kết quả nghiên cứu còn chưa cụ thể, còn thiếu chiều sâu, sự so sánh với tập quán quốc tế và pháp luật nước ngoài, quá trình áp dụng pháp luật chưa dựa trên cơ sở xem xét thực tiễn áp dụng pháp luật tại các NHTM ở Việt Nam.

- Các đề xuất hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL : các đề xuất tại các kết quả nghiên cứu trước đây còn chưa đầy đủ, thiếu cụ thể, chưa có tính tổng hợp mà thiên về quy định của một ngành luật cụ thể, chưa gắn với thực trạng pháp luật nên khó áp dụng vào thực tiễn.

Từ những đánh giá về kết quả nghiên cứu tại các công trình nghiên cứu đã công bố, tác giả luận án đã xác định rõ những vấn đề mà luận án cần giải quyết, có định hướng nghiên cứu rõ ràng tại các chương tiếp theo nhằm đạt được mục tiêu nghiên cứu của đề tài.

## Chương 2

# NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP

## 2.1 KHÁI QUÁT CHUNG VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP

### 2.1.1. Khái niệm và đặc điểm của bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp

#### 2.1.1.1. *Khái niệm và đặc điểm của bảo lãnh ngân hàng*

##### *a. Khái niệm bảo lãnh ngân hàng*

Bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm truyền thống, sớm được sử dụng rộng rãi, được pháp luật của nhiều quốc gia quy định. Hoạt động bảo lãnh từ những hình thức sơ khai phát triển đến ngày nay đã trải qua quá trình lịch sử lâu dài, mà theo một số tài liệu ghi nhận được thì có lẽ xuất hiện vào khoảng năm 2750 trước công nguyên ở Hy Lạp cổ đại. Vào khoảng năm 1790 trước công nguyên, Bộ luật cổ Hammurabi đã có một số quy định sơ khai về bảo lãnh, nhìn chung đó là những hành vi bảo lãnh của một cá nhân cam kết với chủ nợ về việc trả nợ thay cho con nợ mà nếu vi phạm sẽ phải chịu phạt bằng việc đi tù hoặc bằng mạng sống của mình. Các bằng chứng tiếp theo về bảo lãnh cá nhân được phát hiện trong các bộ luật cổ Babilon, La Mã, Do Thái... vào khoảng năm 670 trước công nguyên [10]. Theo Luật La Mã, bảo lãnh được hiểu là hợp đồng, theo đó bên thứ ba với mục đích bảo đảm quyền lợi của bên có quyền đã cam kết thực hiện thay nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ khi bên này không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ của mình. Trách nhiệm của bên thứ ba là trách nhiệm bổ sung với trách nhiệm của bên có nghĩa vụ và nó chỉ tồn tại khi nghĩa vụ nó đảm bảo tồn tại trên thực tế. Theo pháp luật Hoa Kỳ, bảo lãnh chính là sự thỏa thuận, theo đó bên bảo lãnh

chấp thuận sẽ thực hiện nghĩa vụ của bên nợ chỉ khi bên nợ không trả nợ, là việc bên bảo lãnh bảo đảm hoặc hứa thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện [36, tr.94]. Còn theo Bộ luật Dân sự Việt Nam, bảo lãnh là việc bên thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Nói chung, bảo lãnh được hiểu là việc một bên cam kết thực hiện thay cho nghĩa vụ của một bên khác, trong đó có sự xuất hiện của ba chủ thể: bên có nghĩa vụ, bên có quyền, và bên bảo lãnh – là bên bảo đảm cho nghĩa vụ được thực hiện [10]. Dưới góc độ này, bảo lãnh được coi là hành vi của một bên bằng uy tín của mình “hứa” sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho một bên khác nếu bên đó không thực hiện đúng nghĩa vụ với bên thứ ba. Với cách hiểu như vậy, bảo lãnh ngân hàng (BLNH) là hành vi bảo lãnh do các chủ thể chuyên nghiệp (thường là các ngân hàng) thực hiện. Tuy thừa nhận BLNH là loại hành vi bảo lãnh do các chủ thể chuyên nghiệp (ngân hàng hoặc các tổ chức tín dụng) thực hiện, nhưng tùy theo cách tiếp cận và điều kiện cụ thể của mỗi nước, đến nay còn tồn tại nhiều quan điểm khác nhau trong các công trình khoa học cũng như văn bản pháp luật của các quốc gia về BLNH.

Khái niệm bảo lãnh một mặt đề cập đến hành vi bảo lãnh (là hành vi cam kết của bên bảo lãnh về việc sẽ thực hiện thay nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ nếu nghĩa vụ này bị vi phạm) nhưng mặt khác cũng đề cập đến giao dịch bảo lãnh giữa các bên liên quan trong đó có nhấn mạnh đến yếu tố thỏa thuận của các bên tham gia giao dịch. Bảo lãnh do bất kỳ chủ thể nào có năng lực pháp luật và năng lực hành vi thực hiện.

Mặc dù cũng là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, nhưng bảo lãnh ngân hàng khác với bảo lãnh thông thường là chỉ ngân hàng, các tổ chức tín dụng mới được coi là chủ thể bảo lãnh và nó được xác định là một nghiệp vụ cấp tín dụng, một hoạt động nghiệp vụ của ngân hàng. Grace Longwa Kayembe (2008) trong tác phẩm *The Fraud Exception in Bank Guarantee* cho rằng, để hiểu bản chất của BLNH thì cần thiết phải nắm vững thuật ngữ và khái niệm về nghiệp vụ này trong mối tương quan với các nguồn luật đa dạng – gồm cả luật quốc gia và luật quốc tế. Theo đó, trong hệ thống luật châu Âu lục địa, thuật ngữ “bảo lãnh” (*Guarantee*) được sử dụng với ý nghĩa là bảo lãnh độc lập; còn thuật ngữ “*bảo đảm*” (*suretyship*) được sử dụng cho cả hai ý nghĩa bảo lãnh độc lập và bảo đảm truyền thống. Trong khi đó, trong hệ thống pháp luật Mỹ, thuật ngữ “*thư tín dụng dự phòng*” (*standby letters of credit*) lại được sử dụng với ý nghĩa là bảo lãnh độc lập [54, tr.5].

Đúng như nhận xét của Bertrams và Kayembe, khi nghiên cứu các Điều từ 2288 đến 2322 của Bộ Luật Dân sự Pháp (2004), Điều 2288 đưa ra khái niệm về “*bảo đảm*” (*Suretyship*), theo đó, bảo đảm là việc một bên đưa ra một cam kết thực hiện một nghĩa vụ với chủ nợ nếu con nợ không thực hiện; trong khi đó, Điều 2321 đưa ra khái niệm về “*bảo lãnh độc lập*” (*independent guarantee*), theo đó, bảo lãnh độc lập là việc bên bảo lãnh đưa ra cam kết bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên thứ ba để trả một khoản tiền theo yêu cầu đầu tiên hoặc theo các điều khoản đã cam kết, việc thực hiện cam kết bảo lãnh hoàn toàn độc lập với nghĩa vụ được bảo lãnh [46].

Khi nghiên cứu các tập quán quốc tế về bảo lãnh, chúng ta còn biết đến thuật ngữ “*bảo lãnh trả tiền ngay*” (hay “*bảo lãnh theo yêu cầu*” – *demand guarantee*). Tại Điều 2a URDG 458 đưa ra một định nghĩa về “*bảo lãnh trả tiền ngay*” như sau: “*Theo mục đích của Quy tắc này, bảo lãnh trả tiền ngay (sau đây gọi tắt là bảo lãnh) mang nghĩa bất kỳ bảo lãnh, bảo chứng thư, cam kết thanh toán khác, dù được gọi tên hoặc mô tả như thế nào, do ngân hàng, công ty bảo hiểm hoặc tổ chức cá nhân khác (sau đây gọi là bên bảo lãnh)*

*phát hành bằng văn bản để thanh toán tiền theo sự xuất trình phù hợp với các điều khoản và điều kiện của bảo lãnh của một văn bản yêu cầu thanh toán và (các) chứng từ khác (ví dụ như giấy chứng nhận bởi một kiến trúc sư hoặc kỹ sư, một phán quyết hoặc một quyết định trọng tài) mà có thể được ghi rõ trong bảo lãnh, như cam kết được phát hành: (i) theo yêu cầu hoặc theo chỉ thị thuộc trách nhiệm của một bên (sau đây gọi là bên được bảo lãnh); hoặc (ii) theo yêu cầu hoặc theo chỉ thị và thuộc trách nhiệm của một ngân hàng, công ty bảo hiểm hoặc bất kỳ tổ chức hoặc cá nhân khác (sau đây gọi là bên chỉ thị) hành động theo chỉ thị của bên được bảo lãnh với bên kia (sau đây gọi là bên thụ hưởng)” [51].*

Để giải thích cho khái niệm bảo lãnh trả tiền ngay tại URDG 458, Roy Goode (1992) trong tác phẩm *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* đã định nghĩa ngắn gọn như sau: “*bảo lãnh trả tiền ngay*” (*demand guarantee*) là một cam kết được đưa ra để thanh toán một khoản tiền cố định hoặc tối đa theo việc xuất trình yêu cầu thanh toán của bên thụ hưởng (hầu như luôn được yêu cầu phải bằng văn bản) và các chứng từ khác (nếu có) mà được ghi rõ trong bảo lãnh trong thời hạn và phù hợp với các điều kiện khác của bảo lãnh [49, tr.8].

Tại Điều 2 URDG 758 (bản thay thế URDG 458), đưa ra định nghĩa: Bảo lãnh trả tiền ngay hay bảo lãnh dù được gọi tên hoặc mô tả thế nào, có nghĩa là một cam kết được phát hành làm cơ sở cho việc thanh toán theo một yêu cầu đòi tiền phù hợp. URDG 758 cũng mô tả một yêu cầu đòi tiền được coi là phù hợp khi nó được xuất trình phù hợp với: trước hết là các điều khoản của lãnh, thứ hai là các quy tắc trong URDG với điều kiện các quy tắc này nhất quán với các điều kiện điều khoản của bảo lãnh, và thứ ba là nếu trong bảo lãnh hoặc URDG không có quy định thì phải phù hợp với thông lệ bảo lãnh trả tiền ngay theo chuẩn mực quốc tế [53]. So với URDG 458, URDG 758 đã bổ sung thêm các trường hợp thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi nội dung của cam kết bảo lãnh không tính đến nhưng vẫn phù hợp với các điều khoản



tại URDG và thực tiễn thông lệ quốc tế. Việc này là nhằm bảo vệ thêm cho quyền lợi của bên thụ hưởng tránh việc bên bảo lãnh viện có nội dung cam kết bảo lãnh không quy định cụ thể để từ chối thanh toán.

Như vậy, có thể hiểu rằng, bảo lãnh ngân hàng là một hợp đồng được giao kết giữa bên bảo lãnh (thông thường là một ngân hàng) đối với bên nhận bảo lãnh để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh, theo đó bên bảo lãnh cam kết thanh toán một khoản tiền xác định theo thỏa thuận khi bên nhận bảo lãnh xuất trình các chứng từ phù hợp với điều khoản và trong thời gian có hiệu lực của bảo lãnh. BLNH mang tính độc lập và không thể đơn phương hủy ngang.

#### *b. Đặc điểm của bảo lãnh ngân hàng*

- Bảo lãnh ngân hàng là cam kết bằng văn bản của ngân hàng với bên có quyền về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng, khi khách hàng không thực hiện đúng nghĩa vụ đã cam kết, khách hàng đã nhận nợ và hoàn trả cho ngân hàng số tiền đã được trả thay [37]. Trên thực tế, bảo lãnh ngân hàng được xác định là một loại hình cấp tín dụng đặc biệt, bởi nhờ có nó mà một cá nhân hay một doanh nghiệp không phải bỏ ra một khoản tiền vốn (hoặc không phải đi vay) để đặt cọc, giam chân tại chỗ nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của mình trong giao kết dân sự với đối tác. Bảo lãnh ngân hàng đã và đang mang tới các lợi ích cho khách hàng như: (i) Góp phần hạn chế sử dụng nguồn vốn lưu động của doanh nghiệp; (ii) Hạn chế việc sử dụng tiền mặt, qua đó tăng cường tính an toàn trong giao dịch; (iii) Giảm thiểu rủi ro trong trường hợp người mua và người bán không biết nhau; (iv) Tiết kiệm thời gian, chi phí cho các bên liên quan; và (v) Nâng cao vị thế, vai trò và uy tín của doanh nghiệp trong quan hệ với đối tác...

- Bảo lãnh ngân hàng do các chủ thể chuyên nghiệp (thường là ngân hàng) thực hiện. Đây là một trong những đặc điểm cơ bản để phân biệt BLNH với bảo lãnh truyền thống, bản thân tên gọi BLNH cũng phần nào nói lên điều đó. Hay nói cách khác, nếu như trong bảo lãnh truyền thống bên bảo lãnh có

thể là bất kỳ tổ chức, cá nhân có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự thì trong BLNH, bên bảo lãnh phải là một chủ thể có uy tín và năng lực tài chính, có khả năng thực hiện các cam kết bảo lãnh của mình. Chủ thể đó thông thường là một ngân hàng nhưng cũng có trường hợp là một chủ thể chuyên nghiệp khác. Điều này lý giải tại sao các nhà làm luật cũng như học giả nước ngoài lại không sử dụng thống nhất thuật ngữ BLNH (bank guarantee) mà thay vào đó còn sử dụng các thuật ngữ: bảo lãnh độc lập (independent guarantee), bảo lãnh trả tiền ngay hay bảo lãnh theo yêu cầu (bank demand guarantee), thư tín dụng dự phòng (standby letter of credit)... Thật vậy, Roeland Bertrams (1996) đã nhận xét rằng, bảo lãnh độc lập (independent guarantee) hầu như luôn luôn thực hiện bởi các ngân hàng, đó là lý do tại sao chúng còn được gọi là BLNH (bank guarantee); nhưng ngoài ra, chúng còn có thể được thực hiện bởi các tổ chức tài chính hoặc doanh nghiệp khác [41]. Tuy nhiên, đặc điểm chung của các chủ thể này đều mang tính chuyên nghiệp, việc thực hiện bảo lãnh của các chủ thể này mang tính chất của hành vi thương mại đặc thù nhằm mục tiêu thu lợi nhuận [5, tr.190].

- Về khuôn khổ pháp lý, pháp luật về tín dụng ngân hàng đã xác định, cấp tín dụng là việc thỏa thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác. Như vậy, bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó tổ chức tín dụng cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc tổ chức tín dụng sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết; khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả cho tổ chức tín dụng theo thỏa thuận. Cam kết bảo lãnh bằng văn bản bảo lãnh của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng có thể bao gồm các hình thức là thư bảo lãnh hoặc hợp đồng bảo lãnh. Với hình thức “thư bảo lãnh”, ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng thực hiện cam kết đơn phương bằng văn bản về việc tổ chức này sẽ thực hiện

nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng, khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh. Trong khi đó, “*hợp đồng bảo lãnh*” là thoả thuận bằng văn bản giữa ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng và bên nhận bảo lãnh hoặc giữa ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng, bên nhận bảo lãnh, khách hàng và các bên liên quan (nếu có) về việc ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh [10].

Bảo lãnh ngân hàng là mối quan hệ đa phương, với sự tham gia của nhiều chủ thể: Hoạt động bảo lãnh ngân hàng phải có sự tham gia của ít nhất ba chủ thể, đó là bên được bảo lãnh, bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Do đó, hoạt động bảo lãnh không chỉ đơn thuần là quan hệ giữa bên được bảo lãnh với ngân hàng bảo lãnh mà còn bao hàm mối quan hệ giữa ngân hàng bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh. Trong quan hệ đa phương này, quan hệ giữa bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh bao giờ cũng là quan hệ gốc, làm phát sinh nghĩa vụ được bảo lãnh. Trên cơ sở này sẽ xuất hiện thêm hai quan hệ nữa giữa bên được bảo lãnh với ngân hàng bảo lãnh và giữa ngân hàng bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh.

- Bảo lãnh ngân hàng mang tính độc lập: Mặc dù bảo lãnh ngân hàng là quan hệ đa phương, các quan hệ có mối liên hệ nhau, tuy nhiên chúng lại độc lập nhau. Sự độc lập của bảo lãnh được hiểu là sự độc lập của quan hệ giữa ngân hàng bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh với quan hệ giữa bên được bảo lãnh và ngân hàng bảo lãnh, cho dù có sự vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh với ngân hàng bảo lãnh thì ngân hàng bảo lãnh cũng không thể vì thế mà có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

- Bảo lãnh ngân hàng là giao dịch không thể đơn phương hủy ngang. Tính chất không thể hủy ngang của BLNH thể hiện ở chỗ sau khi cam kết bảo lãnh đã được phát hành hợp lệ thì bên bảo lãnh không có quyền tuyên bố đơn phương hủy bỏ cam kết bảo lãnh trừ khi nó được sự đồng ý của bên nhận bảo

lãnh. Đặc điểm này của BLNH được các học giả thừa nhận rộng rãi và được thể hiện trong tập quán quốc tế cũng như pháp luật của nhiều nước. Cụ thể: Điều 4 URDG 758 quy định: *“Bảo lãnh không thể hủy bỏ sau khi phát hành thậm chí nếu nó không tuyên bố như vậy. Bên thụ hưởng có thể xuất trình yêu cầu từ khi bảo lãnh được phát hành hoặc ngay khi nhận được bảo lãnh”* [53]. Lý giải điều này, Grace Longwa Kayembe (2008) cho rằng: Bởi vì bảo lãnh là một hợp đồng giữa bên bảo lãnh và bên thụ hưởng. Theo đó, việc phát hành bảo lãnh như một đề nghị giao kết hợp đồng và phải được sự chấp nhận của bên thụ hưởng. Nhìn chung, việc chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được thực hiện bằng việc chấp nhận ngầm của bên thụ hưởng – thể hiện qua việc bên thụ hưởng không phản đối hoặc đưa ra yêu cầu sau đó [54, tr.13]. Vì vậy, giữa bên bảo lãnh và bên thụ hưởng có một mối quan hệ hợp đồng và họ không được thay đổi hoặc bổ sung điều khoản của bảo lãnh. Như vậy, giải thích của Kayembe đã giúp lý giải tại sao bên bảo lãnh không thể đơn phương hủy ngang cam kết bảo lãnh.

- Bảo lãnh ngân hàng là một hoạt động ngoại bảng của ngân hàng: Ngân hàng bảo lãnh đã dùng uy tín của mình để cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh, khi đó quyết định bảo lãnh cho bên được bảo lãnh ngân hàng không phải xuất tiền ngay do đó sẽ không ảnh hưởng đến bảng cân đối kế toán của ngân hàng. Đó chính là nguyên nhân khiến bảo lãnh ngân hàng được xếp vào hoạt động ngoại bảng của ngân hàng [10].

Theo điều kiện thanh toán của bảo lãnh, BLNH được chia thành bảo lãnh theo yêu cầu và bảo lãnh kèm chứng từ. Tuy nhiên theo pháp luật Việt Nam, cụ thể là theo Luật Đấu thầu 2013, trong đấu thầu xây lắp chỉ dùng hình thức bảo lãnh theo yêu cầu. Bảo lãnh theo yêu cầu (Demand Guarantee) hay còn gọi là bảo lãnh theo yêu cầu đầu tiên (First Demand Guarantee) là loại BLNH mà điều kiện thanh toán của nó là bên thụ hưởng chỉ cần xuất trình yêu cầu thanh toán cho ngân hàng phát hành.

Bảo lãnh theo yêu cầu thể hiện tính độc lập rất cao, việc thanh toán hoàn toàn chỉ phụ thuộc vào yêu cầu của bên thụ hưởng và điều khoản của bảo lãnh. Loại hình bảo lãnh này tạo cho bên thụ hưởng những thuận lợi rất lớn bởi khả năng bảo đảm chắc chắn và tính thanh khoản kịp thời. Về phía ngân hàng phát hành, việc kiểm tra chứng từ trước khi thanh toán khá đơn giản, không đòi hỏi những thủ tục và thao tác nghiệp vụ phức tạp. Tuy nhiên, do việc lập yêu cầu thanh toán hoàn toàn dựa vào nhận định chủ quan của bên thụ hưởng nên có thể gây ra những bất lợi đối với bên được bảo lãnh. Đặc biệt trong trường hợp xuất hiện khả năng lừa đảo từ phía bên thụ hưởng thì việc ngăn chặn rủi ro cho bên được bảo lãnh là tương đối khó khăn [5, tr.307].

Xét về tính chất của loại bảo lãnh, có thể xác định bao gồm bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng hành vi (bảo lãnh) và các bảo lãnh được thực hiện bằng tài sản (cầm cố, ký quỹ). Bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng hành vi thì được xác lập dựa trên cam kết sẽ thực hiện nghĩa vụ của mình của một bên thứ ba.

### *c. Phân loại bảo lãnh ngân hàng*

Bảo lãnh ngân hàng có nhiều cách phân loại. Cụ thể gồm :

- Phân loại theo phương thức phát hành thì có bốn hình thức : Bảo lãnh trực tiếp, Bảo lãnh gián tiếp, Bảo lãnh được xác nhận và Đồng bảo lãnh.

- Phân loại theo hình thức sử dụng thì có hai hình thức : Bảo lãnh có điều kiện và Bảo lãnh vô điều kiện.

- Phân loại theo mục đích sử dụng thì có các hình thức : Bảo lãnh thực hiện hợp đồng, Bảo lãnh thanh toán, Bảo lãnh đảm bảo hoàn trả vốn vay (Bảo lãnh vay vốn), Bảo lãnh dự thầu, Bảo lãnh đảm bảo hoàn trả tiền ứng trước, Bảo lãnh bảo hành hay bảo lãnh đảm bảo chất lượng sản phẩm theo hợp đồng và Bảo lãnh miễn khấu trừ giá trị hoá đơn.

Ngoài ra còn có các loại bảo lãnh khác như : Thư tín dụng dự phòng (L/C), Bảo lãnh thuế quan, Bảo lãnh hối phiếu, Bảo lãnh phát hành chứng khoán.

### **2.1.1.3. Bản chất của bảo lãnh ngân hàng**

Bảo lãnh ngân hàng là một loại hình nghiệp vụ của các ngân hàng hiện đại có những bản chất như sau:

**Thứ nhất**, là một hoạt động kinh doanh có điều kiện. Thực tế, không phải mọi chủ thể, thậm chí không phải mọi ngân hàng đều được phép thực hiện hoạt động này. Chỉ những chủ thể đáp ứng được các điều kiện về vốn, nhân lực được phép hoạt động ngoại hối... mới được cấp phép thực hiện hoạt động BLNH trên thị trường nội địa và thị trường quốc tế. Trong khi đó, hoạt động bảo lãnh truyền thống (bảo lãnh dân sự) thường có tính chất nhất thời, không mang tính chuyên nghiệp, và thường không có dấu hiệu hoàn trả số tiền đã trả thay). Ngoài các ngân hàng hoạt động BLNH với vai trò là một nghiệp vụ kinh doanh, hoạt động này còn có sự tham gia của các chủ thể liên quan, trong phạm vi giới hạn nghiên cứu đó là khách hàng và bên thụ hưởng bảo lãnh và một số chủ thể có liên quan khác (như bên bảo lãnh đối ứng, bên đồng bảo lãnh...). Bên cạnh đó, Bên bảo lãnh (TCTD) phải bảo đảm khả năng thanh toán theo cam kết bảo lãnh, vì vậy, bên bảo lãnh phải tuân thủ quy định về đối tượng bảo lãnh, tỷ lệ bảo đảm an toàn, quản trị rủi ro theo quy định pháp luật của mỗi quốc gia. Vì vậy, theo quy định pháp luật của nhiều nước hoạt động BLNH bắt buộc phải làm thủ tục đăng ký kinh doanh tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

**Thứ hai**, vừa là hoạt động bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, vừa là hoạt động cấp tín dụng cho khách hàng

Như trên đã nêu, BLNH có nguồn gốc từ hoạt động bảo lãnh và là hoạt động do các NHTM thực hiện nhằm cung ứng dịch vụ bảo lãnh cho khách hàng bằng việc cam kết bảo đảm nghĩa vụ tài chính của khách hàng với bên thứ ba trong trường hợp khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ. Đồng thời, hoạt động BLNH còn được coi là một hình thức cấp tín dụng cho khách hàng.

Với quan điểm cho rằng, hoạt động BLNH là một hoạt động cấp tín dụng nên ở một số nước, nghiệp vụ BLNH được biết đến với tên gọi là “tín dụng bằng chữ ký” là loại cấp tín dụng mà không dùng đến vốn của ngân hàng [5, tr.188]. Quan điểm này dựa trên cơ sở nó có tính chất như một công cụ tài trợ, dù không sử dụng đến vốn của ngân hàng nhưng khách hàng vẫn được nhận các thuận lợi về ngân quỹ như được cho vay thực sự. Cụ thể như việc NHTM phát hành bảo lãnh với trách nhiệm của nhà thầu trong quá trình đấu thầu xây lắp có ý nghĩa như một công cụ tài trợ giúp cho công ty xây dựng không bị “giam” một khoản kinh phí trong quá trình đấu thầu [16, tr.18]. Trong trường hợp ngân hàng phải thực hiện cam kết bảo lãnh bằng việc thanh toán cho bên nhận bảo lãnh, khách hàng (bên được bảo lãnh) phải nhận nợ với ngân hàng và có nghĩa vụ hoàn trả ngân hàng số tiền đã được ngân hàng trả thay. Như vậy, trong trường hợp này cam kết bảo lãnh đã trở thành khoản cho vay thực sự của ngân hàng đối với khách hàng.

### ***2.1.1.2. Khái niệm và đặc điểm BLNHXL***

#### ***a. Khái niệm***

Đấu thầu là quá trình lựa chọn nhà thầu để ký kết và thực hiện hợp đồng cung cấp dịch vụ tư vấn, dịch vụ phi tư vấn, mua sắm hàng hóa, xây lắp. Theo thuật ngữ chuyên ngành tiếng Anh, tại Khoản a, Điều 2, Luật mẫu của UNCITRAL thì “*procurement*” được định nghĩa là hàng hóa, công trình hay dịch vụ nào đó [65]. Quá trình đấu thầu để lựa chọn nhà thầu nhằm ký kết và thực hiện hợp đồng trên cơ sở bảo đảm cạnh tranh, công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế. Còn hoạt động xây lắp gồm những công việc thuộc quá trình xây dựng và lắp đặt công trình, hạng mục công trình. Từ khi các mẫu hợp đồng, mẫu hồ sơ mời thầu do Hiệp hội quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC) năm 1999, Chính phủ Việt Nam đã tích cực tham khảo để bổ sung, hoàn thiện hệ thống các quy chế, các văn bản pháp luật liên quan tới hoạt động đấu thầu.

Trong đấu thầu xây lắp, BLNHXL được hiểu như là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự mà bên dự thầu đảm bảo cho bên mời thầu việc

sẽ thực hiện đúng những nghĩa vụ của mình. Nếu không thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ mà họ đã cam kết thì bên mời thầu (bên có quyền) có thể áp dụng biện pháp bảo đảm mà hai bên đã cam kết, yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền can thiệp để buộc bên có nghĩa vụ phải thực hiện đúng nghĩa vụ đã cam kết nhằm bảo đảm quyền lợi cho mình.

BLNHXL là việc nhà thầu thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc để bảo đảm trách nhiệm dự thầu của nhà thầu trong thời gian xác định theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu. BLNHXL áp dụng trong các trường hợp đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế, chào hàng cạnh tranh đối với gói thầu cung cấp dịch vụ phi tư vấn, mua sắm hàng hóa, xây lắp và gói thầu hỗn hợp; đấu thầu rộng rãi và chỉ định thầu đối với lựa chọn nhà đầu tư.

BLNHXL là là một biện pháp bảo đảm dự thầu, để bảo đảm trách nhiệm dự thầu của nhà thầu trong thời gian xác định theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu, nhằm bù đắp những thiệt hại về thời gian và chi phí cho bên tổ chức đấu thầu do những vi phạm của bên tham gia dự thầu (chẳng hạn như rút đơn dự thầu, không ký tiếp hợp đồng sau khi trúng thầu, bổ sung thêm điều kiện khi ký hợp đồng so với bản dự thầu...) [5, tr.301]. Trách nhiệm của Nhà thầu tham gia đấu thầu xây lắp được quy định rõ tại Điều 77, Luật Đấu thầu.

Thông thường đối với hợp đồng lớn, đặc biệt là những hợp đồng xây dựng hay cung cấp thiết bị thì bên chủ công trình thường lựa chọn đối tác thi công thông qua đấu thầu. Theo quy định của pháp luật, Chủ công trình sẽ yêu cầu (tại HSMT) những bên đăng ký tham gia đấu thầu phải cung cấp một BLNH gọi là bảo lãnh dự thầu (theo quy định hiện hành có giá trị từ 1 đến 3% của giá trị hợp đồng đấu thầu). Mục đích của bảo lãnh dự thầu là đảm bảo việc bên dự thầu không rút lui, không ký hợp đồng hoặc thay đổi ý định khi đã trúng thầu. Nếu bên dự thầu đã trúng thầu nhưng không ký hợp đồng thì chủ công trình sẽ được thụ hưởng số tiền bảo lãnh để trang trải những thiệt hại do chậm trễ tiến độ thi công hay chi phí để tổ chức lại một cuộc đấu thầu khác.



Xét về phía bên tham gia dự thầu, bảo lãnh dự thầu thực chất là phương tiện thay thế cho việc ký quỹ của bên tham gia dự thầu nên giá trị bảo lãnh này thường được quy định theo mức ký quỹ mà tổ chức mời thầu đưa ra [5, tr.301]. Trường hợp bên dự thầu mà không trúng thầu thì bảo lãnh dự thầu sẽ tự động hết hiệu lực.

#### *b. Đặc điểm BLNHXL*

Ngoài những đặc điểm chung của BLNH như đã nêu trên, BLNHXL có những đặc điểm riêng cụ thể. Bảo lãnh trách nhiệm dự thầu của nhà thầu của NHTM cho Bên nhận bảo lãnh (Bên mời thầu) thấy đơn dự thầu là một đề nghị nghiêm túc và Bên được bảo lãnh (Bên dự thầu) sẽ ký hợp đồng nếu trúng thầu. Đây là một quan hệ pháp luật được cấu thành bởi : chủ thể, nội dung và khách thể, nhằm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, của xã hội cũng như của mỗi cơ quan, tổ chức và cá nhân trong quan hệ pháp luật và những điều kiện cần để tham gia với tư cách là chủ thể quan hệ pháp luật.

BLNHXL là nghiệp vụ nhằm ràng buộc các bên có trách nhiệm nhất định để thực hiện một công việc đã thống nhất, trong đó NHTM đóng vai trò trung gian rất quan trọng. Trong giao dịch bảo lãnh có hai loại văn bản do các bên lập ra là Đơn đề nghị bảo lãnh (hình thức của Hợp đồng dịch vụ bảo lãnh) và Văn bản bảo lãnh (hình thức của Hợp đồng bảo lãnh). Về phương diện nội dung, các bên tham gia bảo lãnh ngân hàng phải thỏa thuận rõ các điều khoản trong đơn xin bảo lãnh và văn bản bảo lãnh. Cụ thể như điều khoản xác định chủ thể ký kết hợp đồng ; điều khoản về đối tượng của hợp đồng (xác định nghĩa vụ được bảo lãnh, mức phí bảo lãnh, phạm vi bảo lãnh ...); điều khoản về thời gian bảo lãnh ... Theo thông lệ và tập quán quốc tế, BLNH nói chung và bảo lãnh trách nhiệm dự thầu của nhà thầu (bảo đảm đấu thầu) nói riêng là loại hình bảo lãnh độc lập vô điều kiện và không thể hủy ngang. *“Những tính chất này của bảo lãnh ngân hàng rất quan trọng và đặc biệt có lợi cho Bên nhận bảo lãnh, đến mức trong thư bảo lãnh có ghi chữ “hủy ngang” thì ngay*

*lập tức Bên nhận bảo lãnh sẽ không chấp nhận thư bảo lãnh đó, vì việc hủy ngang trong thư bảo lãnh sẽ gây nhiều bất lợi cho Bên bảo lãnh” [40, tr.37]*

Về mặt hình thức, việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng. Thư bảo lãnh phải được đại diện hợp pháp của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam ký tên với giá trị và thời hạn hiệu lực, đơn vị thụ hưởng theo yêu cầu chi tiết của hồ sơ mời thầu.

Theo quy định của pháp luật, hình thức bảo đảm dự thầu đối với đấu thầu qua mạng được thực hiện theo hình thức thư bảo lãnh của TCTD hoạt động hợp pháp tại Việt Nam. Đối với những tổ chức tín dụng đã kết nối với hệ thống, nhà thầu thực hiện bảo lãnh dự thầu qua mạng. Đối với TCTD chưa có kết nối đến Hệ thống, nhà thầu quét (scan) thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng và đính kèm khi nộp hồ sơ dự thầu qua mạng. Nhà thầu được mời vào thương thảo hợp đồng phải nộp bản gốc thư bảo lãnh cho Bên mời thầu.

Qua đó có thể thấy, BLNHXL của ngân hàng là một loại hình nghiệp vụ của các ngân hàng hiện đại ngoài những đặc điểm chung của bảo lãnh ngân hàng, còn có những đặc điểm riêng như sau:

- **Về chủ thể**, trong quan hệ pháp luật BLNHXL gồm: Bên bảo lãnh (NHTM); Bên nhận bảo lãnh là bên mời thầu (bên phát hành hồ sơ mời thầu) và Bên được bảo lãnh là nhà thầu xây lắp (bên phát hành hồ sơ dự thầu). Tư cách hợp lệ của các bên được quy định cụ thể trong các văn bản pháp luật về đấu thầu.

- **Về phạm vi**, BLNHXL được áp dụng cho hình thức đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế, chào hàng cạnh tranh đối với gói thầu cung cấp dịch vụ phi tư vấn, mua sắm hàng hóa, xây lắp và gói thầu hỗn hợp.

- **Về hình thức**, thư bảo lãnh bằng văn bản do NHTM phát hành theo mẫu thống nhất với các nội dung tuân thủ các yêu cầu của hồ sơ mời thầu. Mặc dù theo quy định tại Điều 4, Luật Đấu thầu năm 2013, ngoài thư bảo lãnh còn có đặt cọc hoặc ký quỹ. Tuy nhiên 2 hình thức này thường chỉ áp dụng

cho gói thầu nhỏ, giá trị bảo lãnh thấp, bên mời thầu có thể dễ dàng quản lý kinh phí đặt cọc hoặc ký quỹ. Khi xảy ra việc không hoàn thành trách nhiệm của nhà thầu, bên mời thầu cũng sẽ chủ động giải quyết với nhà thầu theo quy định của Hồ sơ mời thầu và pháp luật về đấu thầu. Nếu áp dụng với những gói thầu lớn sẽ dẫn tới tình trạng giam vốn hoặc đòi hỏi nhà thầu phải có nguồn tài chính dồi dào, gây mất bình đẳng [73]. Vì vậy, trong phạm vi nghiên cứu của đề tài, nghiên cứu sinh chỉ tập trung nghiên cứu hình thức bảo lãnh bằng văn bản của ngân hàng.

- **Về giá trị bảo lãnh**, được thống nhất theo quy định chung và được ghi rõ trong hồ sơ mời thầu. Trong thư bảo lãnh do ngân hàng thương mại phát hành phải ghi rõ giá trị thống nhất với yêu cầu trong hồ sơ mời thầu. Trong trường hợp liên danh tham dự thầu, pháp luật về đấu thầu có quy định từng thành viên trong liên danh có thể thực hiện bảo đảm dự thầu riêng rẽ hoặc thỏa thuận để một thành viên chịu trách nhiệm thực hiện bảo đảm dự thầu cho thành viên đó và cho thành viên khác trong liên danh. Tổng giá trị của bảo đảm dự thầu không thấp hơn giá trị yêu cầu trong hồ sơ mời thầu.

- **Về thời gian hiệu lực**, thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu được quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu bằng thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất cộng thêm 30 ngày. Như vậy, để xác định thời gian hiệu lực của bảo đảm dự thầu cần biết thời gian hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất. Pháp luật đấu thầu cũng quy định về thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu có tối đa là 180 ngày, kể từ ngày có thời điểm đóng thầu. Nếu gói thầu có quy mô lớn, phức tạp, gói thầu đấu thầu theo phương thức hai giai đoạn, thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu tối đa là 210 ngày, kể từ ngày có thời điểm đóng. Trường hợp cần thiết, có thể yêu cầu gia hạn thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất và phải bảo đảm tiến độ dự án. Tuy nhiên, vì hiệu lực của BLNHXL có quan hệ chặt chẽ với hiệu lực của Hồ sơ dự thầu, Hồ sơ đề xuất nên khi hiệu lực của Hồ sơ dự thầu được gia hạn thì BLNHXL cũng phải được gia hạn.

Theo Luật Đấu thầu 2013, thời gian bắt đầu có hiệu lực của bảo đảm dự thầu bằng thời gian bắt đầu có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, bắt đầu được tính kể từ ngày có thời điểm đóng thầu đến ngày cuối cùng có hiệu lực theo quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu. Từ thời điểm đóng thầu đến hết 24 giờ của ngày đóng thầu được tính là 01 ngày (Điều 4, Khoản 42).

Việc hoàn trả BLNHXL cũng được quy định rõ trong Luật Đấu thầu 2013. Theo quy trình lựa chọn nhà thầu, các nhà thầu tham gia đấu thầu xây lắp với bất cứ hình thức đấu thầu, phương thức đấu thầu nào, khi nhận được thông báo theo quy định tại Khoản 6 Điều 20, đều có thể thu hồi BLNHXL. Đối với nhà thầu trúng thầu, hoàn trả BLNHXL cũng được quy định là sau khi đã hoàn thiện hợp đồng. Cụ thể ở đây là đã đến bước ký kết hợp đồng và nộp bảo lãnh thực hiện hợp đồng (Điều 66). Còn các trường hợp không được hoàn trả BLNHXL được quy định tại Điều 11, Khoản 8.

- **Về trách nhiệm pháp lý**, theo pháp luật về đấu thầu hiện hành, các chủ thể tham gia phải tuân thủ các quy định pháp luật về đấu thầu. Nếu thực hiện không đúng thì trách nhiệm pháp lý của chủ thể tham gia đấu thầu (trong đó bao gồm các chủ thể của hoạt động bảo đảm dự thầu) có thể bị xử lý theo quy định của pháp luật. Các tổ chức, cá nhân vi phạm có thể bị cấm tham gia hoạt động đấu thầu và bị đưa vào danh sách các nhà thầu vi phạm trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia. Trách nhiệm pháp lý của các bên đối với bảo đảm dự thầu được nêu ở trên được nhìn nhận từ góc độ của hoạt động đấu thầu nói chung. Nếu nhìn từ góc độ BLNHXL là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (trách nhiệm dự thầu) của nhà thầu, thì bên được bảo đảm còn phải có trách nhiệm dân sự nếu vi phạm quy định về đấu thầu.

## **2.1.2. Nội dung bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

### **2.1.2.1. Nội dung hoạt động BLNHXL**

Thực hiện hoạt động BLNHXL là quá trình làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt hai mối quan hệ pháp luật sau đây:

(i) Quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh được xác lập giữa ngân hàng thương mại (bên bảo lãnh) với nhà thầu xây lắp (bên được bảo lãnh) là tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ tài sản cần được bảo đảm bằng bảo lãnh;

(ii) Quan hệ hợp đồng bảo lãnh phát sinh giữa ngân hàng thương mại với bên thụ hưởng (bên nhận bảo lãnh, là bên mời thầu xây lắp).

Hai quan hệ pháp luật này tuy tồn tại độc lập với nhau nhưng có ảnh hưởng chi phối lẫn nhau, theo đó, hợp đồng cấp bảo lãnh là căn cứ hình thành hợp đồng bảo lãnh, còn hợp đồng bảo lãnh là bằng chứng về việc thực hiện hợp đồng cấp bảo lãnh giữa ngân hàng thương mại đối với nhà thầu xây lắp (khách hàng) [5, tr.189]. Theo đó, khi khách hàng có nhu cầu được bảo lãnh cho nghĩa vụ tài sản đối với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp), ngân hàng thương mại sẽ thực hiện thẩm định khách hàng và nếu đủ điều kiện sẽ cung cấp dịch vụ bảo lãnh cho khách hàng (nhà thầu xây lắp). Kết quả của quá trình này là tổ chức bảo lãnh (NHTM) và khách hàng (nhà thầu xây lắp) sẽ ký hợp đồng cấp bảo lãnh. Về nguyên tắc, các điều khoản tại hợp đồng cấp bảo lãnh là kết quả của sự thỏa thuận giữa hai chủ thể bình đẳng về mặt pháp lý. Trong thực tế, các NHTM thường xây dựng sẵn mẫu hợp đồng cấp bảo lãnh để làm cơ sở cho việc đàm phán ký kết hợp đồng. Nhìn chung, nội dung hợp đồng cấp bảo lãnh thường bao gồm các điều khoản về thông tin chủ thể tham gia (NHTM, bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh), số tiền bảo lãnh, mục đích bảo lãnh, hình thức phát hành cam kết bảo lãnh, trường hợp thực hiện bảo lãnh, phí bảo lãnh, quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể. Khi hợp đồng cấp bảo lãnh có hiệu lực, các bên sẽ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo hợp đồng đã ký.

Để thực hiện hợp đồng cấp BLNHXL phát hành cam kết bảo lãnh và chuyển cam kết bảo lãnh đến bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp). Hành động phát hành cam kết bảo lãnh của NHTM và việc chấp nhận cam kết bảo lãnh của bên nhận bảo lãnh làm phát sinh hợp đồng thứ hai – hợp đồng bảo lãnh. Theo đó, khi đến hạn của nghĩa vụ được bảo lãnh mà bên được bảo lãnh

không thực hiện nghĩa vụ của họ, trên cơ sở chứng từ hợp lệ do bên nhận bảo lãnh xuất trình phù hợp với nội dung cam kết bảo lãnh, NHTM phải thực hiện nghĩa vụ trả thay cho bên được bảo lãnh. Đồng thời, căn cứ vào nội dung hợp đồng cấp bảo lãnh, ngân hàng thương mại có quyền yêu cầu khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả số tiền đã trả thay. Như vậy, việc thực hiện hai hợp đồng nêu trên trong hoạt động BLNHXL luôn được tiến hành đồng thời và gắn bó chặt chẽ với nhau. Tuy nhiên, chúng lại mang tính độc lập với nhau, thể hiện ở chỗ hợp đồng này vô hiệu không đương nhiên làm cho hợp đồng kia vô hiệu và ngược lại. Mặt khác, việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng này không thể bị phụ thuộc hay chi phối bởi hợp đồng kia và ngược lại. Tổ chức bảo lãnh (NHTM) với tư cách là chủ thể cấp tín dụng đồng thời là chủ thể bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả thay cho khách hàng có hai mối quan hệ pháp luật với hai đối tác khác nhau và do đó phải hành động độc lập trên cơ sở quyền và nghĩa vụ trong từng hợp đồng [5, tr.191].

Ngoài hoạt động chính nêu trên, nội dung hoạt động BLNHXL còn liên quan tới các hoạt động khác như: cấp giấy phép hoạt động và đăng ký kinh doanh dịch vụ BLNH; các hoạt động kiểm tra, thanh tra hoạt động BLNH của cơ quan quản lý nhà nước...

#### ***2.1.2.2. Vai trò của hoạt động BLNHXL***

Hoạt động BLNHXL đã phát triển mạnh mẽ và được sử dụng rộng rãi. Nó không chỉ đơn thuần là hoạt động dịch vụ đem lại nguồn thu cho tổ chức bảo lãnh, mà còn đóng vai trò quan trọng đối với các doanh nghiệp nói riêng và cả nền kinh tế nói chung. Cụ thể:

- *Đối với bên nhận bảo lãnh:* Hoạt động BLNHXL ở các nước cũng như ở Việt Nam có vai trò căn bản là ngăn chặn và hạn chế tổn thất của bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) trước sự vi phạm hợp đồng cơ bản của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp). Trong điều kiện kinh tế thị trường, với sự cạnh tranh ngày càng gay gắt thì mặc dù phải đối đầu với rủi ro nhưng nếu không nắm bắt một cách kịp thời các cơ hội kinh doanh, các doanh nghiệp

cũng khó cạnh tranh và tồn tại được. BLNHXL sẽ giúp các doanh nghiệp thực hiện tốt, yên tâm hơn khi tham gia đấu thầu mà không tốn nhiều thời gian và chi phí. Mặt khác, hoạt động BLNHXL còn giúp các doanh nghiệp chọn được bạn hàng tốt nhất và giảm thiểu rủi ro trong kinh doanh. Hơn nữa khi xảy ra rủi ro, bên nhận bảo lãnh vẫn được bảo đảm bù đắp các thiệt hại do đối tác vi phạm hợp đồng một cách nhanh chóng và thuận lợi nhất để có thể tiếp tục hoạt động kinh doanh của mình. Như vậy, việc sử dụng BLNHXL không chỉ là một giải pháp khắc phục những rủi ro phát sinh do tình trạng thiếu thông tin về đối tác thương mại mà còn là rào chắn chống đỡ và hạn chế thiệt hại từ những bất trắc có thể xảy ra trong quá trình thực hiện nghĩa vụ hợp đồng cơ bản của các bên.

- *Đối với bên được bảo lãnh:* Hoạt động BLNHXL giúp bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) có thể ký kết và thực hiện hợp đồng ngay cả khi họ chưa đủ uy tín và lòng tin đối với bên đối tác.

- *Đối với bên bảo lãnh:* Hoạt động BLNHXL đem lại lợi ích trực tiếp cho tổ chức bảo lãnh (NHTM) thông qua nguồn thu từ phí bảo lãnh. Thông qua hoạt động này, tổ chức bảo lãnh thu được phí trong khi không mất chi phí huy động vốn như đối với hoạt động cho vay. Nguồn thu từ phí bảo lãnh ngày càng đóng vai trò quan trọng trong tổng lợi nhuận của các ngân hàng. Ngoài việc đem lại nguồn thu nhập không nhỏ cho các tổ chức bảo lãnh (NHTM), hoạt động này còn đóng vai trò trong việc góp phần mở rộng mối quan hệ giữa tổ chức bảo lãnh với khách hàng, qua đó tạo điều kiện để tổ chức bảo lãnh bán chéo sản phẩm, cung ứng các dịch vụ ngân hàng khác. BLNHXL cũng giúp tổ chức bảo lãnh quảng bá hình ảnh và nâng cao uy tín của mình đặc biệt là đối với thị trường quốc tế. Thông qua việc thực hiện đúng các cam kết bảo lãnh, tổ chức bảo lãnh sẽ nâng cao được uy tín và hình ảnh tạo thuận lợi cho các quan hệ với các TCTD nước ngoài.

- *Đối với nền kinh tế:* Hoạt động BLNHXL tạo điều kiện thúc đẩy sản xuất, hỗ trợ cho các ngành kinh tế mũi nhọn, các khu vực kinh tế trọng điểm,

giúp cho doanh nghiệp tăng năng lực sản xuất kinh doanh, khuyến khích một số ngành phát triển. Đồng thời, nó cũng có vai trò là “chất xúc tác” đối với các hợp đồng xây lắp, nhờ có bảo lãnh mà các bên yên tâm ký kết và có trách nhiệm với hợp đồng đã ký. BLNHXL đem lại lợi ích cho tất cả các bên tham gia, là công cụ thúc đẩy trao đổi giữa các bên, do đó có tác dụng thúc đẩy kinh tế phát triển. BLNHXL cũng là một trong những giải pháp để phòng chống rủi ro có hiệu quả đối với lĩnh vực xây dựng cơ bản, thông qua đó giúp nền kinh tế có điều kiện để phát triển một cách ổn định và an toàn hơn.

### **2.1.3. Sự cần thiết phải điều chỉnh pháp luật đối với bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

BLNHXL là quan hệ pháp luật vừa mang tính chất dân sự vừa là thủ tục bắt buộc. Bên dự thầu phải đáp ứng theo yêu cầu (nêu trong hồ sơ mời thầu) của Bên mời thầu. Mặt khác, quan hệ pháp luật này còn liên quan đến nhiều chủ thể và cần phải áp dụng những văn bản pháp luật của những chuyên ngành khác nhau như: Luật Đấu thầu, Bộ luật Dân sự, Luật Các tổ chức tín dụng, các quy định về xử phạt hành chính trong việc xử lý sai phạm trong đấu thầu... Việc phải áp dụng nhiều văn bản quy phạm pháp luật cho một quan hệ bảo đảm dự thầu sẽ dẫn đến hệ lụy xung đột pháp luật là điều không thể tránh khỏi. Sự thay đổi quá nhanh của các nghị định, thông tư hướng dẫn về bảo lãnh, về đấu thầu cũng gián tiếp ảnh hưởng đến chất lượng thực hiện các quy định pháp luật về BLNHXL. Vì vậy, nhu cầu đặt ra cần phải hoàn thiện các quy định pháp luật về BLNHXL một cách minh bạch, thống nhất.

Mặt khác, qua thực tiễn áp dụng pháp luật về BLNHXL cho thấy, hầu hết các đơn vị tham gia đấu thầu đã có đội ngũ cán bộ thực hiện đấu thầu đã từng bước được nâng cao, song vẫn còn tồn tại những bất cập như : năng lực của cán bộ đấu thầu hầu hết còn chưa cao, có hiện tượng năng lực không đồng đều ở các địa phương, chưa nhận thức đầy đủ dẫn tới không công bằng, sai phạm trong vận dụng các quy định, hướng dẫn. Ngay cả ở các thành phố lớn,



còn thiếu cán bộ đấu thầu có chuyên môn sâu về BLNHXL. Đặc biệt, thực tiễn các vụ việc vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu đã chỉ ra một đặc điểm là hầu hết các vụ việc đấu thầu có sai phạm đều có do một phần nguyên nhân chủ quan từ năng lực của các chủ thể tham gia quan hệ bảo đảm dự thầu, đặc biệt là năng lực của Bên mời thầu. Vì vậy, nhu cầu nâng cao năng lực chuyên môn, đạo đức, bồi dưỡng cán bộ thực hiện đấu thầu là yêu cầu cấp bách trong tình hình hiện nay. Đào tạo chuyên gia về đấu thầu nói chung và bảo đảm dự thầu nói riêng phải có đối tượng, phạm vi, phương pháp nghiên cứu và nội dung riêng. Bất kỳ cá nhân hay tổ chức nào muốn thực hiện tốt công việc này cần phải được đào tạo một cách chuyên nghiệp để có đủ kiến thức về đấu thầu, pháp luật, kinh tế, chính sách, thị trường.

Trong hoạt động BLNHXL, NHTM thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh là trung gian tài chính, kinh doanh tiền tệ và dịch vụ ngân hàng, do đó hoạt động BLNH cũng luôn chứa đựng nhiều rủi ro, tổn thất rất là đa dạng,... Mặt khác, do tính đặc thù của hoạt động ngân hàng đó là mang tính rủi ro và lan truyền cao. Chính vì vậy, để hạn chế những rủi ro này, cần có pháp luật quy định chặt chẽ, tạo khuôn khổ pháp lý cho hoạt động BLNHXL. Nhìn một cách tổng thể có thể thấy, còn nhiều hạn chế và khoảng trống trong quy định của pháp luật của Việt Nam về bảo lãnh. Cần hoàn thiện khung pháp lý theo hướng bảo đảm cân bằng được cả lợi ích của các bên tham gia hoạt động đấu thầu. Ngoài ra, cần bổ sung các quy định để điều chỉnh các vấn đề mà pháp luật hiện hành còn đang bỏ ngỏ, nhất là mối quan hệ giữa pháp luật bảo lãnh và pháp luật doanh nghiệp cũng như nghĩa vụ cảnh báo rủi ro tín dụng.

## **2.2. TỔNG QUAN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP**

### **2.2.1. Khái niệm và đặc điểm của pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

#### ***2.2.1.1. Khái niệm pháp luật về BLNHXL***

Dưới góc độ pháp lý, hoạt động BLNHXL nhằm cung cấp một sự bảo đảm chắc chắn cho nghĩa vụ của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) đối với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp). Mặt khác, hoạt động này đồng thời là hoạt động cấp tín dụng, góp phần không nhỏ vào việc thực hiện đầu tư xây dựng, thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội. Đây là hoạt động liên quan đến những khoản kinh phí rất lớn, nhưng có tính chuyên môn nghiệp vụ rất riêng biệt, được điều chỉnh bằng những quy định đặc thù, rất ngặt nghèo và chặt chẽ của pháp luật về đấu thầu. Do đó, hoạt động này cần có sự điều chỉnh của pháp luật nhằm đảm bảo bảo vệ được quyền lợi của các bên liên quan, đảm bảo sự an toàn của hệ thống ngân hàng và phát triển hoạt động BLNHXL theo định hướng của nhà nước. Cụ thể do các nguyên nhân chính như sau:

**Một là**, hoạt động BLNHXL nhằm mục đích bảo đảm quyền và lợi ích của bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) trước các rủi ro của việc không thực hiện đúng hợp đồng của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp). Theo đó, nếu bên được bảo lãnh không thực hiện đúng các yêu cầu trong hồ sơ mời thầu và pháp luật về đấu thầu quy định với bên nhận bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh sẽ được đền bù thiệt hại một cách nhanh chóng nhất. Trách nhiệm của Nhà thầu tham gia đấu thầu xây lắp có những trách nhiệm cụ thể được quy định rõ tại Điều 77, Luật Đấu thầu năm 2013. Ngoài ra, trách nhiệm của nhà thầu còn được thể hiện cụ thể hơn tại Khoản 8, Điều 11, Luật Đấu thầu năm 2013 qua những quy định không hoàn trả BLNHXL.

Trong trường hợp có các tình huống được quy định xảy ra, bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu) sẽ yêu cầu NHTM thực hiện cam kết bảo lãnh. Tuy nhiên, nếu vì lý do nào đó mà NHTM bảo lãnh không thực hiện cam kết bảo lãnh hoặc đưa ra các điều kiện khó khăn khiến cam kết bảo lãnh không thực hiện được, thì mục đích nêu trên của hoạt động bảo lãnh không đạt được. Mặt khác, đối với bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) cũng phải đối mặt với rủi ro lừa đảo từ phía bên nhận bảo lãnh trong trường hợp bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) xuất trình bộ chứng từ giả mạo để được thanh toán bảo lãnh.

Vì vậy, pháp luật về hoạt động BLNHXL là cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan trong hoạt động đấu thầu xây lắp, qua đó ổn định trật tự xã hội và phát triển kinh tế quốc gia.

**Hai là**, sự cần thiết điều chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động BLNHXL còn xuất phát từ vị trí pháp lí của các NHTM bảo lãnh (chủ thể cấp tín dụng). Hoạt động BLNH (trong đó bao gồm BLNHXL) mặc dù đem lại nguồn thu lợi nhuận quan trọng cho các ngân hàng tuy nhiên cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro, đặc biệt đối với những khoản bảo lãnh trong đấu thầu xây lắp thường có giá trị rất lớn nếu không được kiểm soát tốt sẽ làm cho ngân hàng bị thua lỗ hoặc phá sản, điều này ảnh hưởng tiêu cực đến sự an toàn của hệ thống ngân hàng. Do tiềm ẩn nguy cơ rủi ro và sự tác động có tính chất dây chuyền của hệ thống ngân hàng nên nhà nước phải sử dụng pháp luật làm công cụ kích thích những tác động tích cực, hạn chế những tác động tiêu cực, bảo đảm an toàn cho hoạt động BLNHXL của hệ thống ngân hàng.

**Ba là**, hoạt động BLNHXL tác động tích cực đến rất nhiều mặt của đời sống kinh tế - xã hội thông qua việc thúc đẩy các giao dịch trong nền kinh tế. Mặt khác, ngay hoạt động BLNH và đặc biệt là BLNHXL chịu sự chi phối của các ngành luật khác nhau. Mỗi khi hoạt động BLNHXL nảy sinh vấn đề đều có ảnh hưởng lớn tới tất cả các bên tham gia, gây hậu quả xấu cho quá trình triển khai các dự án đầu tư. Việc giải quyết các hậu quả này thường phải là một quá trình, chắc chắn có thiệt hại về nhiều mặt cho các bên tham gia, thậm chí có thể xảy ra kiện cáo kéo dài. Do tính phức tạp và tầm quan trọng của hoạt động BLNHXL đối với nền kinh tế và đời sống xã hội nên nhà nước không thể để nó phát triển tự phát mà đã sử dụng pháp luật làm công cụ để quản lý và định hướng sự phát triển hoạt động này theo chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của nhà nước.

Từ ba lý do nêu trên có thể thấy, việc điều chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động BLNHXL là yêu cầu mang tính khách quan. Chính vì vậy, pháp luật hoạt động này được xác định là một bộ phận của pháp luật quốc gia. Tuy

nhiên, ở mỗi quốc gia vị trí của pháp luật hoạt động này không giống nhau. Chẳng hạn như Singapore, Luật bảo lãnh (*Law of Guarantees*) được coi là một bộ phận của Luật Thương mại [59]; ở Mỹ, pháp luật về thư tín dụng dự phòng (*standby letter of credit*) được quy định trong Luật Thương mại Mỹ [62]; ở Pháp, pháp luật về bảo lãnh độc lập (*independent guarantee*) được quy định trong một số đạo luật như Luật dân sự, Luật về tài chính tiền tệ [45, 46]; ở Việt Nam, pháp luật về BLNHXL được coi là một bộ phận của pháp luật ngân hàng [24], tuy nhiên BLNHXL lại liên quan tới rất nhiều các quy định trong luật đầu thầu. Mặc dù vị trí của pháp luật về BLNHXL trong hệ thống pháp luật của các quốc gia không giống nhau, nhưng việc sử dụng pháp luật ở bất kỳ quốc gia nào cũng đều nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động này. Như vậy, dưới góc độ khái quát, pháp luật về hoạt động BLNHXL là hệ thống các quy phạm pháp luật chuyên sâu, do nhà nước ban hành hoặc thừa nhận nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình thực hiện hoạt động BLNHXL.

Pháp luật về BLNHXL có đối tượng điều chỉnh và phương pháp điều chỉnh cụ thể. Căn cứ vào tính chất quan hệ xã hội do pháp luật về BLNHXL điều chỉnh, đối tượng điều chỉnh của pháp luật hoạt động BLNHXL bao gồm hai nhóm chính:

**(i) Các quan hệ quản lý nhà nước về BLNHXL :** Là các quan hệ phát sinh trong quá trình nhà nước thực hiện hoạt động quản lý nhà nước đối với hoạt động này trong nền kinh tế. Đối với các quan hệ quản lý nhà nước về hoạt động BLNHXL, phương thức tác động (phương pháp điều chỉnh) là mệnh lệnh phục tùng.

**(ii) Các quan hệ tổ chức, kinh doanh hoạt động BLNHXL:** Là các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình tổ chức, thực hiện hoạt động BLNHXL của các tổ chức cung ứng dịch vụ này. Do các quan hệ tổ chức, kinh doanh hoạt động BLNHXL được thiết lập trên cơ sở bình đẳng, phương thức

tác động của pháp luật (phương pháp điều chỉnh) đối với các quan hệ xã hội này là phương pháp bình đẳng thỏa thuận.

Nhằm luật hóa khái niệm về BLNHXL, Điều 4, Luật Đấu thầu năm 2013 quy định: *“Bảo đảm dự thầu là việc nhà thầu, nhà đầu tư thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam để bảo đảm trách nhiệm dự thầu của nhà thầu, nhà đầu tư trong thời gian xác định theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu”*. Khái niệm BLNHXL nêu trên nhấn mạnh đến hai khía cạnh của BLNHXL. Đó là:

**Thứ nhất**, BLNHXL là một hành vi. Đó là hành vi cam kết của ngân hàng thương mại về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính cho khách hàng (nhà thầu) nếu nghĩa vụ đó (đã được quy định chặt chẽ tại quy định pháp luật về đấu thầu) bị vi phạm.

**Thứ hai**, BLNHXL là một hợp đồng. Đó là hợp đồng cấp bảo lãnh giữa ngân hàng thương mại với khách hàng (nhà thầu xây lắp) trong đó nhấn mạnh đến yếu tố thỏa thuận giữa ngân hàng thương mại và khách hàng về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và hoàn trả.

So sánh hai khái niệm: bảo lãnh và BLNHXL theo quy định của pháp luật Việt Nam, chúng ta thấy nếu như bảo lãnh nói chung được xác định là một biện pháp (giao dịch) bảo đảm thì BLNHXL vừa được xác định là biện pháp bảo đảm, vừa được xác định là một hình thức cấp tín dụng.

Như vậy, ở Việt Nam, BLNHXL được coi là một dạng đặc biệt của bảo lãnh, nó do NHTM thực hiện và mang tính độc lập so với hợp đồng cơ sở (hợp đồng được giao kết giữa bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh).

Qua việc nghiên cứu các quan điểm trong nước và ngoài nước về BHNH nói chung và BLNHXL nói riêng, nghiên cứu sinh nhận thấy rằng: BLNHXL có thể được gọi dưới nhiều tên gọi khác nhau như : bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp, bảo lãnh đấu thầu, bảo lãnh dự thầu hoặc tên gọi khác nhưng đều nhằm để

chỉ việc NHTM (bên bảo lãnh) cam kết với bên mời thầu xây lắp (bên nhận bảo lãnh) về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính cho nhà thầu xây lắp (bên được bảo lãnh) trong trường hợp nhà thầu xây lắp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hoàn toàn chỉ phụ thuộc vào các điều khoản tại cam kết bảo lãnh.

Tuy nhiên, nếu hiểu BLNHXL là một cam kết độc lập không thôi cũng chưa đủ, vì vậy để có thể hiểu rõ về BLNHXL và tìm ra một khái niệm phù hợp về nó, cần phải tìm hiểu các đặc điểm của BLNHXL.

### ***2.2.1.2. Đặc điểm của pháp luật về BLNHXL***

Ngoài những đặc điểm chung với pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng, pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp có những đặc điểm riêng như sau :

**Một là,** Mặc dù xuất phát từ pháp luật về bảo lãnh ngân hàng, nhưng pháp luật về BLNHXL mang tính phức hợp, là sự giao thoa của pháp luật dân sự, tín dụng ngân hàng, đấu thầu... và chịu sự tương tác giữa nhiều bộ phận pháp luật trong hệ thống pháp luật quốc gia. Chính vì sự giao thoa, tương tác này mà việc thực hiện hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp và các quy định pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp cũng có sự phức tạp, đặc thù riêng, dễ xảy ra phát sinh tranh chấp. Hoạt động BLNHXL mang tính phức tạp bởi có nhiều chủ thể tham gia, ngoài ba chủ thể chính trong hai quan hệ hợp đồng nêu trên, bao gồm: bên bảo lãnh (NHTM), bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) và bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp); hoạt động BLNHXL còn có thêm sự xuất hiện của các bên liên quan khác như các bên đồng bảo lãnh (trong trường hợp đồng bảo lãnh), bên bảo lãnh đối ứng (trong trường hợp bảo lãnh phương thức gián tiếp), bên thông báo (trong trường hợp bên bảo lãnh yêu cầu một ngân hàng trung gian đóng vai trò ngân hàng thông báo). Đồng thời, do đặc thù của hoạt động BLNHXL, các chủ thể ở những lĩnh vực khác nhau, quan niệm việc giải quyết

vấn đề bằng các quy định pháp luật khác nhau. Vì vậy, các tranh chấp BLNHXL thường rất phức tạp. Điều này đặt ra yêu cầu đối với các cơ quan giải quyết tranh chấp (trọng tài, tòa án) phải nắm vững pháp luật.

*Hai là*, pháp luật về BLNHXL có đối tượng điều chỉnh là các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình các NHTM thực hiện hoạt động bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu. Đó là các quan hệ phát sinh từ hợp đồng cấp bảo lãnh giữa NHTM với khách hàng; các quan hệ phát sinh từ hợp đồng bảo lãnh giữa NHTM với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu); quan hệ phát sinh từ việc thực hiện quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của mỗi bên liên quan đến hoạt động bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu; các quan hệ phát sinh từ tranh chấp và giải quyết tranh chấp về hoạt động bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu ...

### **2.2.2. Những nguyên tắc cơ bản của pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Những nguyên tắc cơ bản của pháp luật về BLNHXL thống nhất với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật về bảo lãnh ngân hàng.

#### **2.2.2.1. Nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh**

Trong điều kiện nền kinh tế thị trường ở nước ta hiện nay cũng như các nước khác theo thể chế kinh tế thị trường, các doanh nghiệp (trong đó có TCTD) về cơ bản được ghi nhận quyền tự do kinh doanh. Mức độ quyền tự do kinh doanh có thể khác nhau tùy thuộc vào thể chế kinh tế thị trường ở mỗi quốc gia nhưng nhìn chung đều dựa trên nguyên lý doanh nghiệp có quyền tự quyết định và tự chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh của mình. Theo Bùi Xuân Hải (2011), Tự do kinh doanh là một phạm trù rộng và có nhiều cách định nghĩa khác nhau. Ở nghĩa rộng, tự do kinh doanh có thể được hiểu là khả năng mà các tổ chức, cá nhân có thể lựa chọn, tự quyết định mọi vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh nhằm mục đích sinh lợi, trong đó có quyền thành lập cơ sở kinh doanh, lựa chọn loại hình doanh nghiệp, lựa chọn

ngành nghề, quy mô kinh doanh và địa bàn kinh doanh; được tự do lựa chọn đối tác, bạn hàng, được tự chủ kinh doanh, tự quyết định các vấn đề phát sinh trong hoạt động kinh doanh... Tuy nhiên, quyền tự do kinh doanh bị giới hạn bởi quyền tự do kinh doanh của chủ thể khác, lợi ích chính đáng của chủ thể khác và lợi ích công cộng [9]. Với cách tiếp cận này, để bảo đảm quyền tự do kinh doanh trong hoạt động BLNH, pháp luật về BLNHXL được hình thành theo những nội dung sau :

**Một là**, pháp luật bảo đảm sự bình đẳng giữa các chủ thể cung ứng dịch vụ bảo lãnh, theo đó, bất kỳ NHTM nào có thể thực hiện hoạt động bảo lãnh một cách chuyên nghiệp, có khả năng tài chính và tự chịu trách nhiệm đối với các cam kết bảo lãnh của mình thì đều được quyền cung ứng dịch vụ BLNHXL cho các nhà thầu xây lắp, không được có một sự ưu đãi hoặc hạn chế thiếu căn cứ của chủ thể này so với chủ thể khác.

**Hai là**, pháp luật bảo đảm quyền tự do thỏa thuận và tự định đoạt của các chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng BLNHXL này. Nguyên tắc này xuất phát từ bản chất của quan hệ hợp đồng là đề cao tính tự nguyện, tự thỏa thuận và tự chịu trách nhiệm của các chủ thể trong quá trình xác lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt hợp đồng. Trong quan hệ hợp đồng BLNHXL, các bên có quyền tự do thỏa thuận các điều kiện, điều khoản hợp đồng.

**Ba là**, pháp luật bảo đảm quyền bình đẳng giữa các chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng cấp BLNHXL. Trong đời sống dân sự, các chủ thể độc lập và bình đẳng khi tham gia quan hệ pháp luật. Trong quan hệ hợp đồng cấp BLNHXL cũng vậy, các chủ thể được quyền bình đẳng khi xác lập thực hiện hợp đồng cấp BLNHXL. Trong quá trình thực hiện hoạt động BLNHXL, ngân hàng có quyền và nghĩa vụ thẩm định hồ sơ, quyết định cấp bảo lãnh cho khách hàng. Khách hàng hoàn toàn có quyền lựa chọn ngân hàng phát hành bảo lãnh, có quyền đàm phán các điều khoản của hợp đồng cấp BLNHXL.

**Bốn là**, để bảo đảm cho quyền tự do kinh doanh được thực hiện, pháp luật cũng có những chế tài đối với hành vi vi phạm pháp luật về hoạt động



BLNH nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng. Theo đó, các chủ thể tham gia hoạt động BLNHXL cũng bình đẳng với nhau trong việc gánh chịu hậu quả pháp lý do thực hiện hành vi trái pháp luật trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình theo thỏa thuận hay theo quy định của pháp luật.

#### ***2.2.2.2. Nguyên tắc bảo đảm tính độc lập***

Mục đích đầu tiên của BLNHXL là hạn chế rủi ro cho bên thụ hưởng (bên mời thầu) trước sự vi phạm hợp đồng cơ sở của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp). Do đó, để bảo vệ quyền lợi của bên thụ hưởng, pháp luật về hoạt động BLNHXL phải bảo đảm tính độc lập. Mặt khác việc đảm bảo tính độc lập của BLNHXL cũng là yếu tố để pháp luật về hoạt động BLNHXL phù hợp với thông lệ quốc tế. Xét ở góc độ chung, nguyên tắc bảo đảm tính độc lập cần phải thể hiện:

*Một là, bên nhận bảo lãnh có quyền được thanh toán khi xuất trình yêu cầu đòi tiền phù hợp mà không cần có sự chấp thuận của bên được bảo lãnh.* Nguyên tắc này được ghi nhận ở các tập quán quốc tế như : URDG 758, ISP98, UCP 600... Điều này cũng được quy định trong Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010, Luật Đấu thầu và các văn bản pháp luật liên quan. Đây là mấu chốt của nguyên tắc bảo đảm tính độc lập của BLNHXL. Như vậy, về mặt pháp lý, một khi các điều khoản và điều kiện của bảo lãnh được đáp ứng thì bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu ngân hàng thanh toán tiền trên cơ sở lập chứng từ theo như điều khoản tại cam kết bảo lãnh mà không cần có sự đồng ý của bên được bảo lãnh.

*Hai là, nguyên tắc bảo đảm tính độc lập của BLNHXL được thể hiện ở trách nhiệm thanh toán của bên bảo lãnh.* Trách nhiệm thanh toán của bên bảo lãnh hoàn toàn độc lập với hợp đồng cấp bảo lãnh giữa bên bảo lãnh với bên được bảo lãnh. Theo thông lệ quốc tế, tính độc lập của BLNHXL luôn được đề cao. Việc thiếu tính chất này trong Quy tắc thống nhất về bảo lãnh hợp đồng (URCG 325) đã khiến nó không được chấp nhận trên thị trường, chỉ khi ICC ban hành Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh theo yêu cầu (URDG 458 và sau

đó là URDG 758) với việc đề cao tính độc lập của BLNHXL đã khiến chúng được thừa nhận rộng rãi. Sở dĩ nguyên tắc bảo đảm tính độc lập của BLNHXL luôn được đề cao vì những lý do cơ bản sau: (i) Xuất phát từ mục đích của hoạt động BLNHXL là nhằm bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo lãnh. Nhờ có hoạt động này, bên nhận bảo lãnh nhận được một sự bảo đảm chắc chắn để bồi thường những thiệt hại từ việc không thực hiện đúng yêu cầu trong Hồ sơ mời thầu của bên được bảo lãnh. Nếu mục đích này không đạt được thì hoạt động BLNHXL không còn ý nghĩa; (ii) Vì bản chất của BLNHXL chính là một hợp đồng được giao kết giữa bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh. Do đó, việc sửa đổi, chấm dứt hợp đồng này phải được sự chấp thuận của bên nhận bảo lãnh chứ không phải một bên nào khác, kể cả bên được bảo lãnh. Mặt khác, trong mối quan hệ hợp đồng này thì vị thế của bên bảo lãnh thuận lợi hơn, nội dung văn bản bảo lãnh được soạn thảo và ban hành bởi bên bảo lãnh. Trong hầu hết các trường hợp, bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu) chỉ chấp nhận (ngầm hiểu) văn bản bảo lãnh mà không tham gia vào quá trình soạn thảo nội dung văn bản bảo lãnh. Trên thực tế, bên bảo lãnh có thể lợi dụng vị thế được soạn thảo, ban hành cam kết bảo lãnh để đưa ra những điều kiện hoặc lý do để không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết. Vì vậy, pháp luật đề cao tính độc lập của BLNHXL để cân bằng vị thế giữa các bên trong hợp đồng BLNHXL; (iii) Xuất phát từ mục đích ổn định trật tự xã hội và phát triển kinh tế. Rõ ràng, một khi các cam kết BLNHXL không được thực hiện sẽ để lại hậu quả xấu về kinh tế - xã hội. Chẳng hạn như: các dự án, giao dịch đang được thực hiện dở dang mà bị đình trệ không có nguồn bù đắp; doanh nghiệp, bên dân không còn niềm tin vào các cam kết bảo lãnh của ngân hàng... Vì vậy, pháp luật ghi nhận nguyên tắc bảo đảm tính độc lập của BLNHXL để hoạt động này phát triển ổn định, vì mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội.

Vì các lý do nêu trên, pháp luật các quốc gia thường thiết lập cơ chế bảo đảm tính độc lập của BLNHXL như : quy định các trường hợp bên mời thầu được phép yêu cầu bên bảo lãnh (NHTM) thanh toán đầy đủ số tiền bảo lãnh;

quy định trách nhiệm của bên bảo lãnh về việc thanh toán đầy đủ số tiền bảo lãnh ngay khi bên nhận bảo lãnh xuất trình chứng từ phù hợp; quy định về thời hạn tối đa mà bên bảo lãnh phải thực hiện cam kết bảo lãnh; quy định về việc kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động BLNH và xử lý các vi phạm của bên bảo lãnh trong hoạt động này.

### **2.2.3. Nội dung pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Xác định cấu trúc nội dung của pháp luật hoạt động BLNHXL chính là xác định các bộ phận cấu thành lĩnh vực pháp luật này. Căn cứ vào các quan hệ xã hội mà pháp luật hoạt động này cần điều chỉnh, có thể chia pháp luật hoạt động BLNHXL thành các bộ phận pháp luật như sau:

#### ***2.2.3.1. Nhóm các quy định pháp luật về trình tự, thủ tục thực hiện bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp***

##### ***a. Về trình tự, thủ tục thực hiện***

Trên cơ sở thực thi nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh, pháp luật các nước thường cho phép các chủ thể bảo lãnh (NHTM) được quyền quy định cụ thể về trình tự, thủ tục thực hiện phù hợp với đặc điểm của tổ chức mình và loại hình nghiệp vụ bảo lãnh. Trong thực tế, hoạt động BLNHXL thường được thực hiện theo quy trình, thủ tục cụ thể. Trong đó các bước thứ nhất, bước thứ hai và bước thứ ba là như nhau với các nhà thầu. Chỉ có bước thứ tư là tương ứng với trường hợp trượt thầu, bước thứ năm tương ứng với trường hợp trúng thầu và bước thứ sáu là tương ứng với trường hợp không thực hiện hoặc thực hiện không chính xác trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp. Cụ thể như sau:

- **Bước thứ nhất:** Sau khi mua Hồ sơ mời thầu, nhà thầu xây lắp sẽ nghiên cứu để xác định chính xác yêu cầu của bên mời thầu, các thông số liên quan để có thể bắt đầu việc hoàn thiện hồ sơ đề nghị bảo lãnh. Sau đó, khách hàng (nhà thầu xây lắp) có nhu cầu bảo lãnh phải gửi hồ sơ đề nghị bảo lãnh đó (trong đó có nêu các yêu cầu cụ thể của hồ sơ mời thầu xây lắp) đến ngân

hàng thương mại (tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh) do họ lựa chọn. Thường là ngân hàng thương mại yêu cầu mức phí bảo lãnh thấp nhất. Tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh hướng dẫn khách hàng hoàn thiện hồ sơ phù hợp với quy định pháp luật và quy định nội bộ của tổ chức mình.

- **Bước thứ hai:** Sau khi nhận được hồ sơ do khách hàng cung cấp, tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh tiến hành thẩm định khách hàng và hồ sơ do khách hàng cung cấp dựa trên các yêu cầu tại Hồ sơ mời thầu, các điều kiện do pháp luật và quy định nội bộ của tổ chức quy định, trên cơ sở đó quyết định có cấp bảo lãnh cho khách hàng hay không. Thông thường việc chấp thuận hay từ chối cấp bảo lãnh phải được thực hiện bằng văn bản.

- **Bước thứ ba:** Trong trường hợp chấp thuận cấp bảo lãnh, tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh và khách hàng sẽ đàm phán, ký kết hợp đồng cấp bảo lãnh. Thông thường, tổ chức cung ứng dịch vụ (NHTM) thường soạn thảo sẵn mẫu hợp đồng cấp bảo lãnh phù hợp với loại hình bảo lãnh này, trên cơ sở đó khách hàng xem, đối chiếu với các yêu cầu của hồ sơ mời thầu xây lắp và quyết định có chấp thuận, hoặc điều chỉnh các điều khoản tại hợp đồng hay không. Sau khi hợp đồng được ký kết, tổ chức cung ứng dịch vụ (lúc này là bên bảo lãnh) sẽ phát hành cam kết bảo lãnh và thu phí bảo lãnh theo thỏa thuận tại hợp đồng cấp bảo lãnh trách nhiệm của nhà thầu.

- **Bước thứ tư :** Trong trường hợp nhà thầu xây lắp nhận được thông báo theo quy định tại Khoản 6 Điều 20 (thông báo trượt thầu), nhà thầu xây lắp chuyển cho tổ chức cung ứng dịch vụ (NHTM) để tiến hành thu hồi thanh lý hợp đồng cấp BLNHXL.

- **Bước thứ năm :** Trong trường hợp nhà thầu xây lắp nhận được thông báo trúng thầu, hoàn trả BLNHXL cũng được quy định là sau khi đã hoàn thiện hợp đồng. Cụ thể ở đây là đã đến bước ký kết hợp đồng và nộp bảo lãnh thực hiện hợp đồng (Điều 66, Luật Đấu thầu năm 2013).

- **Bước thứ sáu :** Còn các trường hợp không được hoàn trả BLNHXL được quy định tại Điều 11, Khoản 8. Bên bảo lãnh (NHTM) thực hiện thanh

toán số tiền bảo lãnh theo yêu cầu hợp lệ của bên thụ hưởng (bên mời thầu xây lắp), phù hợp với điều khoản và điều kiện tại cam kết bảo lãnh.

Cần lưu ý rằng đây không phải là một bước cố định trong quy trình thủ tục bảo lãnh, việc thực hiện bước thứ sáu chỉ xảy ra khi khách hàng (bên được bảo lãnh) không thực hiện đúng hợp đồng đã giao kết với bên thụ hưởng (bên nhận bảo lãnh).

Ngay sau khi thực hiện thanh toán bảo lãnh, bên bảo lãnh sẽ tiến hành truy đòi số tiền thanh toán bảo lãnh của khách hàng. Trường hợp khách hàng không thể hoàn trả ngay số tiền nêu trên, khách hàng phải nhận nợ với bên bảo lãnh (NHTM). Thông thường, khoản nợ này được coi là một khoản nợ xấu và bên bảo lãnh phải tìm mọi cách để sớm thu hồi khoản nợ này từ khách hàng. Như vậy, về cơ bản trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động BLNHXL là do quy định nội bộ của chủ thể cung ứng dịch vụ bảo lãnh quy định. Tuy nhiên, để bảo đảm an toàn cho hoạt động này, bảo vệ quyền và lợi ích của các chủ thể tham gia và lợi ích công cộng, pháp luật có đặt ra một số quy định như sau:

#### *b. Về hồ sơ đề nghị bảo lãnh*

Pháp luật thường quy định một số giấy tờ, tài liệu thiết yếu trong hồ sơ đề nghị bảo lãnh. Thông thường, đó là các giấy tờ, tài liệu thể hiện: (i) Hồ sơ mời thầu thể hiện yêu cầu được bảo lãnh, (ii) Nghĩa vụ cần được bảo lãnh, (iii) Năng lực của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) trong việc thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh, (iv) Khả năng hoàn trả của bên được bảo lãnh trong trường hợp tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh (NHTM) phải thực hiện cam kết bảo lãnh.

#### *c. Về thời hạn phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh*

Mục đích cơ bản của BLNHXL là bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) trước sự vi phạm hợp đồng của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp). Do đó, pháp luật đưa ra một số quy định để bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo lãnh tránh việc bên bảo lãnh (NHTM) đưa ra các điều kiện khó khăn làm cho cam kết bảo lãnh không thực hiện được hoặc bị trì

hoãn thực hiện trong thực tế. Thông thường, pháp luật các nước quy định một thời hạn tối đa mà bên bảo lãnh phải thực hiện thanh toán cho bên nhận bảo lãnh sau khi nhận được yêu cầu đòi tiền phù hợp. Theo đó bên bảo lãnh phải thực hiện kiểm tra chứng từ trong thời hạn tối đa 05 ngày làm việc và nếu chứng từ không phù hợp thì từ chối. Hết thời hạn này, bên bảo lãnh không có quyền tuyên bố chứng từ được xuất trình là không phù hợp [7, tr.106].

*d. Về nghĩa vụ và thời hạn hoàn trả của bên được bảo lãnh*

Để bảo vệ quyền lợi của NHTM (là tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh), pháp luật quy định trách nhiệm của bên được bảo lãnh trong việc phải hoàn trả ngay số tiền bảo lãnh mà tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh (NHTM) đã thanh toán cho bên thụ hưởng. Theo đó, ngay khi thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, bên bảo lãnh căn cứ vào cam kết nhận nợ trả thay tại hợp đồng cấp bảo lãnh để hạch toán ghi nợ vào tài khoản cho vay bắt buộc số tiền trả thay tại hợp đồng cấp bảo lãnh để hạch toán ghi nợ vào tài khoản cho vay bắt buộc số tiền trả thay cho bên được bảo lãnh và gửi thông báo bằng văn bản về việc trả thay cho các bên liên quan. Trường hợp bên được bảo lãnh chưa hoàn trả được ngay số tiền mà bên bảo lãnh trả thay, bên bảo lãnh sẽ căn cứ vào thỏa thuận tại hợp đồng cấp bảo lãnh hoặc cam kết giữa các bên để quyết định thời hạn cho vay bắt buộc, kỳ hạn trả nợ, lãi suất cho vay áp dụng đối với khoản cho vay bắt buộc này.

***2.2.3.2. Nhóm các quy định pháp luật về chủ thể thực hiện bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp***

*a. Về chủ thể thực hiện hoạt động bảo lãnh*

Trước đây, theo định nghĩa về bảo lãnh trả tiền ngay tại Điều 2a URDG 458 thì bên bảo lãnh có thể là ngân hàng, công ty bảo hiểm hoặc tổ chức, cá nhân miễn là các tổ chức, cá nhân này phát hành bảo lãnh trả tiền ngay theo các quy tắc tại URDG 458 [51]. Theo đó, URDG 458 không có một hạn chế cụ thể nào về loại hình chủ thể cung cấp dịch vụ bảo lãnh. Hiện nay, theo quy định tại Bộ quy tắc mới về bảo lãnh trả tiền ngay (URDG 758), bên bảo lãnh

không được quy định cụ thể là loại hình nào. Theo URDG 758, bên bảo lãnh được hiểu là bên phát hành bảo lãnh, bao gồm cả việc phát hành bảo lãnh cho chính mình [53]. Như vậy, tập quán quốc tế không quy định rõ về loại hình chủ thể thực hiện hoạt động BLNH (trong đó có BLNHXL) nhưng thực tiễn giao dịch thương mại quốc tế cho thấy chủ thể chủ yếu cung cấp dịch vụ bảo lãnh là các ngân hàng. Tuy nhiên, theo phạm vi nghiên cứu của đề tài này, chủ thể (bên bảo lãnh) là NHTM. Mặt khác, toàn bộ nội dung các quy tắc tại URDG 758 cũng như hầu hết pháp luật các quốc gia cho thấy để thực hiện hoạt động BLNH đòi hỏi bên bảo lãnh phải là một chủ thể chuyên nghiệp thực hiện hoạt động BLNH (trong đó có BLNHXL) với tư cách là một hoạt động kinh doanh nhằm mục đích kiếm lời. Do đó, pháp luật các nước thường quy định bên bảo lãnh phải là một tổ chức tài chính (ngân hàng, công ty bảo hiểm, công ty tài chính...). Sở dĩ pháp luật quy định loại hình bên bảo lãnh như vậy vì một số lý do sau: (i) Hoạt động BLNH hàm chứa nhiều rủi ro, do đó nó phải được thực hiện bởi các chủ thể chuyên nghiệp, có tổ chức bộ máy chặt chẽ, có đội ngũ nhân sự chuyên môn cao. Dịch vụ BLNH là một dịch vụ đặc biệt vì khi phát hành cam kết bảo lãnh, bên bảo lãnh phải chịu trách nhiệm thực hiện nó trong trường hợp bên được bảo lãnh vi phạm nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh. Do đó, để hạn chế rủi ro của việc phải thực hiện cam kết bảo lãnh, trước khi cung cấp dịch vụ bảo lãnh, bên bảo lãnh thường thẩm định rất kỹ bên được bảo lãnh rồi mới quyết định có chấp thuận cấp bảo lãnh hay không; (ii) Do đặc thù lĩnh vực hoạt động BLNHXL, các tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh thường là các tổ chức có năng lực tài chính mạnh, có khả năng thực hiện đúng cam kết bảo lãnh đã phát hành.

Như vậy, pháp luật cần quy định loại hình chủ thể được cung ứng dịch vụ BLNH (trong đó có BLNHXL) để bảo đảm hoạt động này được phát triển lành mạnh, hạn chế rủi ro cho các chủ thể tham gia và ổn định kinh tế - xã hội.

#### *b. Về cấp phép hoạt động*

Hoạt động BLNH (trong đó có BLNHXL) là lĩnh vực kinh doanh ngân hàng có ảnh hưởng lớn đến ngành xây dựng, từ đó, tác động mạnh đến nền kinh tế - xã hội nên hầu hết các quốc gia đều yêu cầu chủ thể cung ứng dịch vụ này phải đăng ký kinh doanh và được cấp phép hoạt động sau khi chứng minh đã thỏa mãn đầy đủ các điều kiện do pháp luật quy định.

Mục đích của việc cấp phép hoạt động là để cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể thực hiện việc giám sát, đảm bảo hoạt động này được thực hiện bởi các chủ thể có uy tín và năng lực tài chính, có khả năng chịu trách nhiệm đối với các cam kết bảo lãnh được phát hành. Theo quy định của pháp luật Việt Nam về đấu thầu, chỉ có các “*tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam*” (Điều 4, Luật Đấu thầu số 43/2013) mới có đủ điều kiện để được cấp phép thực hiện hoạt động BLNH. Tuy nhiên, cũng không phải mọi TCTD đều đủ điều kiện cấp phép thực hiện hoạt động BLNH, pháp luật Việt Nam quy định chỉ các TCTD là ngân hàng thương mại, ngân hàng hợp tác xã, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và công ty tài chính mới được xem xét, cấp phép hoạt động này. Trong phạm vi nghiên cứu của chuyên đề, chúng ta chỉ xem xét chủ thể là ngân hàng thương mại.

### *c. Về phạm vi cung ứng dịch vụ*

Pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều ghi nhận nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh của chủ thể cung ứng dịch vụ BLNHXL trong việc đáp ứng nhu cầu bảo lãnh của các nhà thầu xây dựng. Tuy nhiên, do đặc trưng của sản phẩm dịch vụ này mà hầu hết pháp luật các quốc gia thường có quy định về phạm vi thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh để các chủ thể cung ứng dịch vụ BLNH (trong đó có BLNHXL) có thể cung cấp các loại hình bảo lãnh phù hợp.

Việc quy định phạm vi cung ứng nhằm hai mục đích sau:

(i) Đảm bảo hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng phát triển theo định hướng của nhà nước, pháp luật đóng vai trò hướng dẫn các chủ



thể cung ứng dịch vụ đáp ứng các nhu cầu bảo lãnh của các chủ thể tham gia đấu thầu xây lắp;

(ii) Ngăn chặn các hành vi bảo lãnh trái pháp luật và đạo đức xã hội.

### ***2.2.3.3. Nhóm các quy định pháp luật về hợp đồng cấp BLNHXL***

Hợp đồng cấp BLNHXL là hợp đồng giao kết giữa bên bảo lãnh (NHTM) với bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp). Hợp đồng này bao gồm các quy định sau:

#### ***a. Chủ thể hợp đồng cấp BLNHXL***

Như đã nêu trên, chủ thể của hợp đồng cấp BLNHXL bao gồm hai chủ thể chính là bên bảo lãnh (NHTM) với bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp). Để đảm bảo an toàn cho hoạt động NHTM (tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh) pháp luật thường quy định một số điều kiện nhất định với bên được bảo lãnh như (i) có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự, (ii) có mục đích đề nghị bảo lãnh hợp pháp, (iii) có khả năng thực hiện nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng cơ bản...

#### ***b. Nội dung của hợp đồng cấp BLNHXL***

Nội dung của hợp đồng chính là cơ sở để bên bảo lãnh (NHTM) phát hành cam kết bảo lãnh. Hay nói cách khác, nội dung cam kết bảo lãnh được soạn thảo dựa trên cơ sở các điều khoản của hợp đồng cấp bảo lãnh (chi tiết các yêu cầu được nêu trong Hồ sơ mời thầu được nhà thầu xây lắp mua của bên mời thầu). Do đó, ngoài nội dung về chủ thể và một số quy định đặc thù như luật áp dụng, phí bảo lãnh, hoàn trả số tiền bảo lãnh, các nội dung của hợp đồng cấp BLNH cũng tương tự nội dung hợp đồng BLNH đã trình bày trên.

#### ***c. Hình thức của hợp đồng cấp BLNHXL***

Nhìn chung, để hạn chế tranh chấp phát sinh, do tính chất quan trọng của giao dịch phát sinh trong hoạt động này, cũng như theo quy định của luật đấu thầu, để có cơ sở nộp cho bên mời thầu xây lắp, pháp luật Việt Nam (như hầu hết pháp luật các nước) quy định hợp đồng cấp BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng phải được lập thành văn bản.

#### *d. Thực hiện hợp đồng cấp BLNHXL*

Pháp luật các nước hầu như không có quy định về trình tự, thủ tục thực hiện hợp đồng cấp BLNHXL. Tuy nhiên, căn cứ vào các điều khoản trong nội dung hợp đồng cấp BLNHXL cũng như xem xét quy định nội bộ các ngân hàng thương mại, có thể đưa ra các bước thực hiện hợp đồng như sau: (i) Căn cứ vào nội dung hợp đồng cấp bảo lãnh đã ký kết, bên bảo lãnh phát hành cam kết bảo lãnh cho bên nhận bảo lãnh và thu phí bảo lãnh của bên được bảo lãnh; (ii) Thực hiện hợp đồng (bao gồm việc kiểm tra chứng từ và thanh toán cho bên thụ hưởng trong trường hợp chứng từ xuất trình phù hợp); (iii) Yêu cầu bên được bảo lãnh bồi hoàn số tiền bảo lãnh đã trả thay.

#### *e. Hiệu lực của hợp đồng cấp BLNHXL*

Như đã nêu trên, hoạt động BLNHXL mang bản chất là một hoạt động thương mại nhằm cấp bảo lãnh cho khách hàng (nhà thầu xây lắp). Do đó, các quy định về hiệu lực hợp đồng cấp BLNHXL cũng như các nội dung khác cũng được thực hiện theo quy định chung của pháp luật quốc gia về hợp đồng thương mại. Về cơ bản, hợp đồng cấp BLNHXL có hiệu lực theo thỏa thuận của các bên (thông thường có hiệu lực kể từ ngày ký) và kết thúc hiệu lực khi các bên hoàn thành nghĩa vụ của mình đối với nhau.

Theo pháp luật Việt Nam, điều kiện cần để kết thúc hiệu lực hợp đồng cấp BLNHXL là sau khi BLNHXL hết hiệu lực. Hiệu lực của BLNHXL được quy định chi tiết trong Điều 11, Luật Đấu thầu năm 2013. Hiệu lực của BLNHXL dài hơn hiệu lực của Hồ sơ dự thầu là 30 ngày và phải được gia hạn cùng với Hồ sơ dự thầu. Nếu không sẽ bị coi là không thực hiện trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu.

Một điểm đáng lưu ý là mối quan hệ về hiệu lực hợp đồng cấp BLNHXL với hợp đồng BLNHXL. Do tuân thủ nguyên tắc về tính độc lập của cam kết BLNH, pháp luật quốc gia thường quy định sự độc lập của hợp đồng BLNHXL so với hợp đồng cấp BLNHXL. Theo đó, trong trường hợp hợp đồng cấp BLNHXL bị tuyên bố vô hiệu sau khi hợp đồng BLNHXL được

giao kết thì hợp đồng BLNHXL vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp bản thân nó bị vi phạm quy định pháp luật về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Ngược lại, trong trường hợp hợp đồng BLNHXL bị vô hiệu thì hợp đồng cấp BLNHXL không vì thế mà vô hiệu theo [5, tr.192].

#### ***2.2.3.4. Nhóm các quy định pháp luật về hợp đồng BLNHXL***

Hợp đồng BLNHXL là giao kết giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Nó được coi là đã ký kết sau khi bên bảo lãnh phát hành cam kết bảo lãnh (dưới dạng thư bảo lãnh) và được sự chấp nhận “*ngâm hiểu*” của bên thụ hưởng. Tuy nhiên, hiện nay, qua phân tích ở phần trước, chúng ta có thể thấy, pháp luật hiện hành của nhiều quốc gia hầu như chưa làm rõ vai trò chủ thể của quan hệ hợp đồng này. Để thuận lợi cho việc nghiên cứu của luận án, căn cứ vào lý luận chung về pháp luật hợp đồng, tác giả luận án xác định nhóm các quy định pháp luật về hợp đồng BLNHXL bao gồm các nội dung sau:

##### ***a. Về chủ thể hợp đồng***

Như đã nêu trên, chủ thể của hợp đồng BLNHXL bao gồm hai chủ thể chính là bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Bên cạnh việc quy định địa vị pháp lý của bên bảo lãnh, pháp luật cũng quy định một số điều kiện nhất định với bên nhận bảo lãnh tại Điều 75, Luật Đấu thầu năm 2013. Các điều kiện này thường bao gồm: (i) Có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự, (ii) Có các giấy tờ, tài liệu chứng minh quyền chủ nợ trong một nghĩa vụ được bảo đảm (nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng cơ bản giữa bên mời thầu với nhà thầu xây lắp).

##### ***b. Về nội dung hợp đồng***

Để đảm bảo an toàn cho hoạt động BLNHXL và hạn chế tranh chấp phát sinh, pháp luật thường quy định một số nội dung bắt buộc phải có trong cam kết (hợp đồng) bảo lãnh như sau:

(i) Tên của bên bảo lãnh, bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh.

(ii) Mục đích bảo lãnh: Thông thường tên gọi của văn bản (cam kết) bảo lãnh luôn thống nhất với mục đích. Hơn nữa, do bảo lãnh được thiết lập trong

khuôn khổ một hành vi hợp đồng cụ thể nên nội dung văn bản bảo lãnh phải có phần tham chiếu đến số hiệu hợp đồng cơ bản [10, tr.312]. Các nội dung cụ thể được thực hiện theo quy định tại hồ sơ mời thầu xây lắp và thống nhất với các yêu cầu tại hồ sơ dự thầu xây lắp.

(iii) Số tiền bảo lãnh: Số tiền bảo lãnh là mức tiền thanh toán của bên bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh khi xảy ra biến cố vi phạm (không thực hiện hoặc thực hiện không đúng trách nhiệm) của bên được bảo lãnh theo hợp đồng cơ bản. Mức tiền này được quy định cụ thể trong hồ sơ mời thầu và việc cam kết bảo lãnh với mức kinh phí này được coi là một điều kiện tiên quyết để đảm bảo tính hợp lệ của hồ sơ dự thầu xây lắp. Như vậy, bên thụ hưởng không có quyền đòi nhiều hơn số tiền này dù thiệt hại trong thực tế có thể lớn hơn. Thông thường, theo quy định của pháp luật về hoạt động BLNH, số tiền thanh toán được ghi theo một số tiền cụ thể hoặc một mức tối đa và xác định dựa theo bản chất của giao dịch bảo lãnh cũng như giá trị hợp đồng cơ bản [10, tr.313].

(iv) Điều kiện thực hiện thanh toán : Đây là phần quy định về các điều kiện và chứng từ cần thiết mà bên nhận bảo lãnh phải xuất trình, làm cơ sở cho việc thanh toán của tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh (NHTM). Phần quy định về điều kiện để bên mời thầu xây lắp có quyền yêu cầu NHTM thực hiện bảo lãnh được quy định cụ thể trong Luật Đấu thầu (Khoản 8, Điều 11). Khi các điều kiện, chứng từ cần thiết được thỏa mãn thì tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh (NHTM) phải chi trả và bên thụ hưởng được quyền nhận bồi thường. Nhìn chung, có hai loại điều kiện thực hiện thanh toán, đó là: điều kiện được thể hiện bằng chứng từ và điều kiện phi chứng từ. Để hạn chế việc bên bảo lãnh đưa ra các điều kiện phi chứng từ gây khó khăn cho việc thanh toán, Điều 7 URDG 758 quy định: bảo lãnh không được có các điều kiện không nêu rõ chứng từ để xác định việc tuân thủ điều kiện đó (trừ điều kiện về ngày hoặc thời gian) [53].

(v) Thời hạn hiệu lực của bảo lãnh : Đây là khoảng thời gian mà tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh chịu trách nhiệm thực hiện cam kết thanh toán nếu điều kiện thực hiện thanh toán được thỏa mãn. Hiệu lực của BLNHXL được quy định chi tiết trong Điều 11, Luật Đấu thầu năm 2013. Hiệu lực của BLNHXL dài hơn hiệu lực của Hồ sơ dự thầu là 30 ngày và phải được gia hạn cùng với Hồ sơ dự thầu. Nếu không sẽ bị coi là không thực hiện trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu. Quá thời hạn hiệu lực của bảo lãnh, tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh được giải phóng nghĩa vụ. Thời hạn hiệu lực của bảo lãnh chịu ảnh hưởng bởi ngày bắt đầu và hết hiệu lực được ghi tại văn bản (cam kết) bảo lãnh.

(vi) Các điều khoản khác, như chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ, giải quyết tranh chấp...

*c. Về hình thức hợp đồng*

Như trên đã nêu, hợp đồng BLNHXL tồn tại dưới nhiều dạng khác nhau như thư bảo lãnh, hợp đồng bảo lãnh và các hình thức cam kết khác, tuy nhiên hình thức phổ biến nhất trên thế giới là thư bảo lãnh (một số quốc gia như Mỹ lại sử dụng hình thức thư tín dụng dự phòng). Ngoài ra, do tính chất của quan hệ BLNH, pháp luật các nước đều có quy định là hình thức hợp đồng bảo lãnh nói chung và hợp đồng BLNHXL nói riêng phải được lập thành văn bản.

*d. Về thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh*

Để thực hiện nguyên tắc bảo đảm tính độc lập của cam kết bảo lãnh, pháp luật quy định việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hoàn toàn phụ thuộc vào các điều khoản tại hợp đồng BLNHXL. Thủ tục và thời gian thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thống nhất quy định gồm ba bước sau:

(i) Bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) : Khi xảy ra các sự kiện thuộc điều kiện thanh toán bảo lãnh (hành vi vi phạm của bên được bảo lãnh theo hợp đồng cơ bản), Bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) căn cứ các quy định cụ thể trong Luật Đấu thầu về các trường hợp không được hoàn trả

BLNHXL (Khoản 8, Điều 11), gửi chứng từ yêu cầu thanh toán. Bên nhận bảo lãnh gửi các chứng từ theo yêu cầu trong thời hạn hiệu lực của bảo lãnh.

(ii) Bên bảo lãnh (NHTM) kiểm tra chứng từ trước khi thanh toán. Căn cứ vào các điều khoản trong hợp đồng BLNHXL, bên bảo lãnh kiểm tra chứng từ và quyết định có chấp thuận thanh toán cho bên nhận bảo lãnh hay không. Nếu thấy chứng từ bất hợp lệ hoặc không phù hợp với điều kiện đã được quy định trong bảo lãnh thì bên bảo lãnh có quyền từ chối thanh toán, nhưng phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do từ chối. Mặt khác, để bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo lãnh, pháp luật quy định thời hạn tối đa của việc kiểm tra chứng từ tối đa là 5 ngày kể từ ngày bên thụ hưởng xuất trình chứng từ hợp lệ.

(iii) Thực hiện thanh toán cho bên nhận bảo lãnh. Sau khi chứng từ yêu cầu thanh toán của bên nhận bảo lãnh được kiểm tra và chấp nhận, bên bảo lãnh phải thanh toán cho bên nhận bảo lãnh.

#### *e. Về hiệu lực của hợp đồng*

Quy định về hiệu lực của hợp đồng BLNHXL là rất quan trọng vì chỉ khi hợp đồng phát sinh hiệu lực thì tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh mới chịu trách nhiệm thanh toán khi nhận được chứng từ đòi tiền phù hợp. Chính vì thế, pháp luật về đấu thầu có quy định về hiệu lực của hợp đồng BLNHXL bao gồm quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực, thời điểm chấm dứt hiệu lực.

**Về thời điểm phát sinh hiệu lực:** về cơ bản pháp luật tôn trọng quyền tự do thỏa thuận của các bên chủ thể. Riêng với hợp đồng BLNHXL, thời điểm phát sinh hiệu lực được quy định tại Hồ sơ mời thầu, thường là vào ngày đóng thầu.

**Về thời điểm chấm dứt hiệu lực:** thống nhất vào một ngày cụ thể được quy định trong Hồ sơ mời thầu với mục đích là để bên thụ hưởng có khoảng thời gian cần thiết để yêu cầu thanh toán. Ngoài ra, pháp luật cũng quy định một số trường hợp chấm dứt hợp đồng BLNH khi xảy ra các biến cố sau: (i) Hợp đồng cơ bản bị tuyên bố vô hiệu; (ii) Khi bảo lãnh được hủy bỏ có sự

đồng ý của bên thụ hưởng; (iii) Khi bên được bảo lãnh đã thực hiện xong nghĩa vụ của họ trong hợp đồng cơ bản; (iv) Tổ chức cung ứng dịch vụ bảo lãnh đã thực hiện xong nghĩa vụ trả thay của mình [10, tr.314]. Riêng với hợp đồng BLNHXL, hiệu lực của BLNHXL được quy định chi tiết trong Điều 11, Luật Đấu thầu năm 2013. Hiệu lực của BLNHXL dài hơn hiệu lực của Hồ sơ dự thầu là 30 ngày và phải được gia hạn cùng với Hồ sơ dự thầu. Nếu không sẽ bị coi là không thực hiện trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu.

#### ***2.2.3.5. Nhóm các quy định pháp luật về quản lý nhà nước đối với BLNHXL***

Như đã đề cập ở phần trên của luận án, hoạt động BLNHXL mang tính đặc thù và luôn tiềm ẩn rủi ro đối với các bên tham gia. Vì vậy, để hạn chế rủi ro trong hoạt động này, bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan, Nhà nước phải thực hiện quản lý nhà nước đối với hoạt động BLNHXL. Nội dung quản lý nhà nước đối với hoạt động này bao gồm nhiều công việc khác nhau như: (i) Xây dựng và ban hành văn bản pháp luật về hoạt động BLNHXL ; (ii) Cấp, thu hồi giấy phép thực hiện hoạt động BLNHXL ; (iii) Kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động BLNHXL và các hoạt động quản lý nhà nước khác.

#### ***2.2.3.6. Nhóm các quy định pháp luật về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL***

Các tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL khá đặc thù và phức tạp vì một số lý do sau:

***Thứ nhất***, hoạt động BLNHXL làm phát sinh hai quan hệ hợp đồng; đó là quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh và quan hệ hợp đồng BLNHXL. Trong đó, hợp đồng cấp bảo lãnh đóng vai trò là cơ sở pháp lý để bên bảo lãnh ký kết hợp đồng bảo lãnh, còn hợp đồng bảo lãnh được ký kết là nhằm thực hiện nghĩa vụ của bên bảo lãnh đã phát sinh trong hợp đồng cấp bảo lãnh. Hai hợp đồng này độc lập với nhau và có sự khác biệt về chủ thể cũng như quyền, nghĩa vụ pháp lý. Tuy nhiên, còn tồn tại nhiều quan điểm khác nhau về luận điểm khoa học cũng như quá trình thực thi pháp luật như : cam kết bảo lãnh là

cam kết đơn phương hay hợp đồng, hoạt động BLNFXL là giao dịch bảo đảm hay hoạt động cấp tín dụng; do đó, việc giải quyết tranh chấp BLNFXL trong thực tế gặp nhiều khó khăn.

*Thứ hai*, hoạt động BLNFXL mang tính phức tạp bởi có nhiều chủ thể tham gia, ngoài ba chủ thể chính trong hai quan hệ hợp đồng nêu trên, bao gồm: bên bảo lãnh (NHTM), bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) và bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp); hoạt động BLNFXL còn có thêm sự xuất hiện của các bên liên quan khác như các bên đồng bảo lãnh (trong trường hợp đồng bảo lãnh), bên bảo lãnh đối ứng (trong trường hợp bảo lãnh phương thức gián tiếp), bên thông báo (trong trường hợp bên bảo lãnh yêu cầu một ngân hàng trung gian đóng vai trò ngân hàng thông báo). Đồng thời, do đặc thù của hoạt động BLNFXL, các chủ thể ở những lĩnh vực khác nhau, quan niệm việc giải quyết vấn đề bằng các quy định pháp luật khác nhau. Vì vậy, các tranh chấp BLNFXL thường rất phức tạp.

*Thứ ba*, quy định về trình tự, quy trình của đấu thầu trong Luật Đấu thầu năm 2013 (Điều 38) chưa rõ ràng, thống nhất. Phần Thương thảo hợp đồng trong Quy trình lựa chọn nhà thầu dễ dẫn đến việc nhà thầu phá bỏ các giao kèo đã thống nhất trong hồ sơ mời thầu, đưa thành tình huống thương thảo không thành công, tránh việc bị thu phần kinh phí BLNFXL, gây khó khăn cho bên mời thầu [74].

Như vậy, vì nhiều lý do khác nhau, tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNFXL thường rất đa dạng và phức tạp, ảnh hưởng rất xấu tới quá trình đấu thầu xây lắp. Để giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNFXL, pháp luật Việt Nam thực hiện nguyên tắc tôn trọng quyền tự thỏa thuận của các bên. Giao dịch trong hoạt động BLNFXL là quan hệ hợp đồng, do đó, các thỏa thuận của các bên không trái pháp luật sẽ được pháp luật bảo vệ.

**2.2.4. Những yếu tố chi phối đến pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**



Pháp luật về BLNH nói chung và pháp luật về hoạt động BLNHXL nói riêng chịu nhiều yếu tố chi phối, những yếu tố này có thể ảnh hưởng tích cực hoặc tiêu cực đến quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật. Nhìn chung, rất khó có thể đánh giá hết những yếu tố ảnh hưởng đến pháp luật vì sự đa dạng và đan xen của những yếu tố tác động này. Tuy nhiên, ở mức độ khái quát nhất, pháp luật hoạt động BLNHXL chịu chi phối của các yếu tố sau :

#### ***2.2.4.1. Chủ trương của nhà nước trong hoạt động BLNHXL***

Pháp luật là công cụ thể hiện ý chí của nhà nước, do đó, trong bất kỳ nhà nước nào, những chủ trương định hướng của nhà nước đều được thể hiện trong các quy định pháp luật được ban hành và thực hiện. Nếu những chủ trương định hướng của Nhà nước phù hợp với quy luật phát triển, phù hợp với thực tiễn thì chắc chắn sẽ thúc đẩy hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng phát triển, còn ngược lại sẽ kìm hãm sự phát triển của hoạt động này. Ở các quốc gia phát triển theo thể chế kinh tế thị trường, các chủ thể được quyền tự do kinh doanh và tự chịu trách nhiệm đối với các rủi ro từ hoạt động kinh doanh. Do đó, nhu cầu BLNHXL phát triển như một hiện tượng khách quan và thúc đẩy sự phát triển của hoạt động BLNH.

Cùng với sự phát triển của hoạt động BLNHXL, nhu cầu phát triển và hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNH nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng cũng thường xuyên được đặt ra để đáp ứng đòi hỏi thực tiễn. Bên cạnh đó, pháp luật về hoạt động BLNHXL còn chịu ảnh hưởng từ các chủ trương, định hướng của nhà nước trong từng giai đoạn cụ thể. Chẳng hạn trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế ở nước ta hiện nay, pháp luật thường xuyên hoàn thiện để phù hợp với thông lệ quốc tế và bảo đảm sự bình đẳng địa vị pháp lý của các chủ thể cung cấp dịch vụ bảo lãnh trong và ngoài nước, hướng tới mục đích công bằng, minh bạch, lấy hiệu quả làm trung tâm.

Về khía cạnh lập pháp, Việt Nam đã có nhiều cố gắng hoàn thiện pháp luật về đấu thầu và BLNHXL, bổ sung phù hợp với thực tiễn cuộc sống xã hội

và hài hòa với luật pháp quốc tế. Tuy nhiên, việc áp dụng và thực thi lại chưa đạt được hiệu quả cao trong thực tế.

#### ***2.2.4.2. Thực trạng hoạt động BLNHXL***

Pháp luật được ban hành là nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội, do đó việc hoàn thiện pháp luật không thể tách rời thực trạng xã hội. Thực tế cho thấy, cùng với sự phát triển kinh tế và hội nhập của các quốc gia trên thế giới, hoạt động BLNH ngày càng đa dạng với sự ra đời nhiều loại hình bảo lãnh mới đáp ứng nhu cầu ngày càng tăng của xã hội. Mặt khác, trong quá trình phát triển, thì hoạt động bảo lãnh của ngân hàng nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng cũng phát sinh nhiều tranh chấp mà pháp luật chưa giải quyết được. Các hiện tượng vi phạm pháp luật trong hoạt động BLNHXL vẫn diễn ra với mức độ ngày càng phức tạp, tinh vi. Chính thực trạng hoạt động BLNHXL đang diễn ra đã tác động đến pháp luật, làm pháp luật quốc gia không ngừng điều chỉnh, hoàn thiện để giải quyết các đòi hỏi của thực tiễn.

#### ***2.2.4.3. Luật pháp quốc tế và tập quán quốc tế***

Luật pháp quốc tế là một trong các nguồn của pháp luật quốc gia. Trong thực tế có nhiều trường hợp pháp luật quy định việc trực tiếp áp dụng luật pháp quốc tế trong việc điều chỉnh quan hệ xã hội. Tuy nhiên, hầu hết các trường hợp các quốc gia thường nội luật hóa các quy định của luật pháp quốc tế bằng việc ban hành hoặc sửa đổi văn bản pháp luật quốc gia cho phù hợp. Ví dụ, khi một nước gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) thì quốc gia đó phải tuân thủ các quy định của WTO trong việc mở cửa thị trường, bãi bỏ các quy định có tính chất phân biệt đối xử đối với các chủ thể nước ngoài cung cấp dịch vụ BLNH. Bên cạnh đó, việc hoàn thiện của pháp luật về BLNHXL không thể không kể tới tác động của các tập quán quốc tế. Điều này đặc biệt đúng với các quốc gia phát triển chậm hơn, hay nói cách khác, ở những quốc gia mà hoạt động BLNH (bao gồm hoạt động BLNHXL) phát triển là do nguồn gốc từ bên ngoài chứ không phải tự thân nền kinh tế. Những tập quán về hoạt động BLNH như Bộ quy tắc thống nhất về bảo lãnh trả tiền

ngay được Phòng thương mại quốc tế (ICC) ban hành (URDG 758) thực sự là các chuẩn mực được cộng đồng quốc tế thừa nhận và được áp dụng phổ biến vì tính hợp lý của nó. Do đó, để điều chỉnh một cách tốt và hợp lý nhất, pháp luật quốc gia phải công nhận các tập quán quốc tế thông qua việc cho áp dụng hoặc nội luật hóa thông qua các quy định của pháp luật.

Cos một điều cần chia sẻ khi tiếp cận các quy định về đấu thầu của một số nhà tài trợ lớn của Việt Nam như Ngân hàng Thế giới (WB), Ngân hàng Phát triển Châu Á (ACB) .... là có sự khác biệt đối với đấu thầu trong nước. Trong trường hợp này, quy định của pháp luật Việt Nam là ưu tiên áp dụng các quy định trong các hiệp định tài trợ. Tuy vậy, quy định áp dụng cho các nguồn vốn vay nêu trên không thể được coi là xu hướng chung về đấu thầu xây lắp trên thế giới. Thế nên việc lấy một số quy định trong các hiệp định tài trợ để khẳng định như một thông lệ là không phù hợp.

#### ***2.2.4.4. Sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật trong hệ thống pháp luật quốc gia***

Sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật trong hệ thống pháp luật quốc gia có ảnh hưởng lớn đến hiệu lực điều chỉnh pháp luật về hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng. Thực tế cho thấy, sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật là không tránh khỏi vì bản thân các quan hệ xã hội được pháp luật điều chỉnh có sự đan xen, tương tác lẫn nhau và bản thân một văn bản pháp luật không thể điều chỉnh hết một lĩnh vực cụ thể. Do các văn bản pháp luật cùng điều chỉnh một lĩnh vực nên sự tương thích hay xung đột sẽ ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả pháp luật. Nếu các quy định mâu thuẫn nhau, việc áp dụng cũng như giải quyết tranh chấp sẽ gặp khó khăn. Tình trạng trùng lặp các quy định cũng ảnh hưởng đến việc áp dụng pháp luật vì nó không đảm bảo tính nhất quán về căn cứ pháp lý. Ngược lại, nếu các văn bản pháp luật hỗ trợ cho nhau, không bị mâu thuẫn hoặc trùng lặp thì hệ thống các quy định pháp luật sẽ minh bạch, thống nhất, tạo điều kiện cho việc áp dụng pháp luật dễ dàng và hiệu quả hơn.

Trong hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng ở bất kỳ quốc gia nào, các quy định pháp luật của các bộ phận pháp luật về giao dịch bảo đảm, hợp đồng, tài chính ngân hàng... có ảnh hưởng qua lại và tác động đến hiệu quả điều chỉnh pháp luật về hoạt động này trong thực tế.

#### ***2.2.4.5. Khả năng áp dụng pháp luật của các chủ thể trong xã hội***

Khả năng áp dụng pháp luật của các chủ thể trong một lĩnh vực pháp luật có ảnh hưởng lớn đến hiệu quả pháp luật trên thực tế. Ngược lại, để pháp luật phù hợp với thực tiễn thì các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi ban hành pháp luật phải đánh giá được khả năng áp dụng pháp luật của chủ thể liên quan.

Khả năng áp dụng pháp luật phụ thuộc vào hai nguyên nhân cơ bản là nhận thức và ý thức chấp hành pháp luật của chủ thể. Nếu các chủ thể nhận thức đúng mà cụ thể là hiểu biết và vận dụng đúng pháp luật thì sẽ đảm bảo hiệu quả pháp luật. Ngược lại, nếu các chủ thể cố ý áp dụng sai hoặc không thực hiện đúng quy định của pháp luật sẽ ảnh hưởng xấu đến hiệu quả của pháp luật trong thực tế. Như vậy, khả năng áp dụng pháp luật của chủ thể tác động đến pháp luật hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng ở các khía cạnh : (i) Nhận thức pháp luật của chủ thể tham gia giữ vai trò quan trọng trong việc thực hiện pháp luật hoạt động BLNHXL. Đối với những quốc gia có kinh tế phát triển, hầu hết bên dân và doanh nghiệp đã hiểu biết về hoạt động cũng như pháp luật hoạt động BLNHXL nên việc áp dụng luật được thuận lợi và ít tranh chấp hơn. Ngược lại, đối với các nền kinh tế còn chậm phát triển, nhận thức pháp luật của bên dân và doanh nghiệp chưa cao nên dễ dẫn đến những hành vi vi phạm cũng như tranh chấp trong hoạt động BLNHXL; (ii) Khả năng kiểm tra, thanh tra, giám sát, xử lý vi phạm của các cơ quan quản lý nhà nước có ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả pháp luật. Nếu hệ thống giám sát và xử lý vi phạm này được thực hiện tốt thì sẽ hạn chế được các vi phạm pháp luật trong hoạt động BLNHXL , bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan và ngược lại; (iii) Việc bảo vệ pháp luật của các cơ quan tài

phán. Hầu hết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLN HXL được thực hiện thông qua tòa án nên khả năng xét xử của tòa án là một trong những yếu tố quan trọng giúp bảo đảm thực hiện pháp luật. Nếu các vụ án được giải quyết đúng bản chất sự việc, áp dụng đúng quy định pháp luật thì sẽ bảo vệ được quyền lợi chính đáng của các bên tranh chấp, đảm bảo hiệu quả pháp luật, đồng thời là biện pháp phổ biến pháp luật hiệu quả. Ngược lại, các quyết định giải quyết không chính xác của tòa án sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến hoạt động này.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Từ việc nghiên cứu những vấn đề lý luận pháp luật về BLNHXL, có thể rút ra kết luận :

1. Dưới góc độ pháp lý, BLNHXL được hiểu là một hợp đồng được giao kết giữa bên bảo lãnh (NHTM) đối với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) đối với bên nhận bảo lãnh, theo đó, bên bảo lãnh cam kết thanh toán một khoản tiền xác định theo thỏa thuận khi bên nhận bảo lãnh xuất trình các chứng từ phù hợp với điều khoản và trong thời hạn có hiệu lực của bảo lãnh. Bảo lãnh này mang tính độc lập và không thể đơn phương hủy ngang.

2. Pháp luật về BLNHXL là hệ thống các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình thực hiện bảo lãnh dự thầu. Pháp luật trong lĩnh vực này có các nguyên tắc cơ bản, đó là bảo đảm quyền tự do kinh doanh và bảo đảm tính độc lập, trong đó, nguyên tắc bảo đảm tính độc lập là nguyên tắc đặc thù.

3. Cấu trúc pháp luật về BLNHXL nói riêng được xem xét dựa trên các quan hệ xã hội đặc thù phát sinh từ hoạt động BLNH và có thể chia thành các nhóm quy định pháp luật sau: (i) Trình tự, thủ tục thực hiện bảo lãnh; (ii) Các chủ thể tham gia; (iii) Về hợp đồng BLNH; (iv) Về hợp đồng cấp BLNH; (v) Về quản trị rủi ro trong hoạt động BLNH; (vi) Về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNH...

4. Pháp luật hoạt động BLNHXL bị chi phối bởi nhiều yếu tố đa dạng và đan xen lẫn nhau, tuy nhiên, các yếu tố chủ yếu bao gồm: (i) Chủ trương của nhà nước trong việc phát triển hoạt động BLNH; (ii) Thực trạng hoạt động BLNH; (iii) Luật pháp quốc tế và tập quán quốc tế; (iv) Sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật trong hệ thống pháp luật quốc gia; và (v) Khả năng áp dụng pháp luật của các chủ thể trong xã hội.

### **Chương 3**

## **THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP Ở VIỆT NAM HIỆN NAY**

### **3.1 THỰC TRẠNG CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP Ở VIỆT NAM**

#### **3.1.1. Khái quát khung pháp luật về bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam**

Trong thời gian qua khung pháp lý về hoạt động BLNH (trong đó bao gồm BLNHXL) đã từng bước được hoàn thiện nhằm đáp ứng đòi hỏi của thực tiễn và yêu cầu đặt ra khi nước ta hội nhập vào nền kinh tế quốc tế. Từ năm 2010, khuôn khổ pháp lý điều chỉnh hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng tiếp tục có nhiều sự thay đổi với việc Nhà nước ban hành Luật NHNN năm 2010 (thay thế Luật NHNN năm 1997 và Luật sửa đổi, bổ sung Luật NHNN năm 2003), Luật các TCTD năm 2010 (thay thế Luật các TCTD năm 1997 và Luật sửa đổi, bổ sung Luật các TCTD năm 2004). Do đó, một số quy định tại Quyết định số 26/2006/QĐ-NHNN về quy chế BLNH đã không còn phù hợp với các quy định có liên quan của pháp luật. Vì vậy, để đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế đang diễn ra ngày càng sâu rộng trong lĩnh vực hoạt động ngân hàng và để bảo đảm phù hợp với quy định tại hai đạo luật ngân hàng mới (Luật NHNN năm 2010 và Luật Các TCTD năm 2010) ngày 25/06/2015, Thống đốc NHNN đã ban hành Thông tư 07/2015/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng, thay thế cho Thông tư số 28/2012/TT-NHNN, một số văn bản pháp lý khác cũng quy định về hoạt động bảo lãnh như Thông tư số 37/2013/TT-NHNN quy định về thu hồi nợ bảo lãnh của bên không cư trú... Có thể nói, khung pháp lý điều chỉnh hoạt động hoạt động BLNH nói

chung và BLNHXL nói riêng từng bước được hoàn thiện đáp ứng yêu cầu của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Hiện nay, khung pháp luật điều chỉnh về hoạt động BLNHXL bao gồm các văn bản pháp luật chủ yếu sau đây:

- Bộ luật Dân sự năm 2015;
- Luật Ngân hàng Nhà nước năm 2010;
- Luật Các Tổ chức tín dụng năm 2010;
- Luật Đấu thầu năm 2013;
- Nghị định 63/2014/NĐ – CP ngày 26/6/2014 quy định chi tiết một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu.
- Thông tư 07/2015/TT-NHNN ngày 25/6/2015 quy định về BLNH.
- Các văn bản pháp luật khác có liên quan như : Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004; Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2011; Luật Trọng tài thương mại năm 2010...cùng các văn bản pháp luật này đã tạo được hành lang pháp lý tương đối đầy đủ cho hoạt động BLNH nói chung và BLNHXL nói riêng.

### **3.1.2. Quy định về cấp phép hoạt động bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Tương tự pháp luật các quốc gia khác về việc đặt ra các điều kiện đối với chủ thể thực hiện hoạt động BLNHXL, để bảo đảm an toàn trong hoạt động kinh doanh ngân hàng nói chung và hoạt động BLNH nói riêng, các TCTD ở Việt Nam chỉ được thực hiện nghiệp vụ BLNH (trong đó bao gồm BLNHXL) khi thỏa mãn các điều kiện sau: (i) Được NHNN cho phép thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh đối với khách hàng (điều kiện này thường được ghi rõ trong giấy phép thành lập và hoạt động do NHNN cấp cho TCTD), (ii) Có đăng ký kinh doanh nghiệp vụ BLNH (trong đó bao gồm BLNHXL) và nghiệp vụ này phải được ghi rõ trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh được cấp [10,trg.199].

Luật Đấu thầu quy định đơn vị cấp BLNHXL phải là “*tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt*



Nam” (Khoản 1, Điều 4). Theo quy định chung của pháp luật, một NHTM sau khi đăng ký kinh doanh sẽ có tư cách pháp nhân và do đó được xem là có đủ năng lực hành vi để tham gia một cách độc lập vào các quan hệ pháp luật, thông qua hành vi của bên đại diện hợp pháp của NHTM. Bên đại diện hợp pháp bao gồm bên đại diện theo pháp luật và bên đại diện theo ủy quyền. Bên đại diện theo pháp luật có thể là Giám đốc (Tổng giám đốc) hoặc Chủ tịch Hội đồng quản trị. Bên đại diện theo ủy quyền là bên được bên đại diện theo pháp luật ủy quyền hợp lệ. Nghị định 63/2014/NĐ – CP ngày 26/6/2014 yêu cầu BLNHXL có “*giá trị và thời hạn hiệu lực đáp ứng yêu cầu của HSMT. Đối với trường hợp quy định bảo đảm dự thầu theo hình thức nộp thư bảo lãnh thì thư bảo lãnh phải được đại diện hợp pháp của TCTD hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật VN ký tên với giá trị và thời hạn hiệu lực, đơn vị thụ hưởng theo yêu cầu của HSMT*” (Khoản 2, Điều 18).

### **3.1.3. Quy định về chủ thể thực hiện bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Theo quy định Điều 98 và Điều 108 Luật Các TCTD năm 2010, Điều 2 và Điều 3 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, hoạt động BLNHXL được thực hiện bởi một trong các chủ thể sau: Ngân hàng thương mại; Ngân hàng hợp tác xã; Công ty tài chính; Chi nhánh ngân hàng nước ngoài.

Như vậy, hoạt động BLNHXL mang tính chất là một hoạt động kinh doanh ở Việt Nam chủ yếu được thực hiện bởi các TCTD. Điều đó phần nào lý giải tại sao pháp luật Việt Nam lại sử dụng từ ngữ “BLNH” để chỉ hoạt động này. Đối chiếu với quy định tại Điều 313-21 đến Điều 313-22 Luật Tài chính tiền tệ Pháp, mặc dù không quy định cụ thể chủ thể nào được thực hiện bảo lãnh nhưng theo tinh thần các quy định này thì chủ thể thực hiện bảo lãnh cũng là các TCTD [45]. Theo quy định tại Bộ luật Thương mại Mỹ thì chỉ các ngân hàng mới được phát hành thư tín dụng dự phòng [62]. Như vậy, cũng giống như pháp luật nhiều quốc gia khác, pháp luật Việt Nam quy định bên bảo lãnh phải là một chủ thể chuyên nghiệp, thực hiện hoạt động BLNHXL

với tư cách là một hoạt động kinh doanh nhằm mục đích kiếm lời. Trong phạm vi luận án này, chúng ta chỉ nghiên cứu chủ thể là NHTM.

### **3.1.4. Quy định về phạm vi bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Trong hoạt động BLNHXL, phạm vi bảo lãnh được hiểu là giới hạn của nghĩa vụ tài sản mà ngân hàng thương mại cam kết sẽ thực hiện thay cho nhà thầu. Do nghĩa vụ bảo lãnh là nghĩa vụ tài sản và được thực hiện trước hết bằng tài sản của ngân hàng thương mại nên phạm vi bảo lãnh phải do ngân hàng thương mại tự quyết định và phải được ghi rõ trong cam kết bảo lãnh như một điều khoản chủ yếu [5, trg.203]. Theo quy định tại Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, ngân hàng thương mại có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ các nghĩa vụ sau đây của bên được bảo lãnh: (i) Nghĩa vụ trả nợ gốc, lãi vay và các chi phí khác liên quan đến khoản vay; (ii) Nghĩa vụ thanh toán tiền mua vật tư, hàng hóa, máy móc, thiết bị và các khoản chi phí thực hiện dự án hoặc phương án đầu tư, sản xuất, kinh doanh, hoặc dịch vụ đời sống; (iii) Nghĩa vụ thanh toán các khoản thuế, phí, các nghĩa vụ tài chính khác đối với Nhà nước; (iv) Nghĩa vụ khi tham dự thầu; (v) Nghĩa vụ trong thực hiện hợp đồng, bảo đảm chất lượng sản phẩm, nhận và hoàn trả tiền ứng trước; (vi) Các nghĩa vụ khác do các bên thỏa thuận không vi phạm điều cấm của pháp luật. Căn cứ vào phạm vi các nghĩa vụ bảo lãnh nêu trên, ngân hàng thương mại có thể cung ứng dịch vụ phù hợp nhằm đáp ứng nhu cầu bảo lãnh của nhà thầu cần được bảo lãnh dự thầu.

Tóm lại, qua việc xem xét nhóm các quy định pháp luật về địa vị pháp lý của chủ thể thực hiện hoạt động BLNHXL, bên cạnh các ưu điểm nêu trên, nhóm quy định pháp luật về nội dung này còn một số hạn chế như sau :

*Một là*, các quy định về vấn đề BLNHXL chưa có tính hệ thống, không bảo đảm thống nhất, cụ thể, còn nằm rải rác tại nhiều văn bản khác nhau, các cấp khác nhau, các quy định pháp luật vừa thiếu vừa chưa được sắp xếp khoa học nên gây khó khăn cho việc áp dụng vào pháp luật.

*Hai là, mặc dù hầu hết các quy định pháp luật đã thể hiện sự bình đẳng của chủ thể trong nước và nước ngoài trong việc thực hiện hoạt động BLNHXL bằng việc quy định các chi nhánh ngân hàng nước ngoài cũng có quyền và nghĩa vụ bình đẳng như NHTM trong nước thực hiện hoạt động BLNHXL. Tuy nhiên, tại Điểm a, Khoản 1, Điều 11, Thông tư số 07/2015/TT-NHNN thì lại chỉ quy định TCTD (không có chi nhánh ngân hàng nước ngoài) bảo lãnh cho bên được bảo lãnh là “doanh nghiệp thành lập và hoạt động tại nước ngoài có vốn góp của doanh nghiệp Việt Nam dưới hình thức đầu tư quy định tại điểm a, c khoản 1 Điều 52 Luật Đầu tư 2014 hoặc dưới hình thức đầu tư trực tiếp khác tại nước ngoài theo pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư”. Như vậy, quy định này còn có sự phân biệt về chủ thể trong nước và nước ngoài trong việc cung cấp nghiệp vụ bảo lãnh cho đối tượng này. Nó chưa phù hợp với các cam kết quốc tế mà Việt Nam ký kết trong quá trình hội nhập quốc tế.*

### **3.1.5. Quy định về hợp đồng cấp bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Theo quy định tại Điều 3 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN “*Hợp đồng bảo lãnh là văn bản thỏa thuận giữa bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh và các bên có liên quan (nếu có) về việc bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh*”. Như đã phân tích tại Chương 2 của luận án, hợp đồng cấp BLNHXL là hợp đồng giao kết giữa bên bảo lãnh (NHTM) với bên được bảo lãnh (nhà thầu) nhằm cung ứng dịch vụ bảo lãnh. Việc giao kết hợp đồng cấp BLNHXL chỉ xảy ra sau khi bên bảo lãnh thẩm định nhà thầu, hồ sơ đề nghị (bao gồm HSMT) và chấp nhận bảo lãnh cho nghĩa vụ của khách hàng đối với bên mời thầu (bên nhận bảo lãnh). Việc ký kết hợp đồng cấp BLNHXL là cơ sở để bên bảo lãnh (NHTM) thực hiện phát hành cam kết bảo lãnh theo đề nghị của nhà

thầu. Quy định pháp luật về hợp đồng cấp BLNHXL bao gồm các nội dung sau:

#### ***3.1.5.1. Chủ thể hợp đồng cấp BLNHXL***

Căn cứ vào định nghĩa về hợp đồng cấp BLNHXL và bản chất của giao dịch này, có thể thấy chủ thể của hợp đồng cấp BLNHXL gồm hai chủ thể: bên bảo lãnh (NHTM) và bên được bảo lãnh (nhà thầu). Việc tham gia ký kết của bên nhận bảo lãnh trong hợp đồng này không mang tính bắt buộc, và dù thực tế bên nhận bảo lãnh có tham gia ký kết hợp đồng này hay không thì bên nhận bảo lãnh cũng không phải là chủ thể pháp lý được công nhận. Tuy nhiên, hiện nay do pháp luật hiện hành chưa làm rõ hai quan hệ pháp luật là quan hệ hợp đồng bảo lãnh và hợp đồng cấp bảo lãnh nên quyền và nghĩa vụ chủ thể hợp đồng cấp bảo lãnh chưa được quy định tương ứng với nhau.

Điều 27, Điều 30, Điều 31 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN có quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh. Nhưng qua nghiên cứu, chúng ta có thể thấy qua các quy định pháp luật thực định, quyền và nghĩa vụ của chủ thể tại hợp đồng cấp bảo lãnh chưa được quy định tương ứng với nhau, điều này gây khó khăn cho việc áp dụng pháp luật và giải quyết tranh chấp phát sinh trong thực tiễn.

#### ***3.1.5.2. Nội dung chủ yếu của hợp đồng cấp BLNHXL***

Nội dung hợp đồng cấp BLNHXL chính là sự thỏa thuận giữa bên bảo lãnh (NHTM) và bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) trong việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Nó bao gồm các quyền nghĩa vụ chủ thể như đã nêu trên. Theo quy định tại Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, nội dung hợp đồng cấp bảo lãnh bao gồm các điều khoản chủ yếu sau: Điều khoản về luật áp dụng; thông tin về các bên trong quan hệ bảo lãnh; số tiền bảo lãnh; mục đích bảo lãnh; hình thức phát hành cam kết bảo lãnh; điều kiện thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh; biện pháp bảo lãnh; phí bảo lãnh; giải quyết tranh chấp; các điều khoản khác.

##### ***a. Thông tin về các bên trong quan hệ BLNHXL***

Theo quy định tại Thông tư số 07/2015/TT-NHNN thì nội dung hợp đồng cấp bảo lãnh phải nêu thông tin về các bên trong quan hệ bảo lãnh, cụ thể là bên bảo lãnh, bên được bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh và các bên liên quan khác (nếu có). Mặc dù pháp luật không quy định cụ thể, tuy nhiên, căn cứ vào bản chất của giao dịch và thực tế các hợp đồng cấp BLNHXL mà ngân hàng thương mại ký kết, có thể rút ra nhận xét:

- Đối với thông tin về bên bảo lãnh (NHTM) và bên được bảo lãnh: đây là thông tin về chủ thể của hợp đồng cấp bảo lãnh và được nêu ở phần đầu của hợp đồng cấp bảo lãnh trước khi đi vào các điều khoản nội dung cụ thể.

- Đối với thông tin về bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp): đây là một điều khoản của hợp đồng, việc ghi rõ thông tin về bên nhận bảo lãnh là cơ sở để bên bảo lãnh (NHTM) phát hành cam kết bảo lãnh và cũng là cơ sở để giải quyết tranh chấp trong trường hợp cam kết bảo lãnh phát hành sai thông tin về bên nhận bảo lãnh. Trường hợp bên bảo lãnh phát hành đúng thông tin của bên nhận bảo lãnh (thông tin tại Hồ sơ mời thầu) được ghi trong hợp đồng cấp bảo lãnh mà không đúng thực tế thì bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) phải chịu trách nhiệm vì cung cấp thông tin sai; ngược lại nếu NHTM phát hành cam kết bảo lãnh sai thông tin về bên thụ hưởng so với hợp đồng cấp bảo lãnh thì NHTM phải bồi thường thiệt hại cho bên được bảo lãnh.

#### *b. Số tiền bảo lãnh*

Số tiền bảo lãnh là số tiền được bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) quy định trong Hồ sơ mời thầu và cũng là số tiền tối đa mà bên bảo lãnh (NHTM) chấp nhận thanh toán cho bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) khi xảy ra sự kiện thuộc điều kiện thực hiện hợp đồng BLNHXL.

NHTM và khách hàng không cần thỏa thuận cả đồng tiền sử dụng để thanh toán bảo lãnh vì Luật Đấu thầu 2013 đã quy định rõ là đồng Việt Nam, trừ khi có quy định khác của các dự án sử dụng nguồn vốn vay nước ngoài.

#### *c. Mục đích hợp đồng cấp BLNHXL*

Mục đích bảo lãnh chính là nghĩa vụ của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) phát sinh từ yêu cầu tại HSMT của bên nhận bảo lãnh. Mục đích bảo lãnh không được trái với quy định pháp luật.

*d. Hình thức phát hành cam kết BLNHXL*

Bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh lựa chọn một trong các hình thức cam kết bảo lãnh được pháp luật thừa nhận gồm “*biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam*” (Điều 4 Luật Đấu thầu 2013). Hình thức đặt cọc, ký quỹ tuy thủ tục đơn giản nhưng thường chỉ áp dụng với gói thầu quy mô nhỏ, có mức tiền bảo lãnh thấp và thời gian hiệu lực ngắn do nhà thầu không muốn bị đọng vốn. Khi xảy ra tranh chấp, với hình thức đặt cọc, ký quỹ, bên mời thầu thực hiện cũng khá dễ dàng, chủ động. Tuy nhiên, trong của luận án, chúng ta giới hạn phạm vi nghiên cứu tập trung ở hình thức bảo lãnh của ngân hàng thương mại bằng thư bảo lãnh.

*e. Điều kiện thực hiện nghĩa vụ BLNHXL*

Đây là điều khoản mà bên bảo lãnh (NHTM) và bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) thỏa thuận về các điều kiện và chứng từ làm cơ sở để thực hiện thanh toán bảo lãnh theo yêu cầu của bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp). Thông thường, các chứng từ được yêu cầu bao gồm: (i) bản gốc cam kết bảo lãnh; (ii) bản gốc văn bản đòi tiền của bên nhận bảo lãnh do bên đại diện pháp luật hoặc bên được ủy quyền hợp pháp ký và đóng dấu trong đó tuyên bố rõ bên được bảo lãnh đã vi phạm nghĩa vụ được bảo lãnh; (iii) chứng từ chứng minh vi phạm và chứng từ khác (nếu có) [16].

*g. Biện pháp bảo đảm cho BLNHXL*

Để bảo đảm cho nghĩa vụ hoàn trả và các nghĩa vụ khác của khách hàng (nhà thầu xây lắp) đối với NHTM, NHTM thường yêu cầu khách hàng phải thực hiện một hoặc nhiều các biện pháp bảo đảm như: Ký quỹ, cầm cố, thế chấp, bảo lãnh. Đây được coi là nguồn trả nợ dự phòng trong trường hợp khách hàng không thu xếp được nguồn tiền để hoàn trả NHTM theo cam kết.

#### *h. Phí bảo lãnh*

Chính là số tiền mà bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) phải trả cho ngân hàng thương mại để được ngân hàng thương mại thực hiện bảo lãnh. Thông thường, NHTM và khách hàng thỏa thuận áp dụng theo biểu phí do NHTM công bố từng thời kỳ hoặc số tiền cụ thể khác theo thỏa thuận của các bên; các bên cũng thỏa thuận cả về thời hạn thu phí bảo lãnh, thông thường NHTM thu phí bảo lãnh ngay khi phát hành cam kết bảo lãnh, nhưng các bên cũng có thể thỏa thuận thu phí vào một thời điểm khác [16].

#### *i. Giải quyết tranh chấp*

Theo quy định tại Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh có thể thỏa thuận luật áp dụng, tòa án hoặc trọng tài nước ngoài để giải quyết tranh chấp phát sinh đối với giao dịch bảo lãnh. Như vậy, tranh chấp về hợp đồng cấp bảo lãnh có thể được giải quyết theo pháp luật Việt Nam hoặc pháp luật nước ngoài, tranh chấp cũng được giải quyết tại tòa án hoặc trọng tài trong nước hoặc nước ngoài theo thỏa thuận của các bên. Do mang bản chất là một giao dịch thương mại, tranh chấp về hợp đồng cấp bảo lãnh về nguyên tắc phải được giải quyết bằng thương lượng. Trường hợp thương lượng không thành các bên mới đưa ra cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp theo thỏa thuận hoặc quy định của pháp luật.

#### *k. Các điều khoản khác*

Ngân hàng thương mại và khách hàng (nhà thầu xây lắp) có thể thỏa thuận thêm một số điều khoản khác trong hợp đồng cấp bảo lãnh như: điều kiện miễn, giảm số tiền bảo lãnh; chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ của các bên...

#### **3.1.5.3. Hình thức của hợp đồng cấp BLNHXL**

Pháp luật Việt Nam quy định hợp đồng cấp bảo lãnh phải được lập thành văn bản. Nội dung hợp đồng phải được soạn thảo bằng tiếng Việt; trong trường hợp cần sử dụng tiếng nước ngoài thì các bên liên quan được thỏa

thuận sử dụng thêm tiếng nước ngoài, tuy nhiên văn bản tiếng Việt là căn cứ pháp lý [15].

#### ***3.1.5.4. Thực hiện hợp đồng cấp BLNHXL***

Thực hiện hợp đồng cấp BLNHXL là việc bên bảo lãnh, bên được bảo lãnh thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng cấp BLNHXL đã ký kết. Do mang bản chất là hợp đồng song vụ nên nghĩa vụ của ngân hàng thương mại và khách hàng (nhà thầu xây lắp) luôn đối ứng với nhau [22]. Chẳng hạn, khi NHTM thực hiện xong nghĩa vụ phát hành cam kết bảo lãnh theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng cấp bảo lãnh thì khách hàng (nhà thầu xây lắp) cũng có nghĩa vụ trả phí bảo lãnh; trong trường hợp NHTM phải thực hiện thanh toán cho bên nhận bảo lãnh thì khách hàng (nhà thầu xây lắp) cũng có nghĩa vụ hoàn trả số tiền bảo lãnh cho NHTM.

#### ***3.1.5.5. Hiệu lực của hợp đồng cấp BLNHXL***

Hiệu lực của hợp đồng cấp bảo lãnh do NHTM và khách hàng (nhà thầu xây lắp) thỏa thuận. Thông thường các bên thỏa thuận hợp đồng cấp BLNHXL có hiệu lực kể từ ngày ký, nhưng cũng có trường hợp các bên thỏa thuận hợp đồng có hiệu lực kể từ ngày có hiệu lực của hợp đồng BLNHXL. Hợp đồng chấm dứt hiệu lực khi các bên đã hoàn thành nghĩa vụ với nhau.

#### ***3.1.5.6. Đánh giá chung về hợp đồng cấp BLNHXL***

Qua việc nghiên cứu thực trạng pháp luật về hợp đồng cấp BLNHXL, có thể thấy pháp luật hiện hành đã trao quyền tự do thỏa thuận cho các bên chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng hợp đồng cấp BLNHXL này (NHTM và nhà thầu xây lắp). Theo đó, các chủ thể có quyền thỏa thuận về các điều khoản của hợp đồng hợp đồng cấp BLNHXL trên cơ sở các nội dung chủ yếu do pháp luật quy định. Các chủ thể cũng có quyền lựa chọn cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Các quy định pháp luật hiện hành đã tạo hành lang pháp lý khá thông thoáng để các ngân hàng thương mại mở rộng hoạt động cấp BLNHXL. Tuy nhiên, pháp luật về lĩnh vực này còn một số hạn chế như:



*Một là*, quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh hợp đồng cấp BLNHXL chưa được quy định rõ ràng trong mỗi quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh cũng như trong hợp đồng bảo lãnh. Khi xem xét tư cách chủ thể của bên bảo lãnh tại Chương 2 luận án, chúng ta thấy rằng trong hoạt động BLNHXL, bên bảo lãnh (NHTM) đồng thời tham gia vào hai quan hệ hợp đồng độc lập với nhau nhưng lại có mối quan hệ chặt chẽ với nhau; đó là hợp đồng cấp bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành quy định quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh theo cách liệt kê nên chưa làm rõ được quyền và nghĩa vụ của chủ thể này trong từng quan hệ hợp đồng cụ thể.

*Hai là*, quy định về “*hình thức hợp đồng cấp bảo lãnh phải được soạn thảo bằng tiếng Việt; trong trường hợp cần sử dụng tiếng nước ngoài thì các bên liên quan được thỏa thuận sử dụng thêm tiếng nước ngoài nhưng văn bản tiếng Việt là căn cứ pháp lý*” trên thực tế gây khó khăn cho NHTM trong các trường hợp bảo lãnh có yếu tố nước ngoài. Thực tế, một số giao dịch bảo lãnh mặc dù phát sinh tại Việt Nam nhưng vẫn phải sử dụng tiếng Anh.

### **3.1.6. Quy định về hợp đồng bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Đề cập đến hợp đồng BLNHXL tức là đề cập đến bản chất của giao dịch BLNH phát sinh giữa bên bảo lãnh (NHTM) và bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp), theo đó bên bảo lãnh cam kết thanh toán theo các điều khoản và điều kiện tại cam kết bảo lãnh. Như đã trình bày ở Chương 2 luận án, hợp đồng này được coi là giao kết sau khi bên bảo lãnh phát hành cam kết bảo lãnh theo các điều khoản của hợp đồng cấp bảo lãnh đã ký với bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh không có ý kiến phản đối (sau khi đối chiếu với yêu cầu tại Hồ sơ mời thầu và được chấp nhận “*ngâm hiểu*”). Như vậy, có thể hiểu hợp đồng thỏa thuận giữa bên bảo lãnh (NHTM) đối với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) về việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) với bên nhận bảo lãnh, theo đó bên bảo lãnh cam

kết thanh toán một khoản tiền xác định khi bên nhận bảo lãnh xuất trình các chứng từ phù hợp và trong thời gian có hiệu lực bảo lãnh.

Theo quy định của pháp luật hiện hành về BLNH thì cam kết thanh toán giữa bên bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh nêu trên được gọi chung là cam kết bảo lãnh. Đó là văn bản bảo lãnh của bên bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh theo một trong các hình thức: (i) thư bảo lãnh; (ii) hợp đồng bảo lãnh; (iii) hình thức khác. Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật đấu thầu hiện hành, BLNHXL chỉ theo hình thức thư bảo lãnh, là văn bản cam kết của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh về việc bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh. Như vậy, hợp đồng BLNHXL theo quy định pháp luật hiện hành được hiểu là một trong các hình thức của quan hệ BLNH giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Còn trong mục này, nghiên cứu sinh đề cập đến hợp đồng BLNHXL với bản chất là quan hệ BLNH. Các nội dung cụ thể về hợp đồng này bao gồm:

### ***3.1.6.1. Chủ thể của hợp đồng***

Chủ thể của hợp đồng này gồm bên bảo lãnh (NHTM) và bên nhận bảo lãnh. Do bên được bảo lãnh (bên mời thầu) không phải là chủ thể của quan hệ hợp đồng này nên việc ký kết nếu có của bên được bảo lãnh không phải là điều kiện bắt buộc để thiết lập quan hệ hợp đồng bảo lãnh [66]. Mặt khác, như đã nêu trên, pháp luật hiện hành chưa làm rõ quyền và nghĩa vụ chủ thể của các bên trong quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh, điều này gây khó khăn trong việc áp dụng luật trong thực tiễn. Tuy nhiên, căn cứ vào bản chất quan hệ hợp đồng này có thể rút ra quyền và nghĩa vụ của chủ thể như sau:

*Đối với bên bảo lãnh:* Bên bảo lãnh (NHTM) có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi cam kết bảo lãnh hết hiệu lực, hoặc hồ sơ yêu cầu thanh toán không đáp ứng được các quy định tại cam kết, hoặc có bằng chứng chứng minh giấy tờ xuất trình là giả mạo. Bên bảo lãnh (NHTM) có nghĩa vụ

cung cấp thông tin, tài liệu liên quan đến thẩm quyền phát hành cam kết bảo lãnh, thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu) khi có yêu cầu; nghĩa vụ thực hiện đầy đủ, đúng nghĩa vụ bảo lãnh ngay khi bên nhận bảo lãnh xuất trình hồ sơ, chứng từ hợp lệ theo quy định tại cam kết bảo lãnh.

*Đối với bên nhận bảo lãnh:* Tương ứng với nghĩa vụ nêu trên của bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu) có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện đúng nghĩa vụ theo cam kết bảo lãnh khi bên được bảo lãnh (nhà thầu xây lắp) không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã được quy định trong Hồ sơ mời thầu và quy định pháp luật liên quan.

### ***3.1.6.2. Nội dung chủ yếu của hợp đồng***

Nội dung hợp đồng BLNHLX chính là sự thỏa thuận giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh trong việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong quá trình đấu thầu. Tuy nhiên, sự thỏa thuận trong hợp đồng này mang tính đặc thù. Cụ thể, trên cơ sở hợp đồng cấp bảo lãnh đã ký, NHTM phát hành cam kết bảo lãnh và chuyển nó đến bên nhận bảo lãnh. Nội dung cam kết bảo lãnh phải thể hiện đáp ứng được những yêu cầu cụ thể nêu trong Hồ sơ mời thầu như đối tượng, mục đích, thời gian, quy định về thực hiện nghĩa vụ ....

Theo quy định tại Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, nội dung cam kết bảo lãnh bao gồm các điều khoản chủ yếu sau: (i) điều khoản về luật áp dụng; (ii) thông tin về các bên trong quan hệ bảo lãnh; (iii) ngày phát hành bảo lãnh, ngày bắt đầu có hiệu lực bảo lãnh và/hoặc trường hợp bắt đầu có hiệu lực của bảo lãnh; (iv) ngày hết hiệu lực bảo lãnh và/hoặc trường hợp hết hiệu lực của bảo lãnh; (v) số tiền bảo lãnh; (vi) mục đích bảo lãnh; (vii) phạm vi nghĩa vụ bảo lãnh; (viii) điều kiện thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh; (ix) giải quyết tranh chấp; (x) các điều khoản khác.

### ***3.1.6.3. Hình thức của hợp đồng***

Theo quy định của pháp luật về đấu thầu, cam kết bảo lãnh phải được thể hiện bằng văn bản và tồn tại dưới dạng thư bảo lãnh. Để đảm bảo sự thống nhất của các cam kết bảo lãnh trong cùng ngân hàng thương mại, hạn chế việc

lạm dụng hoặc giả mạo cam kết bảo lãnh, pháp luật quy định mỗi ngân hàng thương mại phải tự thiết kế, in ấn và phát hành mẫu cam kết bảo lãnh để áp dụng thống nhất trong hệ thống của ngân hàng thương mại đó.

Về thẩm quyền ký cam kết bảo lãnh, tương tự như hợp đồng cấp bảo lãnh, cam kết bảo lãnh phải được ký trực tiếp hoặc thông qua ủy quyền bởi đồng thời ba chủ thể: (i) bên đại diện theo pháp luật; (ii) bên quản lý rủi ro hoạt động bảo lãnh; (iii) bên thẩm định khoản bảo lãnh.

#### **3.1.6.4. Thực hiện hợp đồng**

Hợp đồng BLNHXL là một hợp đồng hoàn toàn độc lập với hợp đồng cấp bảo lãnh. Trong thời hạn bảo lãnh, NHTM chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên nhận bảo lãnh xuất trình yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và các hồ sơ, tài liệu, chứng từ kèm theo hợp lệ (nếu có) thỏa mãn đầy đủ các điều kiện được quy định trong Khoản 8, Điều 11, Luật Đấu thầu năm 2013. BLNHXL không được hoàn trả trong các trường hợp sau đây: *“a) Nhà thầu, nhà đầu tư rút hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất sau thời điểm đóng thầu và trong thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất; b) Nhà thầu, nhà đầu tư vi phạm pháp luật về đấu thầu dẫn đến phải hủy thầu theo quy định tại khoản 4 Điều 17 của Luật này; c) Nhà thầu, nhà đầu tư không thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng theo quy định tại Điều 66 và Điều 72 của Luật này; d) Nhà thầu không tiến hành hoặc từ chối tiến hành hoàn thiện hợp đồng trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo trúng thầu của bên mời thầu hoặc đã hoàn thiện hợp đồng nhưng từ chối ký hợp đồng, trừ trường hợp bất khả kháng”*. Điều 21 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN quy định việc thực hiện cam kết bảo lãnh như sau : *“Chậm nhất sau 5 ngày làm việc kể từ ngày bên bảo lãnh nhận được văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hợp lệ theo quy định tại khoản 1 Điều này, bên bảo lãnh thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết với bên nhận bảo lãnh, đồng thời hạch toán ghi nợ vào tài khoản cho vay bắt buộc số tiền đã trả thay cho bên được bảo lãnh và thông báo cho bên được bảo lãnh biết. Bên được bảo lãnh*

*có nghĩa vụ hoàn trả đầy đủ số tiền bên bảo lãnh đã trả thay và số tiền lãi theo quy định tại khoản 3 Điều này”.*

Trường hợp từ chối, NHTM phải trả lời bằng văn bản nêu rõ lý do từ chối [15]. Đối chiếu với tập quán quốc tế, URDG 758 cũng quy định thời hạn kiểm tra chứng từ của bên bảo lãnh là 5 ngày làm việc để kiểm tra xem yêu cầu đòi tiền có phù hợp không, nếu không phù hợp thì từ chối. Nếu bên bảo lãnh không thực hiện đúng quy định này thì không có quyền tuyên bố chứng từ không cấu thành một sự xuất trình phù hợp. Như vậy, pháp luật Việt Nam hiện hành cũng như tập quán quốc tế đã quy định cụ thể về thời hạn mà bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, điều này nhằm bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo lãnh, tránh việc NHTM kéo dài thời gian xem xét hồ sơ yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh gây thiệt hại cho bên nhận bảo lãnh.

Ngay sau khi thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, NHTM hạch toán ghi nợ vào tài khoản cho vay bắt buộc của nhà thầu xây lắp số tiền đã được trả thay, đồng thời thông báo bằng văn bản đến bên được bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh và bên liên quan khác biết việc NHTM đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Nhà thầu xây lắp phải hoàn trả ngay trong ngày số tiền mà NHTM đã trả thay. Trường hợp nhà thầu xây lắp chưa trả ngay được, ngân hàng thương mại sẽ căn cứ vào hợp đồng cấp bảo lãnh và thỏa thuận giữa các bên để quyết định thời hạn cho vay bắt buộc, kỳ hạn trả nợ, lãi suất cho vay đối với khoản cho vay bắt buộc. NHTM cũng có thể tiến hành xử lý ngay khoản tiền ký quỹ, xử lý tài sản bảo đảm và/hoặc áp dụng chế tài theo quy định của pháp luật để thu hồi nợ cho vay bắt buộc, tiền lãi và các chi phí phát sinh từ việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Thời điểm để xác định thời hạn cho vay đối với khoản vay kể từ ngày bên bảo lãnh thực hiện trả thay. Quy định này cho thấy, pháp luật hiện hành chưa phân định rõ hai mối quan hệ; hợp đồng bảo lãnh và hợp đồng cấp bảo lãnh bởi vì việc đòi bồi hoàn NHTM đối với số tiền đã trả thay không thuộc quan hệ hợp đồng BLNHXL mà thuộc quan hệ hợp đồng cấp BLNHXL.

### ***3.1.6.5. Hiệu lực của hợp đồng***

Thời hạn hiệu lực của hợp đồng chính là thời hạn có hiệu lực của bảo lãnh. Đây là khoảng thời gian mà nếu phát sinh sự kiện thuộc điều kiện thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì NHTM phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh theo cam kết bảo lãnh. Theo quy định tại Điều 11 Luật Đấu thầu năm 2013: “*Thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu được quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu bằng thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất cộng thêm 30 ngày. Trường hợp gia hạn thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất sau thời điểm đóng thầu, bên mời thầu phải yêu cầu nhà thầu, nhà đầu tư gia hạn tương ứng thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu. Trong trường hợp này, nhà thầu, nhà đầu tư phải gia hạn tương ứng thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu và không được thay đổi nội dung trong hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất đã nộp. Trường hợp nhà thầu, nhà đầu tư từ chối gia hạn thì hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất sẽ không còn giá trị và bị loại; bên mời thầu phải hoàn trả hoặc giải tỏa bảo đảm dự thầu cho nhà thầu, nhà đầu tư trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày bên mời thầu nhận được văn bản từ chối gia hạn. Trường hợp liên danh tham dự thầu, từng thành viên trong liên danh có thể thực hiện bảo đảm dự thầu riêng rẽ hoặc thỏa thuận để một thành viên chịu trách nhiệm thực hiện bảo đảm dự thầu cho thành viên đó và cho thành viên khác trong liên danh. Tổng giá trị của bảo đảm dự thầu không thấp hơn giá trị yêu cầu trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu. Trường hợp có thành viên trong liên danh vi phạm quy định tại khoản 8 Điều này thì bảo đảm dự thầu của tất cả thành viên trong liên danh không được hoàn trả. Bên mời thầu có trách nhiệm hoàn trả hoặc giải tỏa bảo đảm dự thầu cho nhà thầu, nhà đầu tư không được lựa chọn theo thời hạn quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu nhưng không quá 20 ngày, kể từ ngày kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư được phê duyệt. Đối với nhà thầu, nhà đầu tư được lựa chọn, bảo đảm dự thầu được hoàn trả hoặc giải tỏa sau khi nhà thầu, nhà đầu tư thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng theo quy định tại Điều 66 và Điều 72 của Luật*”. Còn theo quy định tại Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, thời hạn bảo

lãnh được xác định từ ngày phát hành bảo lãnh hoặc khi bảo lãnh có hiệu lực theo thỏa thuận của bên bảo lãnh với các bên liên quan cho đến thời điểm hết hiệu lực của bảo lãnh được ghi trong cam kết bảo lãnh.

Như vậy, về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng BLNHXL, các bên chủ thể thỏa thuận bảo lãnh có hiệu lực kể từ ngày phát hành hồ sơ dự thầu. Về thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng BLNHXL, các bên chủ thể có thể thỏa thuận bảo lãnh chấm dứt hiệu lực vào một ngày cụ thể nhưng không trước thời điểm quy định tại Điều 11 Luật Đấu thầu năm 2013.

Qua xem xét thực trạng pháp luật về hợp đồng BLNHXL cho thấy, khái niệm cam kết bảo lãnh và các hình thức biểu hiện của cam kết bảo lãnh trong quy định pháp luật hiện hành được định nghĩa dựa theo hình thức của nó nên không phản ánh được bản chất hợp đồng của giao dịch này. BLNHXL luôn mang bản chất là quan hệ hợp đồng được giao kết giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Pháp luật chưa xác định rõ bản chất BLNHXL là một giao dịch bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Bên cạnh đó, pháp luật chưa làm rõ tính độc lập của cam kết BLNHXL. Việc bên bảo lãnh phát hành cam kết bảo lãnh làm phát sinh quan hệ hợp đồng bảo lãnh giữa NHTM và nhà thầu xây lắp. Mỗi quan hệ này mặc dù được thiết lập trên cơ sở nội dung của hợp đồng cấp bảo lãnh nhưng nó lại hoàn toàn độc lập với hợp đồng cấp bảo lãnh. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chỉ quy định về hình thức của hợp đồng (thông qua các quy định về cam kết bảo lãnh) nên không thấy được vai trò chủ động của bên mời thầu trong quan hệ hợp đồng này. Mặt khác, quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh được trình bày theo cách liệt kê nên không rõ quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh trong từng quan hệ hợp đồng là hợp đồng cấp bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh của ngân hàng.

### **3.1.7. Quản lý nhà nước đối với hoạt động cấp BLNHXL theo pháp luật Việt Nam**

Ngân hàng Nhà nước Việt Nam là cơ quan của Chính phủ, được giao quyền hạn trực tiếp tiến hành các hoạt động quản lý nhà nước về hoạt động

ngân hàng. Bộ Kế hoạch Đầu tư là cơ quan được giao quyền hạn trực tiếp tiến hành các hoạt động quản lý nhà nước về hoạt động đấu thầu. Nội dung quản lý nhà nước đối với hoạt động BLNHXL bao gồm các nhiệm vụ chủ yếu sau đây:

*Một là, xây dựng và ban hành các văn bản pháp luật theo thẩm quyền, các quy định hướng dẫn NHTM trong quá trình thực hiện hoạt động BLNH (trong đó có BLNHXL); các quy định yêu cầu ngân hàng thương mại phải nâng cao hiệu quả công tác quản trị rủi ro trong nội bộ ngân hàng thương mại; tránh gây ảnh hưởng tới quá trình đấu thầu xây lắp.* Bên cạnh việc đặt ra các quy định trực tiếp về những trường hợp không được bảo lãnh, hạn chế bảo lãnh và thực hiện giới hạn cấp tín dụng, pháp luật quy định NHTM phải tự ban hành các quy định nội bộ về quy trình bảo lãnh, về quản trị rủi ro trong hoạt động BLNHXL (hoạt động có liên quan tới số tiền lớn, phức tạp về văn bản hướng dẫn), coi đây là một trong những điều kiện quan trọng để NHTM có thể thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh. Tuy pháp luật không có quy định cụ thể về quản trị rủi ro, nhưng thực tiễn quản trị rủi ro tại các NHTM rất đa dạng. Hầu hết các NHTM đều nhìn nhận rằng việc quản trị rủi ro là vấn đề then chốt để bảo đảm sự phát triển an toàn và ổn định của hệ thống. Do đó, trong thực tiễn hoạt động, các NHTM thường xuyên rà soát, áp dụng các chuẩn mực về quản trị rủi ro. Trong số các nguyên tắc nòng cốt của Basel về giảm sút ngân hàng hiệu quả, nguyên tắc số 15 về quy trình quản lý rủi ro nêu rõ: *“Cơ quan giám sát xác định rằng các ngân hàng có quy trình quản lý rủi ro hiệu quả ( bao gồm giám sát hiệu quả của Hội đồng quản trị, Ban điều hành) nhằm xác định, đo lường, đánh giá, giám sát, báo cáo và kiểm soát hay giảm nhẹ tất cả các rủi ro quan trọng một cách kịp thời”* [18]. Như vậy, một mặt để đáp ứng yêu cầu của cơ quan quản lý nhà nước, mặt khác xuất phát từ nhận thức về sự cần thiết phải xây dựng mô hình quản trị rủi ro theo hướng hiện đại, các NHTM đang từng bước hoàn thiện cơ chế quản trị rủi ro phù hợp với cơ cấu tổ chức của mình. Đây chỉ là một dịch vụ sinh lời của NHTM nhưng mỗi khi nảy sinh vấn



đề thì đều có anhe hưởng nặng nề tới quá trình đấu thầu nói riêng và hoạt động đầu tư xây dựng cơ bản nói chung.

*Hai là, cấp, thu hồi giấy phép về hoạt động BLNH (trong đó có hoạt động BLNHXL).* Để hạn chế rủi ro phát sinh trong hoạt động BLNH (trong đó có hoạt động BLNHXL), NHNN thực hiện việc cấp và thu hồi giấy phép hoạt động BLNH. Chỉ các ngân hàng (trong phạm vi nghiên cứu của luận án là NHTM) đáp ứng đủ các điều kiện nhất định mới được cấp phép hoạt động.

*Ba là, kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động BLNH nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng.* Do đặc thù riêng phức tạp, liên quan tới những khoản kinh phí lớn, hoạt động BLNHXL tiềm ẩn nhiều rủi ro, do đó NHNN cần xây dựng cơ chế kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động này khá chặt chẽ nhằm đảm bảo an toàn của hệ thống ngân hàng. Theo quy định pháp luật, thẩm quyền kiểm tra, thanh tra, giám sát trực tiếp hoạt động BLNH (trong đó có hoạt động BLNHXL) của NHTM bao gồm Cơ quan thanh tra giám sát ngân hàng trực thuộc NHNN và các NHNN chi nhánh tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Các cơ quan này thực hiện kiểm tra, thanh tra, giám sát NHTM thông qua các hình thức là giám sát từ xa và kiểm tra, thanh tra tại chỗ.

Theo quy định pháp luật về đấu thầu, thẩm quyền kiểm tra, thanh tra, giám sát trực tiếp hoạt động đấu thầu (trong đó có hoạt động BLNHXL) bao gồm Chính phủ, Bộ Kế hoạch Đầu tư và UBND các cấp (Điều 81, 82, 83 và 84, Luật Đấu thầu năm 2013). Các cơ quan này thực hiện kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động đấu thầu thông qua các hình thức là giám sát từ xa và kiểm tra, thanh tra tại chỗ.

Hoạt động giám sát từ xa là công cụ pháp lý quan trọng trong quá trình quản lý rủi ro đối với các NHTM. Kết quả của hoạt động giám sát từ xa là căn cứ để cơ quan nhà nước đưa ra những cảnh báo sớm đối với NHTM thực hiện BLNHXL. Để bảo đảm thực hiện hoạt động giám sát của cơ quan nhà nước, pháp luật quy định các NHTM phải báo cáo về tình hình hoạt động kinh doanh định kì hoặc đột xuất. Thực tiễn cho thấy, hoạt động giám sát từ xa có ý nghĩa

rất quan trọng trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên liên quan, góp phần bảo đảm sự an toàn, duy trì sự phát triển bình thường của hệ thống ngân hàng. Nhờ có hoạt động giám sát từ xa, các cơ quan nhà nước có khả năng phát hiện những yếu kém, hạn chế và quản lý những rủi ro trong hoạt động đấu thầu của nhà thầu, bên mời thầu và hoạt động BLNHXL của các ngân hàng thương mại. Hoạt động kiểm tra, thanh tra tại chỗ của cơ quan nhà nước được coi trọng đặc biệt. Bởi vì, thực hiện hoạt động kiểm tra, thanh tra tại chỗ là điều kiện để cơ quan nhà nước có được những đánh giá đầy đủ, sát với thực trạng đấu thầu và hoạt động BLNHXL của NHTM. Ngoài ra còn có các cơ quan khác như Thanh tra Chính phủ, Kiểm toán Nhà nước giám sát, kiểm tra, thanh tra gián tiếp hoạt động BLNHXL thông qua việc kiểm tra, thanh tra quá trình triển khai đầu tư các dự án xây dựng

Hoạt động kiểm tra, thanh tra tập trung vào hai nội dung cơ bản: (i) Kiểm tra, thanh tra các NHTM về việc chấp hành các qui định pháp luật về hoạt động BLNHXL trong hoạt động đấu thầu, việc thực hiện các qui định pháp luật về bảo đảm sự an toàn trong hoạt động ngân hàng, thực hiện những mục tiêu đặt ra; (ii) Kiểm tra việc chấp hành các qui định pháp luật về hoạt động đấu thầu.

Qua thực hiện hoạt động kiểm tra, thanh tra, cơ quan nhà nước có thể đánh giá được những qui định bất cập của pháp luật về hoạt động này, những khó khăn trong việc thực hiện.

### **3.1.8. Giải quyết tranh chấp trong hoạt động bảo lãnh ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

#### ***3.1.8.1. Các loại tranh chấp và nguyên nhân phát sinh tranh chấp***

Tranh chấp trong hoạt động BLNHXL có thể phát sinh trong quá trình quản lý nhà nước đối với hoạt động BLNHXL hoặc trong quá trình thực hiện BLNHXL. Đó là các tranh chấp phát sinh khi thực hiện hợp đồng bảo lãnh, hợp đồng cấp bảo lãnh...

Một số nguyên nhân dẫn đến tranh chấp loại này bao gồm: (i) Tranh chấp phát sinh do xung đột lợi ích giữa các chủ thể; (ii) Tranh chấp phát sinh do lạm dụng con dấu, ký không đúng thẩm quyền; (iii) Tranh chấp do bên bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết; (iv) Tranh chấp phát sinh do bên nhận bảo lãnh làm giả hồ sơ đề nghị thanh toán bảo lãnh; (v) Tranh chấp phát sinh do làm giả chứng thư bảo lãnh; (v) Tranh chấp phát sinh do bên được bảo lãnh căn cứ vào việc thương thảo không thành công để không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết ...

### ***3.1.8.2. Các phương thức giải quyết tranh chấp***

**Đối với các tranh chấp phát sinh trong quá trình quản lý nhà nước** đối với hoạt động BLNHXL được giải quyết thông qua con đường giải quyết khiếu nại hoặc giải quyết tranh chấp tại tòa hành chính.

**Đối với các tranh chấp phát sinh trong quá trình ngân hàng thương mại thực hiện hoạt động BLNHXL**, các bên tham gia quan hệ BLNHXL có thể thỏa thuận luật áp dụng, tòa án hoặc trọng tài nước ngoài để giải quyết tranh chấp phát sinh đối với giao dịch bảo lãnh theo quy định của pháp luật. Như vậy, các bên tranh chấp có thể thỏa thuận phương thức giải quyết tranh chấp, luật áp dụng để giải quyết tranh chấp và cơ quan giải quyết tranh chấp (Điều 8 Thông tư 07/2015/TT-NHNN).

**Đối với các tranh chấp phát sinh do bên được bảo lãnh căn cứ vào việc thương thảo không thành công để không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết**, theo quy định của Luật Đấu thầu năm 2013, các bên tham gia quan hệ thỏa thuận giải quyết tranh chấp phát sinh “*tại Tòa án được thực hiện theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự*” (Điều 93, Luật Đấu thầu năm 2013).

**Về phương thức giải quyết tranh chấp**, có hai phương thức giải quyết chủ yếu, đó là thỏa thuận và tố tụng. Do bản chất là một hoạt động kinh doanh nên phương thức giải quyết tranh chấp chủ yếu trong hoạt động BLNHXL là

thỏa thuận. Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được thì tranh chấp được giải quyết tại cơ quan tài phán có thẩm quyền.

**Về luật áp dụng giải quyết tranh chấp**, pháp luật Việt Nam công nhận quyền của các bên trong việc lựa chọn luật áp dụng giải quyết tranh chấp. Với quy định này các bên chủ thể có thể lựa chọn luật Việt Nam, luật nước ngoài làm cơ sở pháp lý để giải quyết tranh chấp.

**Về cơ quan có thẩm quyền giải quyết**, trường hợp các bên không tự thỏa thuận được thì tranh chấp phải được phân xử tại cơ quan có thẩm quyền; đó có thể là tòa án hoặc trọng tài. Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về cơ quan có thẩm quyền giải quyết thì cơ quan này có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định áp dụng pháp luật mà Hội đồng cho là phù hợp nhất. Trường hợp các bên không có thỏa thuận về cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp thì việc xác định cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp dựa theo quy định chung của pháp luật. Theo quy định tại Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 thì tranh chấp trong lĩnh vực BLNH (trong đó có hoạt động BLNHXL) sẽ được giải quyết tại Tòa án nhân dân cấp huyện nơi bị đơn cư trú, làm việc (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi có trụ sở (nếu bị đơn là tổ chức) giải quyết. Trường hợp BLNH (trong đó có hoạt động BLNHXL) mà đương sự ở nước ngoài hoặc cần ủy thác tư pháp cho cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài, tòa án nước ngoài thì tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án nhân dân cấp tỉnh. Thực tế cho thấy, ở Việt Nam, các tranh chấp chủ yếu được giải quyết thông qua thương lượng hoặc qua đường tòa án. Việc giải quyết tranh chấp thông qua tòa án thường mất nhiều thời gian và chi phí.

### **3.2. THỰC TRẠNG THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THÀU TRONG ĐẤU THÀU XÂY LẬP Ở VIỆT NAM**

Giống như tất cả các hoạt động sinh lời khác của ngân hàng, tuy là một công cụ sử dụng rộng rãi, BLNHXL luôn tiềm ẩn những vấn đề ảnh hưởng

theo các góc độ khác nhau. Mặc dù các văn bản pháp luật quy định liên quan tới BLNHXL (Bộ luật Dân sự, Luật Các tổ chức tín dụng ...) đã ra đời từ rất sớm nhưng còn chưa đồng bộ và đầy đủ dẫn đến xuất hiện những kẽ hở gây ảnh hưởng không tốt cho hoạt động bảo lãnh cũng như chất lượng của hoạt động bảo lãnh.

Mặc dù có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy kinh tế - xã hội phát triển, nhưng vấn đề thực thi pháp luật đối với hoạt động BLNHXL hiện nay bộc lộ nhiều bất cập. Pháp luật về với hoạt động BLNHXL cho đến thời điểm hiện nay chưa được đặt đúng vị trí, chưa phát huy hết vai trò của nó. Do vậy, BLNHXL muốn phát huy được vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy kinh tế, xã hội phát triển bền vững cần có một hành lang pháp lý rõ ràng, minh bạch, khoa học để điều chỉnh các hoạt động diễn ra trong quá trình xây dựng và tổ chức thực hiện.

Thực tế cho thấy, sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật là không tránh khỏi vì bản thân các quan hệ xã hội được pháp luật điều chỉnh có sự đan xen, tương tác lẫn nhau và bản thân một văn bản pháp luật không thể điều chỉnh hết một lĩnh vực cụ thể. Do các văn bản pháp luật cùng điều chỉnh một lĩnh vực nên sự tương thích hay xung đột sẽ ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả pháp luật.

Nhìn chung, rất khó có thể đánh giá hết những yếu tố ảnh hưởng đến pháp luật vì sự đa dạng và đan xen của những yếu tố tác động này. Tuy nhiên, ở mức độ khái quát nhất, pháp luật hoạt động BLNHXL chịu chi phối của các yếu tố: Chủ trương của nhà nước trong việc phát triển hoạt động bảo lãnh ngân hàng; thực trạng hoạt động bảo lãnh ngân hàng; luật pháp quốc tế và tập quán quốc tế; sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật trong hệ thống pháp luật quốc gia và khả năng áp dụng pháp luật của các chủ thể trong xã hội.

Khả năng áp dụng pháp luật phụ thuộc vào hai nguyên nhân cơ bản là nhận thức và ý thức chấp hành pháp luật của chủ thể. Nếu các chủ thể nhận thức đúng mà cụ thể là hiểu biết và vận dụng đúng pháp luật thì sẽ đảm bảo

hiệu quả pháp luật. Ngược lại, nếu các chủ thể cố ý áp dụng sai hoặc không thực hiện đúng quy định của pháp luật sẽ ảnh hưởng xấu đến hiệu quả của pháp luật trong thực tế.

Như vậy, khả năng áp dụng pháp luật của chủ thể tác động đến pháp luật hoạt động bảo lãnh ngân hàng nói chung và BLNHXL nói riêng ở các khía cạnh sau:

**Một là**, nhận thức pháp luật của chủ thể tham gia giữ vai trò quan trọng trong việc thực hiện pháp luật hoạt động BLNHXL. Đối với những quốc gia có kinh tế phát triển, hầu hết người dân và DN đã hiểu biết về hoạt động cũng như pháp luật hoạt động BLNHXL nên việc áp dụng luật được thuận lợi và ít tranh chấp hơn. Ngược lại, đối với các nền kinh tế còn chậm phát triển, nhận thức pháp luật của người dân và DN chưa cao nên dễ dẫn đến những hành vi vi phạm cũng như tranh chấp trong hoạt động BLNHXL.

**Hai là**, khả năng kiểm tra, thanh tra, giám sát, xử lý vi phạm của các cơ quan quản lý nhà nước có ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả pháp luật. Nếu hệ thống giám sát và xử lý vi phạm này được thực hiện tốt thì sẽ hạn chế được các vi phạm pháp luật trong hoạt động bảo BLNHXL, bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan và ngược lại.

**Ba là**, việc bảo vệ pháp luật của các cơ quan tài phán. Hầu hết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL được thực hiện thông qua tòa án nên khả năng xét xử của tòa án là một trong những yếu tố quan trọng giúp bảo đảm thực hiện pháp luật. Nếu các vụ án được giải quyết đúng bản chất sự việc, áp dụng đúng quy định pháp luật thì sẽ bảo vệ được quyền lợi chính đáng của các bên tranh chấp, đảm bảo hiệu quả pháp luật, đồng thời là biện pháp phổ biến pháp luật hiệu quả. Ngược lại, các quyết định giải quyết không chính xác của tòa án sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến hoạt động này.

BLNHXL luôn có khả năng chịu ảnh hưởng từ hoạt động của Bên được bảo lãnh và Bên nhận bảo lãnh. Cụ thể là Bên bảo lãnh phải chịu rủi ro về tín dụng xuất phát từ khả năng tài chính của Bên được bảo lãnh và rủi ro về

chứng từ (do chỉ có quyền kiểm tra trên bề mặt chứng từ) từ phía Bên nhận bảo lãnh. Bên nhận bảo lãnh cũng chịu ảnh hưởng từ giao kết của Bên được bảo lãnh và ngân hàng, cũng như rủi ro xuất phát từ khả năng tài chính của Bên được bảo lãnh và ngân hàng.

Xuất phát từ thực tế, luận án xin nêu một vài vụ việc tiêu biểu phản ánh thực trạng thực hiện pháp luật về BLNHXL. Mặc dù các quy định của pháp luật về hoạt động này đã được xây dựng một cách khá chặt chẽ và chi tiết nhưng việc tuân thủ hoàn toàn theo pháp luật trong nội bộ các ngân hàng lại là một câu chuyện khác.

### **3.2.1. Làm giả chứng thư bảo lãnh**

Theo thông báo của Cục An ninh tài chính tiền tệ và đầu tư - Bộ Công an, việc làm giả chứng thư bảo lãnh của ngân hàng đang được các đối tượng trên thực hiện theo một quy trình chung. Đối tượng sử dụng con dấu giả để đóng dấu không lên phôi giấy trắng có in lô gô của ngân hàng. Đối tượng cũng giả mạo thêm chữ ký của lãnh đạo ngân hàng để làm chứng thư bảo lãnh giả. Tiếp đó, đối tượng sẽ sử dụng chứng thư bảo lãnh giả để viết tên của khách hàng.

Ngày 14/8/2013 Cơ quan Cảnh sát Điều tra - Bộ Công an đã chuyển hồ sơ sang Viện Kiểm sát Nhân dân Tối cao đề nghị truy tố vợ chồng Nguyễn Thị Mỹ Linh và Phạm Phước Anh Huy (TP.HCM) và 3 đồng bọn về hành vi làm giả giấy tờ, tài liệu chiếm đoạt nhiều tỷ đồng. Trước đó vợ chồng Linh - Huy đã làm giả con dấu của Ngân hàng HDB chi nhánh Nguyễn Trãi (TP.HCM) và làm giả dấu tên của Giám đốc Chi nhánh ngân hàng này với mục đích làm giả các văn bản như giấy xác nhận số dư tài khoản ngân hàng, chứng thư bảo lãnh giúp các doanh nghiệp không có năng lực vẫn có thư bảo lãnh tham gia đấu thầu [67].

Do cần chứng thư bảo lãnh để đủ tư cách tham gia đấu thầu các gói thầu xây lắp có giá trị lớn, có mức bảo lãnh lớn hơn năng lực thực sự của mình, nhiều doanh nghiệp đã chấp nhận chi 4% để có được chứng thư bảo lãnh này.

Cơ quan điều tra đã làm rõ, các chứng thư bảo lãnh mà các đối tượng này làm giả có tổng giá trị lên đến 800 tỷ đồng.

### **3.2.2. Giả mạo giấy tờ để rút bảo đảm dự thầu từ ngân hàng**

Ngoài ra, các văn bản liên quan tới kết quả đấu thầu cũng đã bị làm giả để Nhà thầu rút kinh phí BLNHXL trước khi có kết quả thật. Việc này gây ảnh hưởng tới quyền lợi của bên nhận thầu (Chủ đầu tư). Trong trường hợp Nhà thầu tham gia đấu thầu để tạo ra sự cạnh tranh giả tạo, nhằm kiếm lợi nhuận thông qua thỏa thuận với nhà thầu thực sự tham gia đấu thầu, bên nhận thầu (Chủ đầu tư) không thu hồi được chi phí BLNHXL.

Tình trạng này đã xảy ra trong thực tế. Cụ thể tại Ban quản lý dự án khu đô thị đông bắc có đấu thầu gói thầu số 20 (xây dựng nền và mặt đường tuyến đường số 2, 5, 7, 11 thuộc dự án đầu tư xây dựng hạ tầng kỹ thuật TP.HCM). Công ty TNHH Hưng Điền (H.Củ Chi, TP.HCM), làm giả giấy tờ của Ban quản lý dự án khu đô thị đông bắc TP.HCM (thuộc Sở Xây dựng TP.HCM) để rút tiền bảo lãnh dự thầu trước thời hạn. Dù chưa công bố kết quả dự thầu nhưng bà Nguyễn Cẩm Nhung, Giám đốc Công ty TNHH Hưng Điền đã làm giả thông báo trúng thầu, làm giả thông báo về công ty của mình đã hoàn thành nghĩa vụ gói thầu số 20 gửi đến Ngân hàng TMCP Kỹ thương Việt Nam để lãnh 150 triệu đồng tiền chứng thư bảo lãnh dự thầu [68].

### **3.2.3. Cán bộ ngân hàng ký vượt thẩm quyền**

Dù là một nghiệp vụ của ngân hàng, tuy nhiên trên thực tế đã xảy ra nhiều tranh chấp giữa các bên tham gia nghiệp vụ này. Trong một số vụ việc, các đối tượng không phải làm giả thư bảo lãnh mà là thư bảo lãnh thật, người ký là giám đốc thật, dấu ngân hàng là thật, nhưng việc làm vượt quá thẩm quyền được giao. Khi gặp phải những trường hợp này, cả doanh nghiệp và ngân hàng đều đối mặt với rủi ro không thu hồi được tiền và tranh chấp kéo dài. Xưa nay, khi nhận bảo lãnh của ngân hàng, doanh nghiệp chỉ nhìn vào uy tín và năng lực tài chính của ngân hàng ẩn sau con dấu, chức danh của người ký phát hành bảo lãnh. Doanh nghiệp không có nghĩa vụ và không có khả



năng biết được trong vài nghìn nhân sự, vài trăm chi nhánh của ngân hàng, thì ai là người có quyền được ký bảo lãnh và được quyền cấp bảo lãnh đến mức nào. Đây là sự đánh đố doanh nghiệp, nhất là khi các ngân hàng luôn coi phân cấp nội bộ là một công nghệ quản trị và thường xuyên thay đổi. Qua cách hành xử của một số ngân hàng trong các vụ việc tranh chấp bảo lãnh gần đây, có thể thấy, ngân hàng luôn từ chối trách nhiệm khi bảo lãnh bị ký sai thẩm quyền và khi đó, người ký sai thẩm quyền sẽ bị xử lý trách nhiệm, ngân hàng dứt bỏ trách nhiệm với thư bảo lãnh đã phát hành.

Ở đây, chúng ta phải nhìn nhận có hai dạng quan hệ trách nhiệm cần xử lý, thứ nhất là quan hệ trách nhiệm giữa doanh nghiệp (bên nhận bảo lãnh) và ngân hàng; thứ hai là quan hệ trách nhiệm giữa ngân hàng và cán bộ làm sai của ngân hàng. Về logic và đạo đức kinh doanh, ngân hàng phải chịu trách nhiệm với doanh nghiệp, dù cán bộ ngân hàng có phát hành bảo lãnh sai thẩm quyền. Bởi thực tế, khi người ta nhận bảo lãnh từ ngân hàng cũng là nhận cam kết với khả năng tài chính và uy tín của ngân hàng. Ngân hàng không phải là một doanh nghiệp thông thường, mà là một định chế tài chính, là doanh nghiệp được vận hành bài bản nhất trong các doanh nghiệp. Sự bài bản ấy là yếu tố quản trị tốt về con người, về công nghệ, về uy tín, về hình ảnh. Việc ngân hàng đưa các lý do từ chối thanh toán bảo lãnh bằng việc đổ lỗi cho con người, công nghệ, vô hình trung, ngân hàng đã tự bán rẻ uy tín, hình ảnh của mình.

Ngày 25/6/2015, NHNN đã ban hành Thông tư 7/2015/TT-NHNN, trong đó thư bảo lãnh được quản lý như một loại giấy tờ có giá. Thông tư quy định, cam kết bảo lãnh và hợp đồng cấp bảo lãnh của ngân hàng phải có chữ ký của người đại diện theo pháp luật. Ngân hàng sẽ tự thiết lập cơ chế ủy quyền, nhưng trên các văn bản bảo lãnh, ngân hàng nhất thiết phải có chữ ký người đại diện theo pháp luật của ngân hàng. Nghe thì có vẻ chặt chẽ, nhưng thực tế lại giống như việc đánh đố với doanh nghiệp. Doanh nghiệp phải tự tìm hiểu ông giám đốc chi nhánh ngân hàng ký cam kết bảo lãnh đã có đủ

thẩm quyền ký với mức bảo lãnh theo yêu cầu của Hồ sơ mời thầu không. Một việc khó và nếu không thẩm định kỹ càng, cam kết bảo lãnh - một “giấy tờ có giá” dễ thành vô giá trị.

Có thể kể đến vụ việc nguyên Giám đốc Ngân hàng NN&PTNT chi nhánh Hóc Môn đã ký nhiều chứng thư bảo lãnh không có hồ sơ, vượt thẩm quyền với tổng số tiền lên tới 345 tỉ đồng [64]. Hay như trong vụ việc của Ngân hàng Đông Nam Á (SeaBank), bà Nguyễn Thị Hương Giang, nguyên Phó Tổng Giám đốc kiêm Giám đốc Seabank Tân Bình ký chứng thư bảo lãnh có giá trị lên tới 150 tỷ đồng đang gây ra những tranh chấp giữa các bên tham gia [70].

Trong những trường hợp này khi xảy ra tranh chấp, ngân hàng thường từ chối trách nhiệm vì cho rằng không phải là văn bản do ngân hàng phát hành, mà là do cá nhân cố ý làm trái. Còn về Bên nhận bảo lãnh, họ rất khó biết được thư bảo lãnh nào là đúng hay sai. Về vấn đề này, về nguyên tắc, pháp luật chỉ khống chế hai nội dung cơ bản liên quan đến thẩm quyền mà người tham gia giao dịch buộc phải biết:

- **Một là**, đại diện theo pháp luật được ghi trên Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là người có thẩm quyền ký kết tối cao. Mọi văn bản phát ra phải do người này ký hoặc do người này ủy quyền. Một hợp đồng do chủ tịch HĐQT ký vẫn có thể vô hiệu nếu như không được người đại diện theo pháp luật ủy quyền.

- **Hai là**, thẩm quyền tối cao về quyết định của Công ty Cổ phần là HĐQT. Luật Doanh nghiệp quy định, những hợp đồng giao dịch vượt quá 50% tổng tài sản đều phải được HĐQT thông qua.

Trong trường hợp người ký phát hành chứng thư bảo lãnh không đúng thẩm quyền rơi vào trường hợp người ký không phải là đại diện theo pháp luật, không được người đại diện ủy quyền, phân cấp hoặc giao dịch có giá trị quá lớn. Do đó, bên phát hành bảo lãnh có quyền viện dẫn pháp luật để từ chối

bảo lãnh. Tiếc rằng việc ký kết không đúng thẩm quyền thường xuất phát từ dấu hiệu cố ý làm trái để thu lợi bất chính của cán bộ ngân hàng.

### **3.2.4. Phối hợp không chặt chẽ với ngân hàng dẫn đến sai sót trong hồ sơ về thông tin của Gói thầu**

Rất nhiều trường hợp cụ thể đã được nêu, xảy ra cả với nhà thầu nhiều kinh nghiệm, ngân hàng lớn. Đó là các sai sót trong thư bảo lãnh do ngân hàng phát hành với các nội dung trong Hồ sơ mời thầu. Theo Khoản 2 Điều 18, Nghị định 63/2014/CP, Hồ sơ mời thầu phải đáp ứng các yêu cầu hợp lệ để không bị loại bỏ, trong đó, có điều kiện về bảo đảm dự thầu. Nếu không có hoặc có bảo đảm dự thầu nhưng không hợp lệ thì Hồ sơ dự thầu sẽ bị loại.

Bảo đảm dự thầu được đánh giá là không hợp lệ khi có giá trị thấp hơn, không đúng đồng tiền quy định, thời gian hiệu lực ngắn hơn, không nộp theo địa chỉ và thời gian quy định trong Hồ sơ mời thầu, không đúng tên nhà thầu, không phải là bản gốc và không có chữ ký hợp lệ đối với thư bảo lãnh của ngân hàng hoặc tổ chức tài chính.

Trong Mẫu Hồ sơ mời thầu xây lắp ban hành kèm theo Thông tư số 01/2010/TT-BKH ngày 06/01/2010 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư có Mẫu số 15 về bảo lãnh dự thầu. Theo đó, trong bảo lãnh dự thầu phải điền đầy đủ các thông tin như nhà thầu tham dự, tên gói thầu, tên dự án, tên ngân hàng hoặc tổ chức tài chính, giá trị và hiệu lực của bảo lãnh dự thầu với các nội dung liên quan như trong Mẫu số 15 đã quy định. Việc ghi chính xác tên gói thầu trong thư bảo lãnh là để đảm bảo trách nhiệm tham dự thầu của nhà thầu đối với một gói thầu cụ thể. Nếu tên gói thầu trong thư bảo lãnh bị ghi “nhầm” từ gói thầu này sang gói thầu khác thì cũng tương đương với việc không có bảo lãnh dự thầu vì bảo lãnh dự thầu như vậy là không phải cho gói thầu mà nhà thầu đang tham dự, nên không có giá trị pháp lý.

Đối với tình huống ghi nhầm tên gói thầu trong thư bảo lãnh thì bảo lãnh dự thầu này tuy không vi phạm vào các lỗi cụ thể đối với bảo lãnh dự thầu nêu trong Hồ sơ mời thầu (như về giá trị, loại tiền, địa chỉ và thời gian

quy định, tên nhà thầu, bản gốc, chữ ký của bảo đảm dự thầu). Nhưng về mặt pháp lý, là không đáp ứng yêu cầu của Hồ sơ mời thầu và pháp luật đấu thầu nói chung vì được xem là không có bảo đảm dự thầu cho gói thầu đang tổ chức đấu thầu. Trong trường hợp này, nếu bên mời thầu cho nhà thầu làm rõ Hồ sơ dự thầu và nộp thư bảo lãnh khác với tên gói thầu đã được chuẩn xác lại theo đúng Hồ sơ mời thầu và đánh giá Hồ sơ dự thầu của nhà thầu trên cơ sở bảo lãnh mới nộp thì sẽ vi phạm quy định tại Điều 36 Luật Đấu thầu về làm rõ Hồ sơ dự thầu, vì đã biến Hồ sơ dự thầu của nhà thầu từ chỗ không có bảo lãnh dự thầu thành có bảo lãnh dự thầu.

Tuy nhiên, đối với “*tên gói thầu*”, bên mời thầu cần căn cứ vào các nội dung của Hồ sơ mời thầu, Hồ sơ dự thầu và bảo đảm dự thầu liên quan đến tình huống đó để đánh giá về lỗi “*tên gói thầu*”. Xem lỗi này thuộc loại nào (nghiêm trọng hay không nghiêm trọng), lỗi do đánh máy nhưng vẫn hiểu là bảo lãnh cho gói thầu đang xét thì có thể chấp nhận được vì như thế thì mới ràng buộc trách nhiệm nhà thầu được hay đã nhầm sang hẳn gói thầu khác như tình huống nêu trên, để qua đó đưa ra cách xử lý tình huống phù hợp nhất.

Loại tình huống “nhầm” tên gói thầu A sang gói thầu B, hạng mục C sang hạng mục D hoặc địa chỉ của A nhầm sang B ... là không hiếm xảy ra. Điều này cho thấy tính chuyên nghiệp của các nhà thầu cần phải được báo động khi tham gia đấu thầu, khi “làm bài thi” và ở đây mới chỉ diễn ra trong quá trình “làm bài thi và chấm thi” mà với những nhà thầu chuyên nghiệp như vậy liệu có tin tưởng để trao hợp đồng cho thực hiện vì nếu thiếu tính chuyên nghiệp thì sản phẩm, dịch vụ, công trình cần thực hiện liệu có bảo đảm được chất lượng [75]. Nhà thầu cần nghiên cứu kỹ các yêu cầu trong Hồ sơ mời thầu, làm rõ và xin ý kiến hướng dẫn của bên mời thầu để tránh những sai sót không đáng có dẫn đến Hồ sơ dự thầu bị loại.

### **3.2.5. Quy định về ngôn ngữ**

Việc quy định ngôn ngữ khác thường xuất hiện trong những dự án sử dụng nguồn vốn Viện trợ phát triển (ODA). Ngôn ngữ khác ở đây cũng

thường là tiếng Anh. Tuy nhiên, Thư bảo lãnh của ngân hàng thì lại bằng tiếng Việt Nam. Theo quy định của Luật Đấu thầu: “*Đối với dự án sử dụng vốn hỗ trợ phát triển chính thức ODA, việc đấu thầu được thực hiện trên cơ sở nội dung điều ước Quốc tế mà CHXHCN Việt Nam là thành viên hoặc thoả thuận quốc tế mà tổ chức, cơ quan có thẩm quyền của nước CHXHCN Việt Nam đã ký kết*”. Vậy bản dịch tiếng Anh hay bản gốc tiếng Việt Nam được coi là có giá trị. Hiện vấn đề này vẫn đang bỏ ngỏ. Luận án xin dẫn một ví dụ đã xảy ra về vấn đề này như sau:

Ban Quản lý dự án A (QLDA) tổ chức đấu thầu rộng rãi quốc tế gói thầu Xây lắp từ nguồn vốn ODA của Chính phủ CHLB Đức. Về ngôn ngữ trong đấu thầu, hồ sơ mời thầu (HSMT) quy định: “*Hồ sơ dự thầu (HSDT), tất cả thư tín và các tài liệu liên quan giữa nhà thầu và bên mời thầu đều phải bằng ngôn ngữ tiếng Anh. Các dữ liệu đính kèm của nhà thầu có thể bằng ngôn ngữ khác nhưng phải kèm theo bản dịch chính xác những phần có liên quan sang ngôn ngữ tiếng Anh để phục vụ cho mục đích giải thích HSDT. Bản dịch tiếng Anh có tính chất quyết định*”.

Quy định này không hề vi phạm quy định về ngôn ngữ trong đấu thầu được quy định tại Luật Đấu thầu năm 2013, “*Ngôn ngữ sử dụng trong đấu thầu là tiếng Việt đối với đấu thầu trong nước; là tiếng Anh hoặc tiếng Việt và tiếng Anh đối với đấu thầu quốc tế*” (Điều 9).

Hồ sơ dự thầu của nhà thầu X có bảo đảm dự thầu theo hình thức bảo lãnh của một ngân hàng Việt Nam phát hành bằng tiếng Việt, kèm theo bản dịch bằng tiếng Anh có công chứng hợp lệ. Bảo lãnh dự thầu này có giá trị, thời gian hiệu lực và các nội dung khác theo đúng yêu cầu của Hồ sơ mời thầu.

Trong quá trình đánh giá Hồ sơ dự thầu, các thành viên trong Tổ chuyên gia học đấu thầu có hai luồng ý kiến như sau:

- Nhóm thứ nhất cho rằng, bảo đảm dự thầu trên là hợp lệ vì không vi phạm điều kiện tiên quyết về bảo đảm dự thầu.

- Ngược lại, nhóm thứ hai có ý kiến loại nhà thầu này vì đã không nộp giấy bảo lãnh dự thầu bản gốc bằng tiếng Anh theo quy định trong HSMT.

Việc quy định tính hợp lệ của bảo đảm dự thầu rất quan trọng để việc xử lý, tịch thu bảo đảm dự thầu là khả thi. Tại Nghị định 63/2014/CP (Điểm d, Khoản 2, Điều 18) quy định về điều kiện tiên quyết để loại bỏ HSDT nếu như bảo đảm dự thầu không hợp lệ. Theo đó, bảo đảm dự thầu hợp lệ nếu: *(1) Có bảo đảm dự thầu với giá trị và thời hạn hiệu lực đáp ứng yêu cầu của hồ sơ mời thầu; (2) thư bảo lãnh phải được đại diện hợp pháp của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam ký tên với giá trị và thời hạn hiệu lực, đơn vị thụ hưởng theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu.*

Với trường hợp này, nếu xét theo những quy định về bảo đảm dự thầu không hợp lệ nêu trên thì bảo đảm dự thầu (thư bảo lãnh của ngân hàng Việt Nam) của nhà thầu X không vi phạm. Xét một cách logic thì nếu như nhà thầu X rút Hồ sơ dự thầu sau thời điểm đóng thầu, trúng thầu nhưng không tiến hành thương thảo hoàn thiện hợp đồng thì Ban Quản lý dự án (bên mời thầu) vẫn áp dụng được biện pháp tịch thu bảo đảm dự thầu vì thư bảo lãnh của ngân hàng cho nhà thầu X vẫn đáp ứng được. Vì vậy, quan điểm thứ nhất về bảo đảm dự thầu (thư bảo lãnh dự thầu) của nhà thầu X là hợp lệ.

Tuy nhiên, theo hướng dẫn tại các Mẫu Hồ sơ mời thầu do Bộ kế hoạch và Đầu tư ban hành, Hồ sơ dự thầu do nhà thầu chuẩn bị phải bao gồm các nội dung: *(1) Đơn dự thầu; (2) Giá dự thầu và biểu giá ; (3) Tài liệu chứng minh tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm của nhà thầu...(4) Tài liệu chứng minh tư cách hợp lệ và sự phù hợp ... (5) Bảo đảm dự thầu; (6) các nội dung khác...* Như vậy, bảo đảm dự thầu là một nội dung trong Hồ sơ dự thầu và nếu thực hiện theo hình thức bảo lãnh của ngân hàng bằng tiếng Anh mà nhà thầu X lại nộp bản gốc bằng tiếng Việt thì ý kiến của nhóm thứ hai cũng có cơ sở vì theo quy định trong Hồ sơ mời thầu là *“Hồ sơ dự thầu... phải bằng ngôn ngữ tiếng Anh...”*.

Ngoài ra, gói thầu trên thuộc dự án sử dụng vốn ODA của Chính phủ CHLB Đức nên Chủ đầu tư cần tham khảo ý kiến của nhà tài trợ vì theo quy định về việc tuân thủ các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia như đã nói ở trên. Trong trường hợp có các ý kiến xử lý khác nhau thì coi là tình huống đấu thầu. Việc xử lý tình huống đấu thầu thuộc trách nhiệm của người có thẩm quyền quyết định trên cơ sở đảm bảo mục tiêu của công tác đấu thầu là cạnh tranh, công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế (Điều 91 của Luật Đấu thầu năm 2013).

### **3.2.6. Nhà thầu gây khó khăn khi thương lượng hợp đồng**

Theo Luật Đấu thầu năm 2013 thì việc thương thảo hợp đồng được thực hiện trước khi phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu. Việc thương thảo hợp đồng được thực hiện theo trình tự và thành phần tham dự như sau:

- Sau khi có quyết định phê duyệt danh sách xếp hạng nhà thầu, tiến hành thương thảo hợp đồng với nhà thầu theo Điều 19, Nghị định số 63/2014/NĐ-CP đã quy định: *“Nhà thầu xếp hạng thứ nhất được mời đến thương thảo hợp đồng. Trường hợp nhà thầu được mời đến thương thảo hợp đồng nhưng không đến thương thảo hoặc từ chối thương thảo hợp đồng thì nhà thầu sẽ không được nhận lại bảo đảm dự thầu”*(Khoản 1).

- Nội dung thương thảo hợp đồng trước khi trình thẩm định, phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu được quy định chi tiết tại khoản 4, Điều 19, Nghị định số 63/2014/NĐ-CP nhưng phải tuân thủ theo nguyên tắc được quy định tại khoản 3 là : a) *Không tiến hành thương thảo đối với các nội dung mà nhà thầu đã chào thầu theo đúng yêu cầu của hồ sơ mời thầu; b) Việc thương thảo hợp đồng không được làm thay đổi đơn giá dự thầu của nhà thầu sau khi sửa lỗi, hiệu chỉnh sai lệch và trừ đi giá trị giảm giá (nếu có). Trong quá trình đánh giá hồ sơ dự thầu và thương thảo hợp đồng, nếu phát hiện khối lượng mời thầu nêu trong bảng tiên lượng mời thầu thiếu so với hồ sơ thiết kế thì bên mời thầu yêu cầu nhà thầu phải bổ sung khối lượng công việc thiếu đó trên cơ sở đơn giá đã chào; trường hợp trong hồ sơ dự thầu chưa có đơn giá thì bên*

*mời thầu báo cáo chủ đầu tư xem xét, quyết định việc áp đơn giá nêu trong dự toán đã phê duyệt đối với khối lượng công việc thiếu so với hồ sơ thiết kế hoặc đơn giá của nhà thầu khác đã vượt qua bước đánh giá về kỹ thuật nếu đơn giá này thấp hơn đơn giá đã phê duyệt trong dự toán gói thầu;*

Quy trình lựa chọn nhà thầu đã được quy định chi tiết tại Điều 38, Luật Đấu thầu năm 2013 đã tạo thuận lợi cho các bên trong việc hoàn chỉnh những thiếu sót, tồn tại trong quá trình lựa chọn nhà thầu, thống nhất quan điểm, giải quyết những vướng mắc. Nhưng trong thực tế, đã có tình trạng nhà thầu xây lắp trúng thầu lợi dụng Khoản 1, Điều 63, Nghị định số 63/2014/NĐ-CP quy định “*nhà thầu được mời đến thương thảo hợp đồng nhưng không đến thương thảo hoặc từ chối thương thảo hợp đồng*” thì bên mời thầu mới có quyền giữ bảo lãnh dự thầu, nên cố ý thương thảo bằng những lý lẽ “*không tương*” để gây khó khăn, đẩy trách nhiệm cho bên mời thầu để không bị thu hồi kinh phí BLNHXL.

Ví dụ như câu chuyện thương thảo hợp đồng với nhà thầu tại Gói thầu số 4: Mua sắm thiết bị, do Sở Thông tin và Truyền thông tỉnh Bến Tre làm Chủ đầu tư. Gói thầu này thuộc Dự toán Mua sắm máy quét văn bản cho UBND xã, phường, thị trấn trên địa bàn tỉnh Bến Tre đã vấp phải kiến nghị về kết quả lựa chọn nhà thầu (KQLCNT) của nhà thầu xếp hạng thứ nhất.

Trong văn bản gửi Báo Đấu thầu thông tin về việc giải quyết kiến nghị KQLCNT Gói thầu số 4: Mua sắm thiết bị, Sở Thông tin và Truyền thông Bến Tre đã tường thuật lại quá trình tổ chức đấu thầu cũng như trả lời những nội dung mà nhà thầu Công ty TNHH Thương mại Kỹ thuật Thanh Lâm (Nhà thầu Thanh Lâm) kiến nghị. Được biết, theo KQLCNT được công bố ngày 20/7/2017, Nhà thầu Thanh Lâm xếp hạng nhất với giá trúng thầu là 1.474.360.000 đồng. Nhà thầu xếp hạng 2 là Công ty TNHH MTV TM&DV Phong Dũng với giá dự thầu là 1.699.040.000 đồng.

Ngày 25/7/2017, cuộc họp thương thảo hợp đồng đầu tiên giữa Chủ đầu tư và Nhà thầu Thanh Lâm diễn ra. Tại cuộc họp này, Chủ đầu tư đã yêu cầu



Nhà thầu Thanh Lâm hai nội dung chính là bổ sung và làm rõ việc bố trí 3 nhân sự chủ chốt tham gia Gói thầu đồng thời cũng là những nhân sự đang thực hiện tại gói thầu khác, yêu cầu Nhà thầu Thanh Lâm cần có kế hoạch chi tiết huy động nguồn hàng trong vòng 7 ngày, đảm bảo khi giao hàng phải có CO, riêng giấy chứng nhận chất lượng hàng hóa được cung cấp sau khi có xác nhận người dùng cuối. Sau cuộc thương thảo này, Nhà thầu Thanh Lâm có văn bản gửi Chủ đầu tư trao đổi ý kiến và nêu rõ: “*Máy scan HP 3000S3 hiện nay không còn trên thị trường, thời gian hàng về Việt Nam vào khoảng tháng 9/2017. Tại thời điểm thương thảo, hàng hóa phục vụ cho gói thầu này chắc chắn sẽ không có để HP cung cấp cho nhà thầu xếp hạng nhất, kể cả nhà thầu xếp hạng hai và chắc chắn sẽ không kịp bàn giao như thời gian đã quy định trong HSYC*”. Do đó, Nhà thầu Thanh Lâm đã đề nghị “gia hạn tiến độ giao hàng trong HSYC, cho phép Nhà thầu chủ động đề xuất thay đổi model máy để kịp tiến độ thực hiện Gói thầu và tiến độ giải ngân Gói thầu”. Đặc biệt, Nhà thầu Thanh Lâm đã chủ động đề nghị chủ đầu tư “hủy gói thầu nêu trên”.

Cuộc họp thương thảo hợp đồng lần hai diễn ra ngày 23/8/2017. Biên bản cuộc họp này một lần nữa xoay quanh nội dung thời gian giao hàng của Nhà thầu Thanh Lâm. Chủ đầu tư yêu cầu Nhà thầu Thanh Lâm trả lời rõ thời gian cung cấp hàng chứ không thể “khoảng tháng 9”. Nhà thầu Thanh Lâm tái khẳng định “không xác định chính xác thời gian cụ thể, chỉ biết trong tháng 9/2017”. Chủ đầu tư cho thời gian đến ngày 15/9/2017 thì Nhà thầu Thanh Lâm trả lời: “*Không thể đáp ứng được vì hiện tại trên thị trường Việt Nam không có hàng*”.

“*Bên mời thầu đã hết sức tạo điều kiện cho Nhà thầu Thanh Lâm nhưng chính cách làm việc thiếu chuyên nghiệp của nhà thầu này đã buộc chúng tôi phải lựa chọn nhà thầu xếp thứ hai*”, ông Trần Văn Thanh - đại diện Chủ đầu tư cho biết.

Ngày 8/9/2017, trao đổi với Báo Đấu thầu, ông Trần Văn Thanh, Giám đốc Sở Thông tin và Truyền thông tỉnh Bến Tre khẳng định: “*Chủ đầu tư đã*

*hết sức lắng nghe và tạo điều kiện cho Nhà thầu Thanh Lâm. Nhưng chúng tôi chưa bao giờ gặp cách thương thảo hợp đồng không có tính xây dựng và thiếu hợp tác như Thanh Lâm”. Theo ông Thanh, ngay sau cuộc họp thương thảo ngày 25/7/2017 cũng như Văn bản ngày 27/7/2017 của Nhà thầu Thanh Lâm đã buộc Chủ đầu tư phải quan ngại về tiến độ cung cấp hàng hóa của nhà thầu này. Chúng tôi có mời nhà thầu xếp hạng thứ hai là Nhà thầu Phong Dũng đến để thương thảo hợp đồng vào ngày 4/8/2017. Tại cuộc họp này, Nhà thầu Phong Dũng cam kết “giao hàng sau khi ký hợp đồng 10 ngày, nếu bàn giao trễ chấp nhận chịu phạt 1,2% giá trị hợp đồng mỗi ngày trễ. Nhà thầu Phong Dũng cũng cam kết bàn giao, lắp đặt tại 164 xã, phường trong vòng 30 ngày kể từ ngày ký hợp đồng. Nhà thầu Phong Dũng cũng cam kết cung cấp CO, CQ đúng theo yêu cầu”.*

Tuy nhiên, đại diện Chủ đầu tư cho biết, để đảm bảo quyền lợi của Nhà thầu Thanh Lâm, Chủ đầu tư đã thuê tư vấn báo cáo đánh giá kết quả hồ sơ, biên bản thương thảo của các nhà thầu và thuê tư vấn thẩm định KQLCNT (lần 2). Bên cạnh đó, xét thấy thời gian giao hàng của Nhà thầu Phong Dũng vào khoảng 10 ngày đầu của tháng 9/2017, nên đến ngày 23/8/2017, Chủ đầu tư có mời Nhà thầu Thanh Lâm đến thương thảo hợp đồng lần 2 để đánh giá lại tiến độ cung cấp hàng cũng như các chứng nhận CO, CQ, nhưng rốt cuộc vẫn không thành, ông Thanh cho biết. “Chúng tôi không hề vội vàng trong việc thương thảo hợp đồng với nhà thầu xếp hạng thứ hai mà hoàn toàn do nhà thầu xếp hạng thứ nhất đẩy Chủ đầu tư vào thế quá bị động. Mọi cuộc họp thương thảo đều cho thấy Nhà thầu Thanh Lâm đưa ra những đề nghị trái ngược với cam kết trong HSDX của mình. Cần phải lưu ý, Gói thầu chỉ mua sắm máy scan, hàng hóa thông dụng, sẵn có trên thị trường. Trong khi đó, nội dung của thương thảo giữa Chủ đầu tư và hai nhà thầu đều giống hệt nhau mà chỉ có Nhà thầu Phong Dũng đáp ứng được HSYC, đáp ứng các yêu cầu của Chủ đầu tư”, đại diện Chủ đầu tư khẳng định.

Ngày 29/8/2017, Hợp đồng mua bán hàng hóa giữa Nhà thầu Phong Dũng và Sở Thông tin và Truyền thông Bến Tre được ký kết. Ngày 6/9/2017, toàn bộ 164 bộ máy scan đã được bàn giao tại Sở. *“Ngày 8/9/2017, 16 xã thuộc huyện Ba Tri đã được bàn giao, hướng dẫn sử dụng thiết bị. Trong 30 ngày (kể cả thứ Bảy, Chủ nhật), 16 xã, phường của tỉnh Bến Tre sẽ được bàn giao, sử dụng thiết bị được trang bị từ Gói thầu. Chúng tôi đã hết sức tạo điều kiện cho Nhà thầu Thanh Lâm nhưng chính cách làm việc thiếu chuyên nghiệp của nhà thầu này đã buộc chúng tôi phải lựa chọn nhà thầu xếp thứ hai”*, ông Thanh cho biết [74].

### **3.2.7. Bảo lãnh “vô điều kiện” thành “có điều kiện”**

Quan hệ bảo lãnh là sự phức tạp và đôi khi chưa phân định rõ ranh giới trách nhiệm của bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh trong các quy định pháp luật. Một số quy định pháp luật hướng dẫn thiên về định tính nhiều hơn định lượng. Trong một số vụ tranh chấp liên quan đến quan hệ bảo lãnh, người được bảo lãnh không thực hiện hết trách nhiệm của mình và đẩy hết rủi ro cho bên bảo lãnh.

Một số ngân hàng cung cấp chứng thư bảo lãnh với dạng bảo lãnh có điều kiện. Mặc dù trong cam kết bảo lãnh có ghi nhận các nội dung như “bảo lãnh này là vô điều kiện”, “bảo lãnh này là không hủy ngang”, nhưng chỉ cần tồn tại một điều khoản nào đó ghi nhận thông tin yêu cầu bên nhận bảo lãnh khi đòi tiền bảo lãnh phải gửi kèm hồ sơ chứng minh sự vi phạm của bên được bảo lãnh đối với nghĩa vụ bảo lãnh, thì thực chất đó là dạng bảo lãnh có điều kiện. Với loại bảo lãnh này, vô vàn vụ tranh chấp đã phát sinh, bởi việc chứng minh vi phạm là không đơn giản. Bên được bảo lãnh chỉ cần có văn bản gửi ngân hàng khẳng định họ không vi phạm nghĩa vụ, mà chỉ chậm thanh toán vì lý do nào đó. Vậy ngân hàng có dám thực hiện trách nhiệm bảo lãnh hay không? Không thực hiện sẽ rơi vào tranh chấp với bên nhận bảo lãnh, nhưng thực hiện thì sẽ bị khách hàng từ chối nhận nợ. Điều khoản này dẫn tới cả 3 bên đều rơi vào bế tắc, chứng thư bảo lãnh trở nên vô giá trị.

Để đảm bảo uy tín và tránh tranh chấp, một nhóm ngân hàng thiên về việc cung cấp các chứng thư bảo lãnh vô điều kiện. Nghĩa là khi đến hạn chỉ cần có văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ thanh toán từ bên có quyền thì ngân hàng sẽ thực hiện thanh toán ngay, không cần quan tâm đến lý do đòi tiền bảo lãnh và bên được bảo lãnh sẽ phải nhận nợ bắt buộc. Nội dung điều khoản tương tự cũng sẽ được thỏa thuận trong hợp đồng cấp bảo lãnh ký với bên được bảo lãnh. Với loại bảo lãnh vô điều kiện, nguy cơ tranh chấp sẽ giảm đáng kể. Tuy nhiên, có nhiều yếu tố có thể biến chứng thư bảo lãnh vô điều kiện trở thành có điều kiện.

Dù nghiệp vụ bảo lãnh được phía doanh nghiệp tin cậy và ngân hàng an tâm khi cung cấp, nhưng thực tế đã không tránh khỏi việc xảy ra nhiều tranh chấp giữa các bên tham gia nghiệp vụ này. Ngày càng nhiều vụ việc ngân hàng từ chối thanh toán bảo lãnh với các lý do như: bảo lãnh phát hành sai quy trình, có dấu hiệu vi phạm pháp luật hình sự, bên nhận bảo lãnh không chứng minh được vi phạm ... Điều này khiến doanh nghiệp dần mất niềm tin với BLNHXL, làm ảnh hưởng đến nghiệp vụ cấp bảo lãnh của toàn bộ hệ thống ngân hàng.

Mặc dù có bảo lãnh của ngân hàng, bên thụ hưởng (bên thứ ba) vẫn có nguy cơ không đòi được tiền trong giao dịch mua bán. Ngân hàng có thể viện đủ các lý do như sai sót bộ chứng từ, ký sai thẩm quyền, vượt hạn mức ... để từ chối thanh toán.

Với những quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh của ngân hàng trong hoạt động đấu thầu, có thể thấy rằng các quy định này mới chỉ tập trung quy định các quyền, nghĩa vụ của ngân hàng và khách hàng trong quan hệ hợp đồng dịch vụ bảo lãnh giữa ngân hàng bảo lãnh và bên được bảo lãnh. Sự thiếu vắng các quy định cụ thể về trách nhiệm của ngân hàng bảo lãnh trong việc đưa ra cam kết bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh cũng như trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh là một hạn chế đáng lưu ý.

Hạn chế này dẫn đến khó khăn cho bên nhận bảo lãnh trong việc yêu cầu ngân hàng bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Theo các chuyên gia có kinh nghiệm hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, đấu thầu, còn có nhiều cạm bẫy trong một chứng thư bảo lãnh có thể dẫn đến tranh chấp. Đầu tiên là điều kiện của bảo lãnh, có nhiều ngân hàng phát hành BLNHXL trong đó yêu cầu bên thụ hưởng phải chứng minh được vi phạm của bên được bảo lãnh, khi đó ngân hàng mới thanh toán. Tuy nhiên, điều khoản như trên thường dẫn tới bế tắc cho cả ba bên bởi ngay cả khi bên thụ hưởng bảo lãnh cung cấp hồ sơ đầy đủ và yêu cầu thanh toán bảo lãnh thì bên được bảo lãnh cũng cho rằng họ chưa vi phạm nghĩa vụ thanh toán. Khi đó ngân hàng cũng khó xử bởi nếu thanh toán thì không thể bắt bên được bảo lãnh nhận nợ bắt buộc nhưng nếu không thanh toán thì rơi vào tranh chấp với bên thụ hưởng.

### **3.3. ĐÁNH GIÁ CHUNG**

#### **3.3.1. Những ưu điểm**

Hệ thống pháp luật về BLNHXL đã đạt được một số ưu điểm sau đây:

*Một là*, mặc dù còn nhiều vướng mắc, chưa tập trung, hoàn thiện ... nhưng hiện nay đã hình thành một hệ thống pháp luật tương đối đầy đủ để điều chỉnh các vấn đề phát sinh trong thực tiễn thực hiện hoạt động BLNHXL.

*Hai là*, xét về mặt nội dung thì các quy định pháp luật về hoạt động BLNHXL đã ghi nhận và tạo điều kiện để triển khai thực hiện trên thực tế những nguyên tắc cơ bản của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN.

*Ba là*, pháp luật đã quy định các nội dung cơ bản về trình tự, thủ tục BLNHXL bao gồm: các quy định về trình tự thủ tục thực hiện hoạt động BLNHXL, các quy định về chủ thể thực hiện hoạt động BLNHXL, các quy định về hợp đồng cấp bảo lãnh, các quy định về hợp đồng BLNHXL và các quy định về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL để ngân hàng thương mại có cơ sở xây dựng quy trình nội bộ về thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh của tổ chức mình. Căn cứ vào khung pháp luật này, các ngân hàng

thương mại ở Việt Nam cũng đã xây dựng các quy chế, quy trình nội bộ để cụ thể hóa các quy định này. Nhìn chung, quy trình nội bộ các ngân hàng thương mại đã thể chế hóa các quy định pháp luật phù hợp với quy mô và cơ cấu tổ chức mình.

**Bốn là**, pháp luật về trình tự, thủ tục BLNHXL cơ bản phù hợp với nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh, theo đó các ngân hàng thương mại được quyền quy định trình tự, thủ tục phù hợp với cơ cấu tổ chức của mình, được quyền cấp bảo lãnh hoặc từ chối cấp bảo lãnh đối với từng khách hàng cụ thể trên cơ sở thẩm định khách hàng, hồ sơ đề nghị bảo lãnh của khách hàng.

### **3.3.2. Những hạn chế, bất cập**

Bên cạnh những ưu điểm, hệ thống pháp luật về BLNHXL cũng bộc lộ những hạn chế, bất cập sau đây:

**Thứ nhất**, pháp luật chưa có quy định về các nội dung cần thiết mà ngân hàng thương mại phải thẩm định đối với khách hàng. Trên thực tế, tự các ngân hàng phải chủ động quy định các nội dung này, như trường hợp “Quy trình bảo lãnh của VCB”, trên cơ sở hồ sơ do khách hàng cung cấp, VCB quy định thực hiện thẩm định các vấn đề: (i) Sự phù hợp của yêu cầu phát hành bảo lãnh đối với quy định pháp luật và quy định nội bộ của TCTD; (ii) Năng lực pháp lý của khách hàng; (iii) Năng lực thực hiện cam kết của khách hàng đối với bên nhận bảo lãnh; (iv) Nội dung cam kết bảo lãnh dự kiến phát hành; (v) Biện pháp bảo đảm tín dụng. Trên cơ sở đó, VCB chỉ cấp bảo lãnh cho khách hàng khi đáp ứng đủ các điều kiện: (i) Có đầy đủ năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự; (ii) Nghĩa vụ bảo lãnh và giao dịch phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh là hợp pháp; (iii) Bên được bảo lãnh có khả năng thực hiện đúng và đủ nghĩa vụ cam kết với các bên liên quan trong phạm vi bảo lãnh; (iv) Tuân thủ quy định về bảo đảm tín dụng của NHNN và VCB trong từng thời kỳ... Bởi vậy, pháp luật cần quy định cụ thể hơn về những nội

dung này để định hướng cho các ngân hàng thương mại về các vấn đề cần thẩm định đối với khách hàng để đảm bảo hiệu quả và phù hợp với pháp luật.

*Thứ hai, pháp luật chưa có quy định hướng dẫn việc tác nghiệp trên hệ thống thông tin của các ngân hàng thương mại, đặc biệt, pháp luật còn thiếu cơ chế buộc ngân hàng thương mại phải tạo điều kiện để khách hàng kiểm tra các cam kết bảo lãnh do ngân hàng thương mại phát hành.* Đây vừa là lợi ích của khách hàng nhưng đồng thời cũng nhằm hạn chế rủi ro cho ngân hàng thương mại đối với các trường hợp phát hành cam kết bảo lãnh sai thẩm quyền.

*Thứ ba, để hạn chế các trường hợp lạm dụng con dấu, ký không đúng thẩm quyền, pháp luật đã quy định việc ký hợp đồng cấp bảo lãnh, cam kết bảo lãnh của bên bảo lãnh phải được ký trực tiếp hoặc bên được ủy quyền của ba bên sau: (i) Bên đại diện theo pháp luật, (ii) Bên quản lý rủi ro hoạt động bảo lãnh, (iii) Bên thẩm định khoản bảo lãnh.* Tuy nhiên, việc quy định ba bên cũng ký trên cam kết bảo lãnh không giúp cho việc hạn chế rủi ro được tốt hơn, mặt khác còn trái quy định chung của pháp luật và thông lệ quốc tế về vấn đề đại diện của pháp nhân, theo đó chỉ cần bên đại diện theo pháp luật hoặc bên đại diện theo ủy quyền của pháp nhân ký là đã có giá trị [22]. Theo Nguyễn Hữu Đức (2013), việc quy định ba bên cùng ký tên trên các văn bản nêu trên mang tính khiên cưỡng và cũng không loại trừ được hành vi giả mạo chứng thư bảo lãnh [4]. Tác giả cũng nhất trí với quan điểm nêu trên bởi lẽ nếu chứng thư bảo lãnh bị làm giả thì việc có một chữ ký hay ba chữ ký không thể loại trừ được hành vi làm giả đó. Đồng thời, về mặt pháp lý, hợp đồng cấp bảo lãnh và cam kết bảo lãnh đều là những quan hệ hợp đồng nên chúng phải tuân thủ theo nguyên tắc chung của BLDS về bên đại diện ký hợp đồng, do đó, việc quy định ba cán bộ của ngân hàng thương mại phải ký trên hợp đồng cấp bảo lãnh, cam kết bảo lãnh mới đảm bảo tính pháp lý là trái với quy định của BLDS. Mặt khác, việc có ba chữ ký trên cam kết bảo lãnh cũng không phù hợp với thông lệ chung về hình thức cam kết bảo lãnh, chẳng hạn khi xem xét

mẫu cam kết bảo lãnh của Credit Suisse chúng ta chỉ thấy phân chữ ký của một đại diện ngân hàng [43].

***Thứ tư,** các quy định về vấn đề này còn nằm rải rác tại nhiều văn bản khác nhau, các quy định pháp luật vừa thiếu vừa chưa được sắp xếp khoa học nên gây khó khăn cho việc áp dụng vào pháp luật. Chẳng hạn pháp luật cần quy định rõ ràng đầy đủ và cụ thể với từng trường hợp bảo lãnh đối với các đối tượng khác nhau: bảo lãnh đối với tổ chức, cá nhân là bên cư trú; bảo lãnh đối với tổ chức là bên không cư trú.*

***Thứ năm,** mặc dù hầu hết các quy định pháp luật đã thể hiện sự bình đẳng của chủ thể trong nước và nước ngoài trong việc thực hiện hoạt động BLNHXL bằng việc quy định các chi nhánh ngân hàng nước ngoài cũng có quyền và nghĩa vụ bình đẳng như ngân hàng thương mại trong nước thực hiện hoạt động này, tuy nhiên tại điểm a khoản 1 Điều 11 Thông tư 07/2015/TT-NHNN thì lại chỉ quy định TCTD (không có chi nhánh ngân hàng nước ngoài) bảo lãnh cho bên được bảo lãnh là doanh nghiệp thành lập và hoạt động ở nước ngoài có vốn góp của doanh nghiệp Việt Nam với hình thức đầu tư trực tiếp ra nước ngoài để thực hiện dự án, phương án sản xuất kinh doanh. Như vậy, quy định này còn có sự phân biệt về chủ thể trong nước và nước ngoài trong việc cung cấp nghiệp vụ bảo lãnh cho đối tượng này. Nó chưa phù hợp với các cam kết quốc tế mà Việt Nam ký kết trong quá trình hội nhập quốc tế.*

***Thứ sáu,** khái niệm cam kết bảo lãnh và các hình thức biểu hiện của cam kết bảo lãnh trong quy định pháp luật hiện hành được định nghĩa dựa theo hình thức của nó nên không phản ánh được bản chất hợp đồng của giao dịch BLNH. BLNHXL luôn mang bản chất là quan hệ hợp đồng được giao kết giữa bên bảo lãnh (NHTM) và bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp).*

***Thứ bảy,** pháp luật chưa xác định rõ bản chất của hoạt động BLNHXL là một giao dịch bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.*

***Thứ tám,** pháp luật chưa quy định rõ chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng hoạt động BLNHXL, quyền và nghĩa vụ của chủ thể trong quan hệ hợp*



*đồng này.* Do chưa xác định rõ bản chất giao dịch bảo đảm của giao dịch này nên pháp luật quy định chưa rõ ràng về chủ thể tham gia cũng như quyền và nghĩa vụ các bên tham gia giao dịch.

*Thứ chín, pháp luật hiện hành chưa làm rõ tính độc lập của cam kết hoạt động BLNHXL.* Mặc dù pháp luật hiện hành đã quy định trách nhiệm thanh toán của bên bảo lãnh theo những từ phù hợp tại nội dung quy định về quyền và nghĩa vụ của chủ thể nhưng vẫn chưa rõ ràng về tính độc lập của cam kết hoạt động BLNHXL. Như đã trình bày tại Chương 2 của luận án, việc bên bảo lãnh phát hành cam kết bảo lãnh làm như phát sinh quan hệ hợp đồng bảo lãnh giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Mỗi quan hệ này mặc dù được thiết lập trên cơ sở nội dung của hợp đồng cấp bảo lãnh nhưng nó lại hoàn toàn độc lập với hợp đồng cấp bảo lãnh. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chỉ quy định về hình thức của hợp đồng (thông qua các quy định về cam kết bảo lãnh) nên không thấy được vai trò chủ động của bên nhận bảo lãnh trong quan hệ hợp đồng này. Mặt khác, quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh được trình bày theo cách liệt kê nên không rõ quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh trong từng quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Từ việc nghiên cứu về thực trạng pháp luật về hoạt động BLNHXL có thể rút ra những kết luận sau:

1. Pháp luật đã xây dựng được một khung pháp lý khá đầy đủ dựa trên các nguyên tắc cơ bản như nguyên tắc đảm bảo quyền tự do kinh doanh, nguyên tắc đảm bảo tính độc lập của cam kết bảo lãnh để điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động BLNHXL. Căn cứ vào khung pháp lý này, các NHTM đã xây dựng các quy chế, quy trình nội bộ để cụ thể hóa việc thực hiện hoạt động BLNHXL.

2. Bên cạnh những kết quả đạt được, thực trạng pháp luật về BLNHXL cũng còn rất nhiều bất cập, cụ thể : Hệ thống khái niệm chưa đồng bộ, một số khái niệm chưa phản ánh đúng bản chất pháp lý của hoạt động bảo lãnh; pháp luật chưa quy định rõ chủ thể cũng như quyền và nghĩa vụ của chủ thể từng mối quan hệ phát sinh trong quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh, quy định về hình thức và ngôn ngữ của cam kết bảo lãnh chưa phù hợp với thông lệ quốc tế, các quy định về hạn chế rủi ro và giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực hoạt động BLNHXL còn thiếu và chưa cụ thể; việc áp dụng pháp luật còn chưa đồng bộ, còn nhiều trường hợp cố ý hoặc vô ý áp dụng sai luật.

3. Các tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL rất đa dạng, phát sinh trong quá trình NHTM thực hiện hoạt động BLNHXL. Để giải quyết các tranh chấp này, phương thức giải quyết tranh chấp chủ yếu là phương thức hòa giải. Trường hợp hòa giải không thành thì tranh chấp được giải quyết tại cơ quan có thẩm quyền. Pháp luật hiện hành chưa có cơ chế riêng biệt để giải quyết tranh chấp do đó các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực này thường kéo dài, chưa bảo đảm được quyền lợi của chủ thể tham gia...

## **Chương 4**

# **ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẦU THẦU XÂY LẮP Ở VIỆT NAM**

## **4.1. ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẦU THẦU XÂY LẮP Ở VIỆT NAM**

Thời gian qua, hoạt động BLNHXL đã đạt được nhiều kết quả đáng kể, góp phần tích cực vào sự thành công của ngành xây dựng nói riêng (ngành công nghiệp quan trọng trong bất kỳ xã hội hiện đại nào) và cả nền kinh tế nói chung, khẳng định chỗ đứng, vai trò quan trọng của mình trong nền kinh tế thị trường. Pháp luật về BLNHXL, một phần của pháp luật về đấu thầu, bảo lãnh, tín dụng, ngân hàng nói riêng và hệ thống pháp luật nói chung, đóng góp không nhỏ vào quá trình tạo ra được môi trường pháp lý tốt cho cạnh tranh lành mạnh, công khai minh bạch, theo nguyên tắc cơ bản của nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN.

Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu đạt được, hoạt động này cũng đang gặp phải không ít những khó khăn bất cập do nhiều nguyên nhân khác nhau, trong đó phải kể đến là sự điều chỉnh của pháp luật chưa được rõ ràng, chặt chẽ. Thực tiễn trong giai đoạn qua tại Việt Nam cho thấy, các hành vi vi phạm trong hoạt động BLNHXL có ảnh hưởng rất lớn tới hoạt động đấu thầu nói riêng và lĩnh vực xây dựng cơ bản nói chung. Những vi phạm này để lại những hậu quả nghiêm trọng không chỉ liên quan tới mất mát tài sản mà còn ảnh hưởng đến cả vấn đề chính trị kinh tế xã hội. Chính vì vậy, việc hoàn thiện pháp luật hoạt động BLNHXL tại Việt Nam là một trong những yêu cầu cấp thiết hiện nay và cần phải đi theo các định hướng sau đây :

#### **4.1.1. Hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp phải phù hợp với chủ trương của Đảng và Nhà nước về phát triển kinh tế - xã hội**

Như đã phân tích tại Chương 2 luận án, những chủ trương chính sách của Nhà nước và Đảng cầm quyền có ảnh hưởng lớn đến pháp luật của quốc gia. Ở Việt Nam cũng vậy, những chủ trương chính sách của ĐCS Việt Nam và Nhà nước CHXHCN Việt Nam có ảnh hưởng quan trọng đến việc ban hành pháp luật về hoạt động BLNH nói chung và pháp luật về hoạt động BLNHXL nói riêng.

Trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, ĐCS Việt Nam chủ trương tiếp tục phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế, hình thức tổ chức kinh doanh và hình thức phân phối. Các thành phần kinh tế hoạt động theo pháp luật Việt Nam đều là bộ phận quan trọng của nền kinh tế, bình đẳng trước pháp luật, cùng phát triển lâu dài, hợp tác và cạnh tranh lành mạnh. Trong Chiến lược phát triển kinh tế xã hội giai đoạn 2011 – 2020, ĐCS Việt Nam chủ trương tiếp tục đổi mới việc xây dựng và thực thi luật pháp bảo đảm cạnh tranh bình đẳng, minh bạch giữa các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Bảo đảm quyền tự do kinh doanh và bình đẳng giữa các thành phần kinh tế. Tạo lập đồng bộ và vận hành thông suốt các loại thị trường. Phát triển thị trường hàng hóa, dịch vụ theo hướng tự do hóa thương mại và đầu tư. Phát triển thị trường tài chính với cơ cấu hoàn chỉnh, quy mô tăng nhanh, phạm vi hoạt động mở rộng, vận hành an toàn, được quản lý và giám sát hiệu quả. Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật từ nay đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 cũng đặt ra mục tiêu: *“Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch, trọng tâm là hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân; đổi mới căn bản cơ chế xây dựng và thực*

*hiện pháp luật; phát huy vai trò và hiệu lực của pháp luật để góp phần quản lý xã hội, giữ vững ổn định chính trị, phát triển kinh tế, hội nhập quốc tế, xây dựng Nhà nước trong sạch, vững mạnh, thực hiện quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân, góp phần đưa nước ta trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại vào năm 2020*". Hướng tới hình thành, đồng bộ khuôn khổ pháp lý, áp dụng các thiết chế và chuẩn mực quốc tế về an toàn trong kinh doanh tiền tệ - tín dụng, tạo môi trường lành mạnh, bình đẳng cho hoạt động ngân hàng, khuyến khích cạnh tranh trong hoạt động tín dụng trên nguyên tắc an toàn hệ thống. Ưu tiên xây dựng các văn bản pháp luật và các thiết chế bảo vệ nền kinh tế độc lập tự chủ trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế; khẩn trương rà soát, hoàn thiện pháp luật theo yêu cầu hội nhập. Hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế (trọng tài, hoà giải) phù hợp với tập quán thương mại quốc tế. Tham gia các điều ước quốc tế đa phương về tương trợ tư pháp, nhất là các điều ước liên quan tới việc công nhận và cho thi hành các bản án, quyết định của toà án, quyết định trọng tài thương mại.

Tại Đề án phát triển Ngành Ngân hàng Việt Nam đến năm 2010 và định hướng đến năm 2020 ban hành theo Quyết định số 112/2006/QĐ-TTg ngày 24/05/2006 của Thủ tướng Chính phủ đã định hướng phát triển hệ thống ngân hàng: *"Cải cách căn bản, triệt để và phát triển hệ thống các TCTD theo hướng hiện đại, hoạt động đa năng để đạt trình độ phát triển trung bình tiên tiến trong khu vực ASEAN với cấu trúc đa dạng về sở hữu, về loại hình tổ chức tín dụng, có quy mô hoạt động lớn hơn, tài chính lành mạnh, đồng thời tạo nền tảng đến sau năm 2010 xây dựng được hệ thống các TCTD hiện đại, đạt trình độ tiên tiến trong khu vực Châu Á, đáp ứng đầy đủ các chuẩn mực quốc tế về hoạt động ngân hàng, có khả năng cạnh tranh với các ngân hàng trong khu vực và trên thế giới. Đảm bảo các TCTD, kể cả các TCTD nhà nước hoạt động kinh doanh theo nguyên tắc thị trường và vì mục tiêu chủ yếu là lợi nhuận. Phát triển hệ thống TCTD hoạt động an toàn và hiệu quả vững chắc dựa trên cơ sở công nghệ và trình độ quản lý tiên tiến, áp dụng thông lệ,*

*chuẩn mực quốc tế về hoạt động ngân hàng thương mại. Phát triển các TCTD phi ngân hàng để góp phần phát triển hệ thống tài chính đa dạng và cân bằng hơn. Phát triển và đa dạng hóa các sản phẩm, dịch vụ ngân hàng, đặc biệt là huy động vốn, cấp tín dụng thanh toán với chất lượng cao và mạng lưới phân phối phát triển hợp lý nhằm cung ứng đầy đủ, kịp thời, thuận tiện các dịch vụ, tiện ích ngân hàng cho nền kinh tế trong thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hóa hiện đại hóa. Hình thành thị trường dịch vụ ngân hàng đặc biệt là thị trường tín dụng cạnh tranh lành mạnh, bình đẳng giữa các loại hình tổ chức tín dụng, tạo cơ hội cho mọi tổ chức, cá nhân có nhu cầu hợp pháp, đủ khả năng và điều kiện và tiếp cận một cách thuận lợi các dịch vụ ngân hàng. Ngăn chặn và hạn chế mọi tiêu cực trong hoạt động tín dụng”...*

Nhìn về mặt tổng thể, mặc dù các quy định về đấu thầu, về bảo lãnh đấu thầu khá đầy đủ. Nhưng khi đi sâu vào từng quy định, từng khía cạnh cụ thể thì khá chung chung, rất khó có thể quy trách nhiệm khi phát hiện ra sai phạm. Xuất phát từ nhu cầu thực tiễn phát triển kinh tế và học tập kinh nghiệm quốc tế, Nhà nước ta đã ban hành khung pháp lý tương đối đồng bộ, có tính kế thừa và tính liên tục, nhằm hướng tới mục đích quản lý việc sử dụng nguồn vốn nhà nước trong hoạt động kinh tế nhằm đạt mục tiêu hiệu quả, minh bạch và nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước, trong đó có hoạt động đấu thầu và BLNH.

Chủ trương của Đảng và Nhà nước trong những lĩnh vực quan trọng này là hướng tới tạo ra một môi trường cạnh tranh và công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế cho tất cả các NHTM, nhà thầu và chủ đầu tư, các hoạt động đều phải phù hợp với thông lệ quốc tế, tạo cơ sở để chủ đầu tư lựa chọn được nhà thầu có đủ năng lực, kinh nghiệm cung cấp hàng hóa, dịch vụ, công trình, giúp tiết kiệm nguồn vốn có hạn của Nhà nước. Mục tiêu Chính phủ hướng tới là khắc phục, tiến tới xóa bỏ các lỗ hổng, các tồn tại, yếu kém trong hoạt động BLNHXL, gây ảnh hưởng xấu tới hoạt động đấu thầu xây lắp. Các văn bản pháp luật về hoạt động BLNHXL, về BLNH, về đấu thầu xây lắp cần được

xây dựng dựa trên nguyên tắc phù hợp với các quy luật phát triển kinh tế xã hội, với quá trình phát triển theo cơ chế kinh tế mới, quá trình hội nhập.

#### **4.1.2. Hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp cần xuất phát từ nguyên lý của trái quyền**

Như đã phân tích tại Chương 2 luận án, trái quyền có đối tượng “*làm một việc*” là một quan hệ nghĩa vụ trong đó thụ trái cam kết thực hiện một công việc vì lợi ích của trái chủ. Trái quyền có đối tượng “*không làm một việc*” là loại quan hệ nghĩa vụ trong đó thụ trái cam kết giữ thái độ thụ động về một phương diện nào đó, vì lợi ích của trái chủ. Trái quyền có đối tượng “*chuyển giao một vật quyền*” là một quan hệ nghĩa vụ trong đó thụ trái cam kết trao cho trái chủ một vật quyền vốn thuộc về mình (đặc biệt là quyền sở hữu đối với một tài sản). Về chế độ pháp lý, trái quyền không phải là quan hệ pháp lý giữa chủ thể và vật, mà là quan hệ pháp lý giữa các chủ thể. Các quy tắc chi phối quan hệ ấy đặc trưng bằng việc chỉ định hành vi ứng xử trong giao tiếp giữa hai bên. Để quan hệ trái quyền vận hành suôn sẻ, sự hợp tác tích cực của trái chủ và thụ trái là điều kiện cần thiết. Khuôn mẫu điển tiến quan hệ trái quyền có thể được mô tả như sau: Người có trái quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ; thụ trái thực hiện và người có trái quyền tiếp nhận việc thực hiện.

Theo pháp luật một số quốc gia có nền tảng lâu đời về dân luật, lý thuyết về vật quyền và trái quyền được quy định khá mạch lạc và nó chính là nền tảng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng cũng như việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Có thể nói, trong tư duy và phương thức lập pháp nói chung, bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là mối quan hệ pháp lý được thiết lập giữa một bên là người cam kết bảo đảm và bên kia là người thụ hưởng biện pháp bảo đảm. Đó là một quan hệ nghĩa vụ đích thực, có tác dụng tạo ra một trái quyền mà người thụ hưởng biện pháp bảo đảm được phép thực hiện chống lại người cam kết bảo đảm. Trái quyền bảo đảm là bảo đảm theo đó một trái quyền được tăng cường bởi một trái quyền khác. Tiêu biểu là biện pháp bảo

lãnh. BLNHXL là hợp đồng theo đó ngân hàng thương mại nhận bảo lãnh cho nghĩa vụ của một nhà thầu và cam kết thực hiện nghĩa vụ đó nếu nhà thầu này không thực hiện hoặc thực hiện không đủ, không đúng nghĩa vụ của mình. Trên thực tế, ngoài hợp đồng bảo lãnh, giữa ngân hàng thương mại và bên mời thầu (bên nhận bảo lãnh) còn có một hợp đồng (dưới hình thức thư bảo lãnh) trong đó, ngân hàng thương mại cam kết bảo lãnh cho nhà thầu đó.

Trong BLNHXL, như đã phân tích ở phần trước, nghĩa vụ bảo lãnh độc lập với nghĩa vụ được bảo lãnh. Do đó bên bảo lãnh (NHTM) không có quyền viện dẫn các căn cứ mà bên được bảo lãnh (nhà thầu) có thể viện dẫn để không thực hiện nghĩa vụ của mình. Khi được yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, bên bảo lãnh (NHTM) phải thanh toán ngay lập tức, kể cả khi chưa đến hạn thực hiện nghĩa vụ chính của bên được bảo lãnh.

#### **4.1.3. Phù hợp với thông lệ quốc tế về hoạt động bảo lãnh ngân hàng nói chung và hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp nói riêng**

Đứng trước nhu cầu cấp bách củ thực tiễn, việc ban hành các văn bản pháp luật về hoạt động BLNHXL là không thể chậm trễ. Tuy nhiên, các văn bản này bắt buộc phải tuân thủ một số nguyên tắc chung, cụ thể là :

- Phù hợp với các quy luật phát triển kinh tế xã hội, với quá trình phát triển theo cơ chế kinh tế mới, quá trình hội nhập;
- Sự điều chỉnh không được mâu thuẫn với tính chất và nội dung của hoạt động BLNHXL;
- Không phụ thuộc vào ý chí chủ quan, cơ sở thực tế của người ban hành; tránh cản trở, kìm hãm sự phát triển của hoạt động đấu thầu xây lắp, gây ảnh hưởng xấu tới hoạt động đấu thầu xây lắp nói riêng và nền kinh tế nói chung, gây rối loạn các quá trình kinh tế, làm cho hoạt động và sự phát triển của hoạt động đấu thầu sai khỏi định hướng chung.

Vì vậy, để đảm bảo phù hợp với thông lệ quốc tế về hoạt động bảo lãnh ngân hàng nói chung và hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với



trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp nói riêng, các quy định về BLNHXL phải tuân thủ các quy định chung sau đây :

**Thứ nhất, về tính toàn diện,** pháp luật về hoạt động BLNHXL phải đáp ứng được đầy đủ nhu cầu điều chỉnh pháp luật trên các lĩnh vực liên quan nảy sinh trong đời sống xã hội để các quan hệ xã hội mang tính điển hình phổ biến cần sự điều chỉnh của pháp luật thì đều có pháp luật điều chỉnh. Theo đó, pháp luật về hoạt động BLNHXL cần điều chỉnh hai quan hệ xã hội chủ yếu, đó là quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh và quan hệ hợp đồng bảo lãnh; bao gồm các vấn đề về chủ thể, trình tự thủ tục, hình thức và nội dung hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của chủ thể ... mặc dù xuất phát từ pháp luật điều chỉnh hoạt động tín dụng ngân hàng, tín dụng nhưng phải tuân thủ các quy định riêng chặt chẽ của pháp luật về đấu thầu.

**Thứ hai, về tính đồng bộ,** với vai trò là một bộ phận riêng của pháp luật điều chỉnh hoạt động tín dụng ngân hàng liên quan tới đấu thầu xây lắp, pháp luật về hoạt động BLNHXL phải phù hợp với pháp luật ngân hàng, pháp luật về tín dụng ngân hàng và tuân thủ các yêu cầu của pháp luật về đấu thầu. Đồng thời, pháp luật về hoạt động BLNHXL phải đồng bộ với pháp luật về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự.

**Thứ ba, về tính thống nhất,** pháp luật về hoạt động BLNHXL phải đảm bảo sự thống nhất với Hiến pháp, BLDS, Luật Các TCTD, Luật Đấu thầu và các văn bản pháp luật khác có liên quan. Đồng thời, pháp luật về hoạt động BLNHXL phải đảm bảo sự thống nhất giữa các quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động BLNH (không có sự trùng lặp, chồng chéo, mâu thuẫn giữa các quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động BLNH) và các quy định pháp luật về đấu thầu liên quan.

**Thứ tư, về tính phù hợp,** việc hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL phải đảm bảo phù hợp với thực tiễn xã hội, phù hợp với phong tục, tập quán và phản ánh đúng trình độ phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Đồng thời, việc hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL phải đảm bảo

phù hợp với thông lệ quốc tế nhằm tạo khuôn khổ pháp lý hữu ích để thúc đẩy sự phát triển của đầu tư công, xây dựng cơ bản và hoạt động BLNH, đảm bảo phát triển an toàn, hiệu quả và cạnh tranh được với các doanh nghiệp nước ngoài. Pháp luật về hoạt động BLNHXL mặc dù đã nhiều lần được sửa đổi nhưng đến nay vẫn còn một số quy định chưa phù hợp với thông lệ quốc tế, do đó, việc tiếp tục hoàn thiện các văn bản pháp luật về hoạt động này cho phù hợp với thông lệ quốc tế và điều kiện cụ thể ở nước ta là rất cần thiết. Trong các chuẩn mực quốc tế hiện nay về hoạt động BLNHXL, nghiên cứu sinh lựa chọn URDG 758 là căn cứ chủ yếu để hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNH bởi vì thực tiễn áp dụng URDG 758 từ năm 2010 đến nay cho thấy đây là quy tắc được cộng đồng quốc tế đánh giá cao về sự rõ ràng, chính xác, toàn diện và bảo đảm cân bằng hợp lý về lợi ích của các bên và hiện nay nó được thừa nhận áp dụng rộng rãi trong các giao dịch bảo lãnh có yếu tố nước ngoài.

*Thứ năm, về tính khả thi*, pháp luật về hoạt động BLNHXL phải có khả năng thực hiện trong điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội hiện tại. Đồng thời, phải phù hợp với năng lực, trình độ và khả năng thực hiện pháp luật của các chủ thể tham gia hoạt động này (NHTM và các tổ chức, cá nhân có liên quan đến quá trình đấu thầu xây lắp). Trong tình hình nhận thức của đội ngũ cán bộ, công chức còn nhiều yếu kém, chậm đổi mới, việc đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ, kiến thức chuyên môn tối thiểu còn chưa đầy đủ, vấn đề này được nêu ra với độ bức thiết rất cao, là một trong những nguyên nhân chủ quan gây khó khăn lớn cho tất cả các bên tham gia quá trình đấu thầu xây lắp.

#### **4.1.4. Khắc phục được những bất cập trong thực trạng pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam**

Xuất phát từ nguyên tắc “*pháp luật không thể cao hơn hay thấp hơn trình độ phát triển kinh tế - xã hội của đất nước*”, mục tiêu của Luận án là hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL, khắc phục những bất cập trong pháp luật hiện hành về hoạt động này ở Việt Nam. Đây là một yêu cầu tất yếu.

Một số định hướng nhằm khắc phục những bất cập trong nội dung pháp luật này bao gồm:

**Một là**, hoàn thiện hệ thống khái niệm trong pháp luật về hoạt động BLNHXL như khái niệm về : hợp đồng cấp bảo lãnh ngân hàng, hợp đồng bảo lãnh ngân hàng ...

**Hai là**, hoàn thiện các quy định về trình tự, thủ tục để các bên chủ thể tham gia có cơ sở thực hiện và cũng là căn cứ để giải quyết tranh chấp trong hoạt động BLNHXL.

**Ba là**, hoàn thiện các quy định về hợp đồng cấp bảo lãnh ngân hàng và hợp đồng bảo lãnh ngân hàng như quy định rõ ràng về chủ thể, quyền và nghĩa vụ chủ thể của từng loại hợp đồng; quy định chi tiết các vấn đề về nội dung, hình thức, hiệu lực của từng loại hợp đồng trong quá trình đấu thầu xây lắp, đảm bảo phù hợp với thông lệ quốc tế.

**Bốn là**, Xuất phát từ pháp luật điều chỉnh hoạt động tín dụng ngân hàng, luận án hướng tới việc xây dựng khung pháp luật đặc thù phù hợp với các quy định của pháp luật về đấu thầu để làm cơ sở giải quyết tranh chấp trong hoạt động BLNHXL, nâng cao hiệu quả trong việc áp dụng pháp luật về hoạt động BLNHXL .

## **4.2. GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HOẠT ĐỘNG BẢO LÃNH CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI ĐỐI VỚI TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ THẦU TRONG ĐẤU THẦU XÂY LẮP Ở VIỆT NAM**

### **4.2.1. Về chủ thể thực hiện hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp ở Việt Nam**

**Một là**, quy định cụ thể các điều kiện cấp phép thực hiện hoạt động BLNH (trong đó bao gồm hoạt động BLNHXL). Hoạt động này mang tính đặc thù đòi hỏi chủ thể thực hiện hoạt động này phải có uy tín và khả năng tài chính. Vì thế, chủ thể thực hiện hoạt động này phải là các chủ thể chuyên

nghiệp thực hiện hoạt động BLNHXL với tư cách là hoạt động kinh doanh nhằm mục đích kiếm lời. Pháp luật hiện hành ở Việt Nam quy định chủ thể thực hiện hoạt động BLNH (trong đó bao gồm hoạt động BLNHXL) phải là các TCTD. Nghiên cứu sinh cho rằng quy định như vậy là phù hợp vì trong điều kiện thực tế hoạt động BLNH ở Việt Nam và đặc thù riêng của mảng đấu thầu xây lắp. Vì chỉ có các TCTD mới có đủ uy tín và năng lực tài chính cần thiết để bảo đảm thực hiện các cam kết bảo lãnh trong đấu thầu xây lắp (thường có giá trị lớn, thực hiện trong thời gian tương đối ngắn). Tuy nhiên, xuất phát từ nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh trong hoạt động này, hạn chế cơ chế "xin - cho" trong việc cấp phép thực hiện hoạt động BLNH (trong đó bao gồm hoạt động BLNHXL), pháp luật cần quy định cụ thể các điều kiện được cấp phép trong từng trường hợp cụ thể: chỉ thực hiện trong phạm vi lãnh thổ quốc gia hay được thực hiện cả ngoài lãnh thổ quốc gia, được thực hiện đối với đối tượng là bên cư trú, hay cả bên cư trú và bên không cư trú.

*Hai là, hệ thống hoá các quy định mà NHTM phải tuân thủ trong quá trình thực hiện hoạt động BLNH.* Do các quy định về phạm vi, đối tượng bảo lãnh, giới hạn cấp bảo lãnh mà NHTM phải tuân thủ khi thực hiện cấp bảo lãnh cho khách hàng còn thiếu và nằm rải rác tại nhiều văn bản khác nhau nên gây khó khăn cho việc áp dụng pháp luật. Ngoài ra các quy định này còn phải thống nhất với các quy định của pháp luật về đấu thầu. Các quy định này cũng nằm rải rác tại vài văn bản thuộc các ngành luật khác nhau. Do đó, pháp luật cần hệ thống hoá các quy định này trong một văn bản duy nhất để tạo thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật trong thực hiện hoạt động BLNHXL.

#### **4.2.2. Về trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Để bảo đảm hiệu quả trong quá trình thực hiện hoạt động BLNHXL và bảo vệ quyền, lợi ích của các chủ thể tham gia các quan hệ phát sinh trong

hoạt động này, các quy định pháp luật về trình tự, thủ tục rõ ràng, minh bạch thể hiện đầy đủ các bước trong quy trình thực hiện hoạt động BLNH để các ngân hàng thương mại có cơ sở xây dựng văn bản nội bộ phù hợp với cơ cấu tổ chức của mình. Bên cạnh vai trò định hướng, pháp luật cũng cần có một số quy định bắt buộc về trình tự, thủ tục mà các chủ thể phải tuân thủ trong quá trình tham gia hoạt động BLNHXL để bảo đảm quyền lợi của chủ thể khác. Trên cơ sở đánh giá những bất cập trong thực tiễn thực hiện trình tự, thủ tục về hoạt động này, nghiên cứu sinh đưa ra một số kiến nghị sửa đổi như sau:

***Thứ nhất, pháp luật cần bổ sung quy định về những yếu tố mà ngân hàng thương mại phải thẩm định khách hàng.*** Do quy trình nội bộ của một số ngân hàng thương mại không quy định cụ thể về các yếu tố này dẫn đến cam kết bảo lãnh được phát hành không an toàn, không hiệu quả. Một số yếu tố cần được pháp luật ghi nhận bao gồm: (i) Sự phù hợp của yêu cầu phát hành bảo lãnh đối với quy định pháp luật và quy định nội bộ của ngân hàng thương mại; (ii) Năng lực pháp lý của khách hàng; (iii) Năng lực thực hiện cam kết của khách hàng đối với bên nhận bảo lãnh; (iv) Nội dung cam kết bảo lãnh dự kiến phát hành; (v) Biện pháp bảo đảm tín dụng (nếu cần thiết).

***Thứ hai, cần bổ sung các quy định về việc ngân hàng thương mại phải công khai thời hạn thẩm định hồ sơ, bảng phí dịch vụ bảo lãnh để khách hàng có thể tham khảo, đàm phán khi ký kết hợp đồng cấp bảo lãnh.*** Mối quan hệ giữa ngân hàng thương mại và khách hàng là mối quan hệ giữa bên cung cấp dịch vụ và bên sử dụng dịch vụ nên được xây dựng hoàn toàn trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng. Ngân hàng thương mại không có nghĩa vụ phải cấp bảo lãnh cho nhà thầu nếu quá trình thẩm định cho thấy nhà thầu không đảm bảo năng lực hoặc Hồ sơ mời thầu (do nhà thầu mua) không hợp lệ, việc phát hành bảo lãnh không đạt được các điều kiện nêu trên.

***Thứ ba, pháp luật cần bổ sung quy định về việc ngân hàng thương mại phải nhập thông tin phát hành bảo lãnh trên hệ thống thông tin nội bộ của ngân hàng thương mại và cho phép khách hàng, bên có liên quan được truy***

cập, khai thác thông tin, kiểm traức độ hợp lệ về những cam kết bảo lãnh được NHTM phát hành. Theo mô hình này, sau khi ngân hàng thương mại phát hành cam kết bảo lãnh và chuyển nó đến bên nhận bảo lãnh thì khi bên nhận bảo lãnh hoặc bên có liên quan khác có thể dựa vào số hiệu của cam kết bảo lãnh để xác định xem bảo lãnh có được phát hành đúng thẩm quyền hay không. Thực tế hiện nay ở Việt Nam đã có một số ngân hàng (Ngân hàng TMCP Kỹ thương Việt Nam, Ngân hàng TMCP Sài gòn thương tín, Ngân hàng TMCP Đầu tư và phát triển Việt Nam...) triển khai mô hình này và thiết lập một mục tra cứu chứng thư bảo lãnh trên website nội bộ của mình và bước đầu cho thấy hiệu quả, hạn chế được các rủi ro đạo đức do cán bộ lạm quyền, phát hành bảo lãnh trái quy định.

Về việc ký duyệt trên cam kết bảo lãnh, pháp luật cần bổ quy định về việc phải có cả ba chữ ký : bên đại diện theo pháp luật, bên quản lý rủi ro hoạt động bảo lãnh và bên thẩm định khoản bảo lãnh vì quy định này vừa trái với quy định chung của pháp luật về thẩm quyền đại diện của pháp nhân, vừa không phù hợp với thông lệ phát hành cam kết bảo lãnh và cũng không có tác dụng hạn chế rủi ro giả mạo chứng thư bảo lãnh. Vì vậy, pháp luật cần sửa lại theo hướng bên ký duyệt chứng thư bảo lãnh là bên đại diện theo pháp luật hoặc bên đại diện theo ủy quyền của ngân hàng thương mại.

#### **4.2.3. Về hợp đồng cấp bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Qua đánh giá, phân tích thực trạng pháp luật về hợp đồng cấp BLNHXL tại Chương 3 của Luận án, nghiên cứu sinh đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về hợp đồng cấp bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp như sau:

*Một là, quy định rõ ràng chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng này và làm sáng tỏ quyền và nghĩa vụ chủ thể của hợp đồng. Xuất phát từ nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh, pháp luật về BLNHXL cần bảo đảm quyền tự do thỏa thuận và bình đẳng của các bên chủ thể trong quan hệ hợp đồng này.*

Theo đó, pháp luật cần sửa lại theo hướng quy định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh tương ứng với nhau trong quan hệ hợp đồng.

\* *Đối với bên bảo lãnh (NHTM)*: Trong quan hệ hợp đồng cấp bảo lãnh, ngân hàng thương mại có vai trò là bên thực hiện hoạt động bảo lãnh theo đề nghị của khách hàng, nên pháp luật quy định chủ thể này có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Quyền chấp nhận hoặc từ chối chấp nhận đề nghị bảo lãnh của bên được bảo lãnh. Quyền năng này thể hiện nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh của pháp luật về hoạt động BLN HXL, việc có phát hành bảo lãnh cho khách hàng hay không hoàn toàn thuộc quyền quyết định của ngân hàng thương mại trên cơ sở kết quả thẩm định khách hàng, hồ sơ khách hàng (bao gồm cả các yêu cầu tại Hồ sơ mời thầu do nhà thầu mua) cũng như chính năng lực hoạt động kinh doanh của ngân hàng thương mại. Theo đó, ngân hàng thương mại cũng có quyền yêu cầu khách hàng cung cấp các tài liệu, thông tin có liên quan đến việc thẩm định bảo lãnh và tài sản bảo đảm cho bảo lãnh (nếu có).

- Quyền yêu cầu khách hàng phải có các biện pháp bảo đảm cho nghĩa vụ hoàn trả của họ đối với ngân hàng thương mại. Việc pháp luật quy định quyền năng này là nhằm bảo đảm quyền lợi chính đáng của ngân hàng thương mại, bảo đảm an toàn cho hoạt động kinh doanh bảo lãnh của ngân hàng thương mại. Trong trường hợp bên được bảo lãnh vi phạm hợp đồng cấp bảo lãnh, ngân hàng thương mại có quyền xử lý tài sản bảo đảm theo thỏa thuận và theo quy định pháp luật.

- Quyền thu phí bảo lãnh, điều chỉnh phí bảo lãnh; áp dụng, điều chỉnh lãi suất, lãi phạt theo thỏa thuận. Hoạt động bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp là một hoạt động kinh doanh nhằm mục tiêu thu lợi nhuận. Do đó, các ngân hàng thương mại luôn thỏa thuận với khách hàng về phí bảo lãnh (phí dịch vụ) để đổi lại khách hàng được ngân hàng

thương mại bảo lãnh cho nghĩa vụ của mình đối với bên nhận bảo lãnh. Ngoài việc thỏa thuận về mức phí bảo lãnh và điều chỉnh phí bảo lãnh, trong hợp đồng cấp bảo lãnh ngân hàng thương mại còn thỏa thuận với khách hàng về mức lãi suất và điều chỉnh mức lãi suất cho vay bắt buộc trong trường hợp ngân hàng thương mại phải thực hiện cam kết bảo lãnh, khi đó quan hệ giữa ngân hàng thương mại và khách hàng trở thành quan hệ cho vay thực sự. Ngân hàng thương mại cũng có quyền hạch toán ghi nợ bên được bảo lãnh ngay khi thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, yêu cầu bên được bảo lãnh phải hoàn trả ngay trong ngày số tiền mà bên bảo lãnh đã trả thay.

- Nghĩa vụ phát hành cam kết bảo lãnh (thư bảo lãnh) cho bên nhận bảo lãnh theo thỏa thuận tại hợp đồng cấp bảo lãnh. Đây là nghĩa vụ cơ bản của ngân hàng thương mại để thực hiện bảo lãnh đối với khách hàng. Chỉ khi nào ngân hàng thương mại thực hiện nghĩa vụ này thì họ mới có quyền yêu cầu khách hàng thanh toán phí bảo lãnh.

- Nghĩa vụ thực hiện các cam kết khác đối với khách hàng trong hợp đồng cấp bảo lãnh (ví dụ như nghĩa vụ hoàn trả tài sản, hồ sơ về tài sản bảo đảm...).

\* *Đối với bên được bảo lãnh (khách hàng):* Trong quan hệ cấp hợp đồng cấp bảo lãnh, bên được bảo lãnh có tư cách pháp lý là bên được cấp tín dụng. Để bảo đảm an toàn cho hoạt động kinh doanh của ngân hàng thương mại nói chung và hoạt động bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp nói riêng, pháp luật đưa ra một số điều kiện đối với bên được bảo lãnh như sau: (i) Có đầy đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự; (ii) Nghĩa vụ bảo lãnh và giao dịch phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh là hợp pháp; (iii) Có khả năng thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ cam kết với các bên liên quan trong quan hệ bảo lãnh. Với tư cách là khách hàng được ngân hàng thương mại bảo lãnh, bên bảo lãnh có các quyền và nghĩa vụ do pháp luật quy định như sau:



- Quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện phát hành cam kết bảo lãnh và các quyền khác theo hợp đồng cấp bảo lãnh.

- Nghĩa vụ cung cấp đầy đủ, trung thực, chính xác các thông tin, tài liệu liên quan đến việc bảo lãnh theo yêu cầu của ngân hàng thương mại thực hiện bảo lãnh và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính chính xác, đầy đủ, trung thực của các thông tin, tài liệu cung cấp (bao gồm cả các yêu cầu tại Hồ sơ mời thầu do nhà thầu mua). Pháp luật quy định nghĩa vụ này của bên được bảo lãnh nhằm mục đích để quyết định cấp bảo lãnh của ngân hàng thương mại được chính xác, bảo vệ quyền lợi của ngân hàng thương mại thực hiện bảo lãnh.

- Nghĩa vụ hoàn trả ngay trong ngày cho bên bảo lãnh số tiền bảo lãnh mà bên bảo lãnh đã thanh toán cho bên nhận bảo lãnh và các chi phí phát sinh từ việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

- Nghĩa vụ thực hiện đầy đủ, đúng hạn các cam kết, thỏa thuận khác tại hợp đồng cấp bảo lãnh (trả phí bảo lãnh, bảo đảm bằng tài sản cho bảo lãnh, chịu sự kiểm tra của bên bảo lãnh trong việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh...)

*Hai là, đề nghị bỏ quy định “Các văn bản liên quan đến giao dịch bảo lãnh phải được lập bằng tiếng Việt, trong trường hợp cần sử dụng tiếng nước ngoài thì các bên liên quan được thỏa thuận sử dụng thêm tiếng nước ngoài... tuy nhiên văn bản tiếng Việt là căn cứ pháp lý”* tại Điều 7 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN. Quy định này không phù hợp trong trường hợp ngân hàng thương mại thực hiện giao kết hợp đồng dịch vụ BLNHXL với các đối tác nước ngoài, bên nhận bảo lãnh là bên nước ngoài hoặc tham gia BLNHXL trong những dự án sử dụng vốn vay nước ngoài.

*Ba là, đề nghị bổ sung thêm quy định về việc xác định hiệu lực của hợp đồng cấp bảo lãnh* bao gồm thống nhất các quy định cụ thể như sau: (i) thời điểm có hiệu lực, (ii) các trường hợp chấm dứt hiệu lực của hợp đồng cấp bảo lãnh, (iii) các trường hợp hợp đồng cấp bảo lãnh vô hiệu.

#### **4.2.4. Về hợp đồng bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Qua đánh giá thực trạng pháp luật về hợp đồng BLNHXL tại Chương 3 của Luận án, nghiên cứu sinh đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về hợp đồng bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp như sau:

*Một là, quy định rõ ràng về các chủ thể và quyền của các chủ thể của hợp đồng bảo lãnh.* Hiện tại pháp luật mới chỉ quy định về cam kết bảo lãnh và các hình thức biểu hiện của nó (hình thức của bảo lãnh) chứ chưa nêu bản chất của bảo lãnh là một hợp đồng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Chính vì vậy, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể của hợp đồng này chưa được pháp luật quy định một cách cụ thể tương ứng với nhau.

\* *Đối với bên bảo lãnh (NHTM):* Trong quan hệ hợp đồng BLNHXL, NHTM có vai trò là bên phát hành cam kết bảo lãnh, pháp luật cần quy định chủ thể này có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Nghĩa vụ thực hiện trả tiền thay cho bên được bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh, khi bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) xuất trình đầy đủ hồ sơ, tài liệu, chứng từ hợp pháp, hợp lệ phù hợp với các điều kiện thực hiện nghĩa vụ như đã ghi trong cam kết bảo lãnh. Đây là nghĩa vụ cơ bản của bên bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh. Việc quy định nghĩa vụ này cho bên bảo lãnh không chỉ nhằm bảo đảm quyền lợi cho bên nhận bảo lãnh mà còn bảo đảm thực hiện đúng hợp đồng cấp bảo lãnh đã ký với khách hàng (bên được bảo lãnh). Đây cũng là khâu xảy ra nhiều tranh chấp nhất nảy sinh từ nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan của các bên tham gia quá trình đấu thầu.

- Quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi cam kết bảo lãnh hết hiệu lực, hoặc khi hồ sơ yêu cầu thanh toán bảo lãnh không đáp ứng đủ các điều kiện quy định trong cam kết bảo lãnh, hoặc có bằng chứng cụ thể để chứng minh chứng từ xuất trình là giả mạo.

\* *Đối với bên nhận bảo lãnh:* Trong quan hệ hợp đồng BLNHXL, bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) có tư cách pháp lý là bên thụ hưởng cam kết bảo lãnh của NHTM. Với bản chất là hợp đồng đơn vụ, trong mối quan hệ này, bên nhận bảo lãnh là bên có quyền mà không có nghĩa vụ đối với bên bảo lãnh, cụ thể như sau:

- Quyền yêu cầu bên bảo lãnh (NHTM) thực hiện đúng cam kết bảo lãnh.
- Quyền kiểm tra tính hợp pháp, hợp lệ của cam kết bảo lãnh ngay từ khi tiếp nhận Hồ sơ dự thầu của nhà thầu xây lắp.

*Hai là, pháp luật cần quy định cụ thể về hình thức phát hành bảo lãnh bằng chứng từ điện tử do đây là hình thức cam kết phổ biến do các ngân hàng trên thế giới thực hiện.* Mặt khác, tương tự như vấn đề về hình thức của hợp đồng cấp bảo lãnh, đề nghị bỏ quy định về ngôn ngữ tại Điều 7 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN.

*Ba là, đề nghị bổ sung các quy định nhằm điều chỉnh chi tiết, cụ thể quá trình thực hiện cũng như các yêu cầu đặt ra khi bên nhận bảo lãnh (bên mời thầu xây lắp) xuất trình chứng từ để yêu cầu thanh toán bảo lãnh và các công việc mà NHTM phải tuân thủ khi xem xét chấp nhận hoặc từ chối yêu cầu thanh toán bảo lãnh của bên nhận bảo lãnh.*

#### **4.2.5. Về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

Qua việc nghiên cứu thực trạng các quy định về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL, nghiên cứu sinh có một số đề xuất về giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp như sau:

*Một là, xây dựng cơ chế pháp lý riêng biệt để giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL.* Hoạt động BLNH nói riêng và hoạt động ngân hàng nói chung là hoạt động mang tính đặc thù xuất phát từ vai trò chủ

thể và tính chất của hoạt động này, do đó cần một cơ chế pháp lý riêng biệt nhằm giải quyết nhanh chóng các tranh chấp phát sinh. Cơ chế pháp lý cụ thể để giải quyết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL cần hoàn thiện theo hướng rút gọn các trình tự, thủ tục tố tụng so với thủ tục tố tụng thông thường nhằm rút gọn thời gian giải quyết tranh chấp nhưng vẫn đảm bảo quyền lợi ích hợp pháp của các bên liên quan.

*Hai là, nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về hoạt động BLNHXL*, theo đó, các cơ quan giải quyết tranh chấp cũng như các tổ chức, cá nhân liên quan trong quá trình áp dụng pháp luật phải bảo đảm các nguyên tắc sau:

(i) Trách nhiệm thanh toán bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp đầu tiên phải thuộc về bên bảo lãnh, chứ không phải là bên được bảo lãnh.

(ii) Xác định trách nhiệm thanh toán bảo lãnh phải dựa trên cơ sở chứng từ thanh toán, tuân thủ nguyên tắc bảo đảm tính độc lập của bảo lãnh đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp.

#### **4.2.6. Một số giải pháp khác liên quan tới bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp**

##### ***4.2.6.1. Nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước trong việc xây dựng và áp dụng pháp luật về hoạt động BLNHXL***

BLNHXL có ý nghĩa to lớn về phát triển kinh tế, tác động cả về chính trị, xã hội. Các cơ quan quản lý nhà nước (Quốc hội, Chính phủ, NHNN, Bộ KHĐT, Bộ Xây dựng ... ) cần hoàn thiện hệ thống pháp luật, tạo lập một hành lang pháp lý rõ ràng, chặt chẽ và thuận lợi hơn cho hoạt động BLNHXL. Trong thời gian qua, hành lang pháp lý về hoạt động BLNHXL dần được hoàn thiện để đáp ứng yêu cầu của thực tiễn và quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Quá trình xây dựng và phát triển hệ thống pháp luật về BLNHXL đã có những thay đổi nhất định về tư duy lập pháp cũng như cách hiểu bản chất của hoạt động này. Tuy nhiên như đã phân tích trên đây, pháp luật về BLNHXL vẫn còn chưa rõ ràng, tản mát, gây vướng mắc trong quá trình thực hiện và giải

quyết tranh chấp. Vì vậy, đề nghị các cơ quan quản lý nhà nước sớm thực hiện rà soát, hoàn thiện pháp luật về BLNHXL theo các kiến nghị hoàn thiện pháp luật mà luận án đã đưa ra. Các nhà lập pháp, Nhà nước Việt Nam cần xuất phát từ cái nhìn tổng quan về thực trạng thực hiện pháp luật về BLNHXL, qua nghiên cứu, phân tích để đưa ra những chính sách, quy định phù hợp, không bị chông chéo, trùng lặp, tiến tới hoàn thiện khung pháp lý về hoạt động BLNHXL.

Mặt khác, NHNN và Bộ KHĐT cũng cần nâng cao hiệu quả công tác thanh tra, kiểm tra định kỳ, giám sát kế hoạch, trình tự thực hiện, kiểm toán, giải quyết khiếu nại để kịp thời phát hiện, xử lý những vướng mắc, tồn tại, sai phạm của các ngân hàng thương mại, của các chủ thể tham gia đấu thầu trong quá trình thực hiện nghiệp vụ BLNHXL gây ảnh hưởng chung tới toàn bộ quá trình đấu thầu cũng như quyền lợi của các bên tham gia. Hệ thống pháp luật về hợp đồng, về giao dịch bảo đảm cần có quy định rõ để các cơ quan nhà nước tăng cường sự hỗ trợ các ngân hàng thương mại, bên nhà thầu và bên mời thầu trong việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ được pháp luật quy định trong quá trình đấu thầu xây lắp.

#### ***4.2.6.2. Tăng cường chất lượng công tác quản trị rủi ro nội bộ của tổ chức tín dụng thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh ngân hàng***

Qua thực tiễn các vụ tranh chấp về hoạt động BLNHXL phát sinh trong thời gian vừa qua, chúng ta thấy rằng công tác quản trị rủi ro tại các ngân hàng thương mại ở Việt Nam còn nhiều khiếm khuyết, chưa kịp thời phát hiện các sai phạm trong quá trình thực hiện nghiệp vụ BLNH gây ảnh hưởng nghiêm trọng tới quá trình đấu thầu nói chung và đấu thầu xây lắp nói riêng. Chính vì vậy để nâng cao chất lượng áp dụng pháp luật về BLNHXL, các NHTM cần tăng cường quản trị rủi ro nội bộ, đặc biệt là rủi ro đạo đức, rủi ro hoạt động nhằm hạn chế mức thấp nhất những thiệt hại do việc các cán bộ lạm dụng quyền hạn, phát hành chứng thư bảo lãnh vượt thẩm quyền, sai quy định ... . Để làm được điều này, NHTM cần thực hiện các công việc sau :

**Một là**, hoàn thiện quy chế, quy trình nội bộ về BLNHXL, xây dựng các chốt kiểm soát nhằm hạn chế tối đa các rủi ro phát sinh, xác định rõ chức năng nhiệm vụ của các đơn vị tham gia vào quy trình cấp bảo lãnh, đặc biệt phải kiểm soát chặt chẽ việc sử dụng con dấu của NHTM. Về mặt quản trị, quy định nội bộ về hoạt động BLNH (trong đó có hoạt động BLNHXL) có tác dụng để phân định trách nhiệm và quyền hạn của từng bộ phận liên quan trong hoạt động BLNH; xác định rõ mối quan hệ giữa các bộ phận liên quan trong hoạt động BLNH và là cơ sở để thực hiện nghiệp vụ BLNH theo một trình tự, thủ tục phù hợp với bộ máy tổ chức của ngân hàng thương mại. Việc thiết lập và không ngừng hoàn thiện quy chế, quy trình bảo lãnh tại mỗi ngân hàng có ý nghĩa quan trọng đối với hoạt động bảo lãnh của ngân hàng. Quy chế, quy trình BLNH được xây dựng tốt sẽ là cơ sở để các bộ phận liên quan thực hiện đánh giá hồ sơ trên cơ sở yêu cầu của Hồ sơ mời thầu, thẩm định nhanh chóng đáp ứng yêu cầu của nhà thầu xây lắp, đồng thời cũng là công cụ để quản trị rủi ro, kịp thời phát hiện những điểm chưa phù hợp, sai phạm trong quá trình thực hiện.

**Hai là**, xây dựng hệ thống tra cứu thông tin về việc phát hành BLNHXL, tạo thuận lợi cho các khách hàng nói chung và bên nhận bảo lãnh trong đấu thầu xây lắp nói riêng trong việc xác minh, kiểm tra những thông tin cần thiết về việc phát hành cam kết bảo lãnh để đảm bảo quá trình triển khai đấu thầu đúng theo quy định pháp luật, không nảy sinh các yếu tố ảnh hưởng tới quyền lợi hợp pháp của các bên tham gia đấu thầu.

**Ba là**, xây dựng bộ máy kiểm tra, kiểm toán nội bộ hữu hiệu, thường xuyên rà soát, kịp thời phát hiện và xử lý các trường hợp vi phạm. Việc kiểm tra, kiểm toán nội bộ đối với hoạt động BLNH có vai trò quan trọng trong việc hạn chế rủi ro. Do đó, cần phải thực hiện kiểm tra giám sát thường xuyên việc chấp hành pháp luật và quy định nội bộ về hoạt động BLNH, kịp thời phát hiện các sai sót trong xử lý quy trình nghiệp vụ để từ đó kịp thời điều chỉnh, xử lý hành vi vi phạm. Để nâng cao hiệu quả thực hiện nghiệp vụ và quản lý

giám sát, ngân hàng cũng cần trang bị thiết bị công nghệ hiện đại, xây dựng chương trình phần mềm theo dõi quản lý về BLNHXL, đảm bảo xử lý thông tin chính xác. Việc ứng dụng công nghệ thông tin sẽ giúp cho hoạt động ngân hàng nói chung và hoạt động BLNHXL nói riêng được lưu trữ và xử lý nhanh chóng, an toàn và hiệu quả hơn, góp phần hạn chế rủi ro và phục vụ công tác quản lý điều hành. Ngoài ra, NHTM cũng cần nâng cao chất lượng tuyển dụng, đào tạo và bồi dưỡng cán bộ thực hiện nghiệp vụ BLNHXL. Việc tuyển dụng, đào tạo, bồi dưỡng cán bộ có vai trò quan trọng trong bất cứ hoạt động kinh doanh nào. Để nâng cao hiệu quả nghiệp vụ BLNHXL và hạn chế rủi ro phát sinh từ nhân tố chủ quan thì việc nâng cao chất lượng tuyển dụng, đào tạo, bồi dưỡng cán bộ nghiệp vụ làm công tác BLNHXL có ý nghĩa quan trọng. Để làm điều này NHTM cần lựa chọn tuyển dụng cán bộ có trình độ, có năng lực phù hợp với nghiệp vụ bảo lãnh và thường xuyên bồi dưỡng kinh nghiệm và trình độ nghiệp vụ cho cán bộ.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Từ việc nghiên cứu những giải pháp hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL có thể rút ra những kết luận như sau:

1. Hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL là một yêu cầu khách quan nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động đấu thầu và BLNH, trên cơ sở thực hiện chủ trương chính sách của Đảng và Nhà nước, nội luật hóa các cam kết quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia, đáp ứng các yêu cầu đòi hỏi của thực tế xã hội. Những giải pháp cụ thể được đề xuất nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về hoạt động BLNHXL, xây dựng cấu trúc hợp lý cho văn bản pháp luật chuyên ngành và bảo đảm thực hiện pháp luật về hoạt động BLNHXL.

2. Mục tiêu của việc hoàn thiện pháp luật về hoạt động BLNHXL là xây dựng được cơ chế pháp lý hiệu quả thúc đẩy hoạt động BLNHXL phát triển, hỗ trợ hiệu quả cho hoạt động đấu thầu xây lắp, nhưng vẫn đảm bảo an toàn, hạn chế được các rủi ro phát sinh trong quá trình thực hiện hoạt động BLNH. Các đề xuất cụ thể liên quan đến từng bộ phận trong cấu trúc pháp luật hoạt động BLNHXL như hoàn thiện quy trình thực hiện hoạt động này, địa vị pháp lý của bên bảo lãnh, hợp đồng dịch vụ BLNH, hợp đồng BLNH, quản lý nhà nước và giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động BLNHXL. Việc xây dựng cấu trúc văn bản pháp lý chuyên ngành về hoạt động BLNHXL nhằm thiết lập một cấu trúc pháp lý hợp lý hơn trong việc điều chỉnh pháp luật, làm rõ từng bộ phận trong cấu trúc pháp luật, tạo thuận lợi cho quá trình thực hiện pháp luật trong thực tế. Nâng cao tính thống nhất, đồng bộ, đảm bảo hoạt động đấu thầu xây lắp được triển khai theo đúng các quy định của pháp luật nhưng vẫn thông thoáng, hiệu quả. Tăng cường chất lượng công tác quản trị rủi ro nội bộ của TCTD thực hiện nghiệp vụ BLNH. Đây là yêu cầu quan trọng được đặt ra với NHTM trong quá trình thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh.



## KẾT LUẬN

Thông qua việc nghiên cứu đề tài “*Bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp theo pháp luật Việt Nam*” có thể rút ra những kết luận sau đây:

*Một là*, việc xây dựng nội dung lý luận về hoạt động và pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp có ý nghĩa quan trọng trong việc đánh giá thực trạng pháp luật hiện hành ở Việt Nam. Dựa trên bản chất pháp lý của các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp, luận án đã đưa ra các khái niệm chính, làm rõ mối quan hệ biện chứng giữa hợp đồng bảo lãnh đấu thầu và hợp đồng cấp bảo lãnh đấu thầu, chỉ ra các rủi ro thường gặp trong hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp.

*Hai là*, cấu trúc pháp luật hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp được xác định từ các quan hệ pháp luật phát sinh trong quá trình thực hiện hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp, bao gồm các bộ phận chính là : trình tự thủ tục thực hiện bảo lãnh, địa vị pháp lý của bên bảo lãnh, hợp đồng bảo lãnh, hợp đồng cấp bảo lãnh, quản lý nhà nước và giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, việc phân chia cũng chỉ mang tính tương đối do có sự giao thoa của pháp luật, mặt khác lại được đánh giá trên các góc độ khác nhau. Bên cạnh đó, việc xác định rõ các nguyên tắc cơ bản của pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp cũng góp phần đánh giá chính xác hơn thực trạng của pháp luật về lĩnh vực này.

*Ba là*, qua việc đánh giá thực trạng của pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu

xây lắp có thể thấy mặc dù pháp luật về lĩnh vực này đã từng bước được hoàn thiện, nhưng đến nay vẫn còn nhiều bất cập như : chưa xây dựng được hệ thống khái niệm phù hợp với bản chất pháp lý của giao dịch dẫn đến hiểu sai, áp dụng sai pháp luật; quy trình thực hiện hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp còn tạo cơ sở cho việc lạm quyền phát hành cam kết bảo lãnh sai, trái nội dung pháp luật về hợp đồng bảo lãnh; hợp đồng cấp bảo lãnh còn chưa rõ ràng; mức độ vi phạm, tranh chấp ngày càng đa dạng, tinh vi và phức tạp mà pháp luật về lĩnh vực này chưa đủ sức ngăn ngừa, khống chế.

**Bốn là**, trước thực trạng pháp luật nêu trên, việc tiếp tục hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp là một nhu cầu khách quan. Mục tiêu của việc hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp là nhằm xây dựng một khung pháp lý đồng bộ, đáp ứng nhu cầu của thực tiễn, đảm bảo an toàn, hiệu quả, phù hợp với thông lệ quốc tế. Đây là tiền đề để phát triển, thúc đẩy các hoạt động xây dựng cơ bản đạt hiệu quả cao, hạn chế mức thấp nhất các tiêu cực có thể xảy ra. Để đạt được mục tiêu này luận án đã đề xuất những giải pháp về hoàn thiện quy định pháp luật, xây dựng kết cấu văn bản pháp luật điều chỉnh hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp và giải pháp bảo đảm thực hiện pháp luật.

**Năm là**, nền kinh tế Việt Nam đang vận động phát triển theo xu hướng hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng. Việc hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp không chỉ đáp ứng yêu cầu trước mắt, mà còn giúp thực hiện cam kết trong quá trình hội nhập và hạn chế các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực đấu thầu xây lắp, làm lành mạnh và phát triển hoạt động bảo lãnh ngân hàng, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế xã hội tại Việt Nam.

**DANH MỤC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU CỦA TÁC GIẢ  
ĐÃ CÔNG BỐ LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN**

1. Võ Hoàng Quân, *Vai trò của đấu thầu với hiệu quả chi tiêu công*, Tạp chí Tài chính, số tháng 11/2014, tr. 64 – 65.
2. Võ Hoàng Quân, *Những bước đột phá trong Luật Đấu thầu 2013*, Tạp chí Tài chính, số tháng 12/2014, tr. 56 – 57.
3. Võ Hoàng Quân, *Về xử lý hành vi gian lận trong bảo lãnh dự thầu*, Tạp chí Tòa án Nhân dân, số tháng 2/2015, tr. 12 – 36.
4. Võ Hoàng Quân, *Giải quyết tranh chấp phát sinh trong thực hiện bảo lãnh ngân hàng*, Tạp chí Tài chính, số tháng 5/2017, tr. 99 – 101.
5. Võ Hoàng Quân, *Về bảo lãnh của ngân hàng đối với trách nhiệm của nhà thầu*, Tạp chí Tài chính, số tháng 6/2017, tr. 97 – 99.

## DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

### Tiếng Việt

1. Bộ Tư pháp (2002), *Tài liệu nghiên cứu Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ*, Hà Nội.
2. Trương Quốc Cường, Đào Minh Phúc, Nguyễn Đức Thắng (2010), *Rủi ro tín dụng thương mại ngân hàng – Lý luận và thực tiễn*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
3. Lê Văn Dũng (2007), “*Quản trị rủi ro tín dụng của ngân hàng thương mại trong quá trình hội nhập quốc tế*”, Tạp chí ngân hàng (7), tr.26-29.
4. Nguyễn Hữu Đức (2013), “*Bàn về một số bất cập của quy định về bảo lãnh ngân hàng*”, <http://vapcf.org.vn/>
5. Đại học Luật Hà Nội (2012), *Giáo trình Luật Ngân hàng Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
6. Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), *Giáo trình Luật ngân hàng Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội
7. Minh Đức (2012), “*Bảo lãnh trái phiếu trái luật tại Seabank?*”, <http://vneconomy.vn/>
8. Bùi Đức Giang (2012), “*Chế định bảo lãnh của Việt Nam – nhìn từ góc độ luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (16), tr.29-39.
9. Bùi Xuân Hải (2011), “*Tự do kinh doanh: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật (5), tr.15-19.
10. Học viện ngân hàng (2001), *Giáo trình tín dụng ngân hàng*, NXB Thống kê, Hà Nội
11. Liên hợp quốc (1996), *Công ước về bảo lãnh độc lập và thư tín dụng dự phòng (UNCITRAL)*
12. Nguyễn Thành Nam (2013), “*Xác định lại bản chất quan hệ bảo lãnh ngân hàng trong các quy định của pháp luật*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (19), tr.51– 55.

13. Nguyễn Thành Nam (2013), “*Phương hướng hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (22), tr.44 – 50.
14. Nguyễn Thành Nam (2014), “*Pháp luật Việt Nam về đấu thầu xây dựng – Thực trạng và hướng hoàn thiện*”, Luận văn thạc sĩ Luật học, ĐH Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
15. Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (2012), *Thông tư 7/2015/TT-NHNN về bảo lãnh ngân hàng*, ngày 3/10/2012
16. Ngân hàng TMCP Ngoại thương Việt Nam (2013) , *Quyết định số 288/QĐ-VCB.CSTD ban hành quy trình bảo lãnh của Ngân hàng TMCP Ngoại thương Việt Nam*, ngày 3/5/2013
17. Lê Nguyên (1996), *Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng*, Nxb Thống kê, Tp.HCM
18. Nhóm nghiên cứu quản trị rủi ro hoạt động Ngân hàng TMCP Ngoại thương Việt Nam (2013), “*Xây dựng khung quản lý rủi ro hoạt động hướng tới giám sát ngân hàng trên cơ sở rủi ro*”, Tạp chí ngân hàng (18), tr.21-25
19. Vũ Thị Khánh Phượng (2011), *Pháp luật về bảo lãnh ngân hàng và thực tiễn tại Ngân hàng TNCP Techcombank ở Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ Luật học, ĐH Quốc gia Hà Nội, Hà Nội
20. Phan Hồng Quang (2007), “*Nhân tố chủ yếu kiến tạo năng lực cạnh tranh của ngân hàng thương mại khi hội nhập kinh tế quốc tế*”, Tạp chí ngân hàng (7), tr.30 -32
21. Quốc Hội (2004), Bộ luật Tố tụng dân sự
22. Quốc Hội (2005), Bộ luật Dân sự
23. Quốc Hội (2005), Luật Thương mại
24. Quốc Hội (2010), Luật Các tổ chức tín dụng
25. Quốc Hội (2010), Luật Ngân hàng nhà nước Việt Nam
26. Quốc Hội (2010), Luật Trọng tài thương mại

27. Quốc Hội (2013), Luật Đấu thầu
28. Nguyễn Phước Thanh (2009), “*Vietcombank trong tiến trình hội nhập quốc tế*”, Tạp chí Thị trường tài chính tiền tệ (16), tr.18-24
29. Nguyễn Thị Thơm (2007) *Giải pháp hoàn thiện và phát triển nghiệp vụ bảo lãnh tại Ngân hàng ngoại thương chi nhánh Thành phố Hồ Chí Minh*, Luận văn thạc sĩ, ĐH Kinh tế TP.HCM, Tp.HCM
30. Lê Thị Thu Thủy (2006), *Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng*. Nxb Tư pháp, Hà Nội
31. Võ Đình Toàn (2002), “*Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay*”, Tạp chí luật học (3), tr.41-46
32. Trung tâm Khoa học xã hội và nhân văn quốc gia, Ngân hàng Thế giới (2004), *Việt Nam sẵn sàng ra nhập tổ chức thương mại thế giới WTO*, Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội
33. Nguyễn Đình Tự (2007) “*Hoàn thiện pháp luật đáp ứng yêu cầu gia nhập WTO của hệ thống ngân hàng Việt Nam*”, Tạp chí ngân hàng (21), tr. 11-15
34. Ủy ban thường vụ Quốc hội (2005), Pháp lệnh Ngoại hối
35. Phạm Đỗ Nhật Vinh (2013), “*Triển khai Basel II: Khi nào và tiếp cận như thế nào?*” Tạp chí ngân hàng (17), tr.24-26
36. Lê Nguyên (1996), *Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng*, Nxb Thống kê, TP.Hồ Chí Minh.
37. Võ Đình Toàn (2002), "*Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay*", Tạp chí Luật học, (3)]
38. Chính phủ (2016), Quyết định số 1402/QĐ-TTg phê duyệt Kế hoạch tổng thể và lộ trình áp dụng đấu thầu qua mạng giai đoạn 2016-2025.
39. UNCITRAL (2011), *Luật mẫu về mua sắm công năm 2011* (Luật mẫu 2011) của Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật thương mại quốc tế.

## Tiếng Anh

40. Georges Affaki (2003), “*Guarantees*”, Documentary Credits Insight. Volum9 No.3 July – September 2003
41. Roeland Bertrams (1996), “*Spotlight on guarantees*”, Volume 2 No 3 Summer 1996
42. Roeland F. Bertrams (2004), *Bank guarantees in International Trade*, Kluwer Law International and ICC Publishing S.A, Paris
43. Credit Suisse (2010), “*Bank Guarantees as Protection against Non – performance and Non-payment*”, <https://credit-suisse.com/>
44. France (2005), *Consumer Code*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
45. France (2010), *Monetary and Financial Code* , [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
46. France (2004), *Civil code*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
47. France (2006), *Commercial Code*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
48. Germany (2008), *German Civil Code*, <http://www.f.d.ul.pt/>
49. Roy Goode (1992), *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publishing S.A, Paris
50. ICC (1978), *Uniform Rules for Contract Guarantees No.325 (URDG 325)*, ICC Publication, Paris.
51. ICC (1992), *Uniform Rules for Demand Guarantees No.458 (URDG 458)*, ICC Publication, Paris.
52. ICC (2007), *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600)*, ICC Publication, Paris.
53. ICC (2010), *Uniform Rules for Demand Guarantees No.758 (URDG 758)*, ICC Publication, Paris.
54. Grace Longwa Keyembe (2008), *The Fraud Exception in Bank Guarantee*, <http://uctscholar.uct.ac.za/>
55. Michelle Kelly-Louw (2008), *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees*, Doctor of Law, University of South Africa.
56. Singapore (2008), *The Banking Law*, <http://www.singaporelaw.sg>

57. Singapore (2009), *The Law of Contract*, <http://www.singaporelaw.sg>
58. Singapore (2011), *The Law of Credit and Security*, <http://www.singaporelaw.sg>
59. Singapore (2011), *The Law of Guarantees*, <http://www.singaporelaw.sg>
60. Unicredit Bank AG (2008), *Bank Guarantees in Foreign Trade*, [www.hypovereinsbank.de/](http://www.hypovereinsbank.de/)
61. United Nations (1995), *Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit*, New York.
62. The United States (1996), *Uniform Commercial Code (UCC)*, <http://www.ilga.gov/>
63. UNCITRAL (2014), *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, <http://www.uncitral.org/>
64. UNCITRAL (2011), *Model Law on Public Procurement (2011)*, <http://www.uncitral.org/>
65. UNCITRAL *Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (1994)*, <http://www.uncitral.org/>



## **Tài liệu từ nguồn internet**

66. Trương Thanh Đức - Brandco Lawfirm, *Pháp luật điều chỉnh hoạt động bảo lãnh ngân hàng của tổ chức tín dụng (Phần 2)* (Nguồn: dangthanglawyer.wordpress.com).
67. <http://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/sieu-lua-tien-ty-bang-nhung-con-dau-ngan-hang-gia-13198.html>
68. <http://www.baomoi.com/gia-giay-to-de-nhan-tien-bao-lanh-du-thau/c/7843774.epi>
69. <http://thoibao.today/paper/khoi-to-nguyen-giam-doc-mot-chi-nhanh-ngan-hang-agribank-tai-tphcm-1555604>
70. <https://vnexpress.net/tin-tuc/phap-luat/vu-lam-quyen-tai-seabank-bi-khoi-to-2398219.html>
71. [http://en.wikipedia.org/wiki/Surety\\_bond](http://en.wikipedia.org/wiki/Surety_bond)
72. <http://suretybonds.uslegal.com/history>
73. <http://baodauthau.vn/dau-thau/tranh-cai-ve-yeu-cau-nha-thau-du-thau-nop-8-ty-dong-tien-mat-48633.html>
74. <http://baodauthau.vn/dau-thau/met-moi-voi-cach-thuong-thao-hop-dong-cua-nha-thau-50111.html>
75. <http://baodauthau.vn/dau-thau/truot-thau-vi-so-suat-trong-bao-lanh-du-thau-49107.html>