TÒA ÁN NHÂN DÂN **THÀNH PHỐ ĐÀ NẴNG**	**CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM** **Độc lập - Tự do - Hạnh phúc**

Bản án số: 05/2018/KDTM-PT
Ngày: 27-02-2018
V/v: "Tranh chấp hợp đồng thi công"

NHÂN DANH

NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

TÒA ÁN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ ĐÀ NẴNG

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

*Thẩm phán – Chủ tọa phiên tòa:*Ông Cao Văn Hiếu

Các Thẩm phán: Ông Trần Đình Quảng

Ông Ngô Hà Nam

- Thư ký phiên tòa: Ông Nguyễn Hữu Hưng – Thư ký Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng.

- Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵngtham gia phiên tòa:Bà Nguyễn Thị Tú Anh - Kiểm sát viên.

Ngày 27 tháng 02 năm 2018, tại trụ sở Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng xét xử phúc thẩm công khai vụ án kinh doanh thương mại thụ lý số: 24/2017/TLPT-KDTM ngày 07 tháng 11 năm 2017 về việc: *"Tranh chấp hợp đồng thi công"*.

Do bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số: 04/2017/KDTM-ST ngày 27 tháng 9 năm 2017 của Tòa án nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng bị kháng cáo, kháng nghị.

Theo Quyết định đưa vụ án ra xét xử số: 02/2018/QĐ-PTngày 02 tháng 01 năm 2018; Quyết định hoãn phiên tòa số: 02/2018/QĐPT ngày 30 tháng 01 năm 2018, giữa các đương sự:

- *Nguyên đơn:* Công ty Cổ phần Xây dựng Đ; địa chỉ tai số 08 B, thành phố Quy Nhơn, tỉnh Bình Định

Người đại diện hợp pháp của nguyên đơn:

1. Ông Trịnh Anh H, sinh năm 1973, cư trú tại số 07 đường Bà H (tổ 77) phường M, quận N, thành phố Đà Nẵng;
2. Ông Huỳnh K, sinh năm 1960; cư trú tại KV9, phường N, thành phố Quy Nhơn, tỉnh Bình Định;
3. Ông Cao Thanh T, sinh năm 1979; cư trú tại KV4, phường G, thành phố Quy Nhơn, tỉnh Bình Định,

Là đại diện theo ủy quyền của Công ty Cổ phần Xây dựng Đ (Giấy ủy quyền ngày 25/7/2017). Cả ba có mặt tại phiên tòa.

- *Bị đơn:* Công ty Cổ phần Thủy điện Đ; địa chỉ tại: Lô 57B, đường số B, Khu công nghiệp Đà Nẵng, phường A, quận S, thành phố Đà Nẵng.

Người đại hợp pháp cho bị đơn: ông Nguyễn Vân N, cư trú tại Lầu 7, tòa nhà IDC 163 H, phường B, quận B, Tp Hồ Chí Minh là người đại diện theo ủy quyền của bị đơn (Giấy ủy quyền ngày 30 tháng 11 năm 2017). Có mặt tại phiên tòa.

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn: Bà Trần Thị Phương T, cư trú tại 102 T, quận H, thành phố Đà Nẵng, là Luật sư của Văn phòng Luật sư Tuấn A thuộc Đoàn Luật sư thành phố Đà Nẵng. Có mặt tại phiên tòa.

- *Người kháng cáo:* Công ty Cổ phần Thủy điện Đ – Là bị đơn.

- *Viện Kiểm sát kháng nghị:* Viện trưởng Viện Kiểm sát nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng.

NỘI DUNG VỤ ÁN:

Theo đơn khởi kiện đề ngày 14/4/2017, các lời khai trong quá trình giải quyết vụ án và tại phiên tòa sơ thẩm, đại diện hợp pháp của nguyên đơn – Công ty Cổ phần Xây dựng Đ (gọi tắt là Công ty Đ) trình bày:

Ngày 28 tháng 9 năm 2007, Công ty Đ và Công ty Cổ ph ần Thủy điện Đ ký Hợp đồng số: 58/XL-AL (gọi tắt là Hợp đồng 58), về việc thi công đập dâng, đập tràn, đê quai cống dẫn dòng thi công và lắp đặt thiết bị cống dẫn dò ng thuộc dự án thủy điện A (huyện A, tỉnh Thừa Thiên Huế). Trong hợp đồng hai bên đã thỏa thuận về hình thức hợp đồng , nội dung công việc , khối lượng công việc , chất lượng kỹ thuật , điều kiện nghiệm thu, thời gian và tiến độ thực hiện hợp đồng, bàn giao công tình, phương thức và điều kiện thanh toán , bảo hành công trình và phạt vi phạm hợp đồng , ngoài ra còn quy định về trách nhiệm và nghĩa vụ mỗi bên. Hình thức hợp đồng: hợp đồng theo đơn giá và việc điều chỉnh hợp đồng được thực hiện theo Điều 50 và Điều 57 Luật đấu thầu. Giá trị hợp đồng là : 247.643.495.235đ (bao gồm cả thuế VAT). Thời gian thực hiện hợp đồng , tại thời điểm bắt đầu thi công từ năm 2008 cũng là lúc xảy ra khủng

hoảng kinh tế, lạm phát gia tăng, giá các nguyên vật liệu, nhân công tăng đột biến so với thời điểm ký hợp đồng. Mặc dù, Công ty Đ đã báo cho chủ đầu tư và chủ đầu tư cũng biết rõ tại thời điểm thi công lạm phát giá tăng, giá các nguyên vật liệu, nhân công tăng, nhưng không điều chỉnh giá kịp thời để nhà thầu mua nguyên vậy liệu thanh toán tiền nhân công để kịp tiến độ mà hai bên đã cam kết, đây cũng là một phần lỗi của chủ đầu tư. Trước sức ép về tiến độ thực hiện dự án, cũng như uy tín và trách nhiệm của nhà thầu, dù chưa được chủ đầu tư điều chỉnh giá kịp thời về nguyên vật liệu, nhân công nhưng với tinh thần trách nhiệm cao Công ty Đ đã huy động mọi nguồn lực tài chính kể cả vay ngân hàng để mua nguyên vật liệu, thiết bị thi công cũng như giải quyết tiền công cho người lao đồng nhằm mục đích bàn giao công trình cho chủ đầu tư đưa vào khai thác. Tuy nhiên quá trình thi công do nguyên nhân chủ quan và nguyên nhân khách quan nên việc thi công bị kéo dài so với thời gian quy định. Trong quá trình thực hiện, các bên đã ký nhiều phụ lục hợp đồng để điều chỉnh hợp đồng 58.

Căn cứ vào tổng khối lượng đã thực hiện, hai bên đã nghiệm thu, cùng nhau quyết toán giá trị khối lượng hoàn thành theo đơn giá gốc trong hợp đồng, phân khai khối lượng theo thời gian thi công để tính toán giá trị bù giá theo quy định của hợp đồng. Đồng thời tiến hành tính toán thưởng phạt hợp đồng theo quy định. Đến ngày 31/7/2013 các bên lập biên bản nghiệm thu tổng khối lượng xây lắp hoàn thành và có bảng quyết toán giá trị thực hiện (hiệu chỉnh sau kiểm toán và chưa bao gồm giá trị điều chỉnh giá). Giá trị quyết toán là **243.215.811.061 đồng**.

Tại phụ lục hợp đồng 16-PLHĐ/58, các bên thống nhất điều chỉnh giá trị hợp đồng 58/XL-AL ngày 28/9/2007 tại Điều 6.2 với giá trị là **292.887.487.768 đồng.** Chi tiết bao gồm:

1. Giá trị tại PLHDD 15-PLHĐ/58 ngày 21/10/2014 (sau thuế là : 243.215.811.061 đồng).

2. Giá trị điều chỉnh bổ sung sau thuế là: 49.671.676.617 đồng.

Ngày 30/12/2005 các bên đã có biên bản thống nhất về giá trị tính phạt hợp đồng 58/XL-AL với nội dung như sau:

1. Phạt bên B (công ty Đ) chậm tiến độ thi công, giá trị tính phạt là : 1.819.598.931 đồng;

2. Phạt bên A (thủy điện Đ) chậm giải ngân hợp đồng. Giá trị tính phạt là : 1.685.544.515 đồng;

3. Bên A khấu trừ giá t rị phạt bên B là 134.054.416 đồng vào quyết toán hợp đồng.

Hai bên thống nhất ký quyết toán xong phần khối lượng xây dựng hoàn thành theo đơn giá hợp đồng , ký quyết t oán xong bù giá khối lượng thi công không do lỗi chủ quan của nhà thầu theo tiến độ với tổng số tiền là **292.887.487.678 đồng** *(Hai trăm chín mươi hai tỷ đồng , tám trăm tám mươi bảy triệu , bốn trăm tám mươi bảy ngàn sáu trăm bảy mươi tám đồng).*

Riêng phần bù giá khối lượng vi phạm tiến độ do lỗi chủ quan của nhà thầu với số tiền **17.948.983.494 đồng** (mười bảy tỷ , chín trăm bốn mươi tám triệu , chín trăm tám mươi ba ngàn bốn trăm chín mươi tư đồng) chưa tính. Công ty Đ đã lập hồ sơ trình đến Công ty Cổ phần Thủy điện Đ kèm theo các công văn số 1823/CV-KTKH, số 1824/CV-KTKH ngày 18/12/2014 như sau:

Về khối lượng : khối lượng chậm tiến độ do lỗi chủ quan của nhà thầu là tổng khối lượng quyết toán trừ đi khối lượng đúng tiến độ và chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan, thời điêm tính bù giá theo hai phương án : là thời điểm cuối tiến độ trong biểu tiến độ hợp đồng đã ký vào thờ i điểm thực tế thi công (theo hướng dẫn tại Công văn số 2145/BXD-KTXD ngày 08/9/2014 của Bộ xây dựng).

Về đơn giá gốc và giá tại thời điểm bù : phương pháp tính toán theo hướng dẫn của Thông tư 09/2008/TT-BXD và văn bản số 1551/BXD-KTXD về hướng dẫn điều chỉnh giá và hợp đồng xây dựng do biến động giá nguyên liệu nhiên liệu và vật liệu xây dựng và hướng dẫn của chủ đầu tư tại văn bản số 855/EVNCH-KT ngày 07/7/2014 cụ thể như sau:

- Phương pháp điều chỉnh: bù trừ trực tiếp;
- Giá vật liệu , nhiên liệu tại thời điểm : theo thông báo giá của UBND tỉnh Thừa Thiên Huế và hóa đơn chứng từ của nhà thầu;
- Giá nhân công tại thời điểm điều chỉnh : theo các thông tư hướng dẫn của Bộ Xây dựng tại thời điểm điều chỉnh;
- Giá vật liệu , nhiên liệu và nhân công thời điểm gốc : là giá tại thời điểm tháng 08/2007 (trước 28 ngày kẻ từ ngày mở thầu).

Căn cứ vào quy định và nguyên tắc điều chỉnh trên , Công ty Đ lập dự toán bổ sung chi phí nhân công, nhiên liệu vật liệu đối với khối lượng chậm tiến độ – Gói thầu 58/XL-AL công trình thuỷ điện A theo 2 phướng án sau:

Phương án 1: bổ sung chi phí do biến đông giá cho phần khối lượng chậm tiến độ quy về thời điểm cuối tiến độ hợp đồng là : 17.948.983.494 đồng. Trong đó: chi phí nhân công: 4.989.566.576 đồng và chi phí nhiên liệu, vật liệu: 12.959.416.918 đồng.

Phương án 2: bổ sung chi phí do biến động giá cho phần khối lượng chậm tiến độ tính tại thời điểm thực tế thi công là 32.658.719.171 đồng. Trong đó: chi phí nhân công: 11.608.658.913 đồng và chi phí nhiên liệu, vật liệu: 21.050.060.295 đồng.

Căn cứ theo quy định hợp đồng , các văn bản pháp luật có liên quan và đề chia sẽ khó khăn với chủ đầu tư, Công ty cổ phần xây dựng Đ đề nghị công ty cổ phần thủy điện Đ tổ chức kiểm tra , thẩm định và phê duyệt dự toán bù giá theo phương án 1 là 17.948.983.494 đồng.

Công ty Đ đã có rất nhiều công văn nhắc nhở cũng như họp với Công ty Cổ phần thủy điện Đ yêu cầu phê duyệt và thanh toán phần bù giá khối lượng vi phạm tiến độ do lỗi của nhà thầu với số tiền 17.948.983.494 đồng. Tuy nhiên, hiện nay vẫn chưa được Công ty Cổ phần Thủy điện Đ phê duyệt và thanh toán mà lấy lý do do lỗi của nhà thầu nên phần khối lượng vi phạm về tiến độ không được điều chỉnh giá theo quy định tại Mục 8.6 phần 8 của Thông tư 09/TT-BXD ngày 17/4/2008 (sau đây gọi tắt là Thông tư 09).

Việc Công ty Cổ phần Thủy điện Đ áp dụng Mục 8.6 Phần 8 Thông tư 09 không phê duyệt thanh toán vì phần khối lượng vi phạm về tiến độ do lỗi của nhà thầu không được điều chỉnh giá là sai , bởi lẽ trong Thông tư chỉ hướng dẫn *"chậm tiến độ thực hiện hợp đồng không do lỗi nhà thầu thì khối lượng thực hiện từ năm 2007 được điều chỉnh theo hướng dẫn của Thông tư này"* nhưng không có điều khoản nào hướng dẫn nếu chậm tiến độ do lỗi nhà thầu thì không được điều ch ỉnh giá vật tư và nhân công . Như vậy, phải áp dụng giải quyết điều chỉnh giá theo thủ tục theo thủ tục chung và trường hợp này vẫn được điều chỉnh giá theo Thông tư 09. Mặc khác, trong quá trình giải quyết vướng mắc về điều chỉnh giá nói trên Công ty Đ đã gửi công văn trực tiếp cho Bộ Xây dựng thì được trả lời bằng Văn bản số : 2145/BXD-KTXD ngày 08 tháng 9 năm 2014 (gọi tắt là Văn bản 2145), trong đó hướng dẫn *"trường hợp tiến độ thi công công trình chậm do lỗi của nhà thầu : các khối lượng thực hiện ngoài thời gian thực hiện hợp đồng đã ký do lỗi của nhà thầu thì việc điều chỉnh giá được tính tại thời điểm kết thúc thi công của công tác đo quy đinh trong Biểu tiến độ của hợp đồng đã ký kết hay tại thời điểm thực tế thi công tùy theo điều kiện nào có lợi cho chủ đầu tư đồng thời tiến hành xử phạt theo quy định của hợp đồng đã ký"* , thực tế Công ty Cổ phần Thủy điện Đ đã phạt Công ty Đ theo hợp đồng do chậm tiến độ , nhưng không chấp nhận điều chỉnh giá vật tư và nhân công là không đúng , mà phải hiểu và tách bạch

quan hệ pháp luật trong vấn đề này , bởi lẽ nếu chậm tiến độ thì căn cứ vào hợp đồng để phạt, nhưng việc điều chỉnh giá các vật tư , nhân công do nhà nước quản lý và điều chỉnh giá thì chủ đầu tư phải điều chỉnh giá cho nhà thầu.

Nay, Công ty Đ khởi kiện yêu cầu Tòa án xem xét giải quyết buộc, Công ty Cổ phần Thủy điện Đ phải trả cho Công ty Đ số tiền nợ gốc và tiền lãi do chậm thự chiện nghĩa vụ thanh toá n đến ngày xét xử cụ thể như sau: Nợ gốc: 17.948.983.494 đồng, tiền lãi chậm thực hiện nghĩa vụ thanh tóa tạm tính đến ngày 15/4/ 2017 là: 5.084.865.438 đồng (831 ngày x 13,5%), tổng số tiền là: **23.033.848.932 đồng**.

** Đại diện hợp pháp của bị đơn trình bày:*

Công ty Cổ phần Thủy điện Đ (gọi tắt là Công ty Thủy điện Đ) xác nhận có ký Hợp đồng 58 như Công ty Đ trình bày. Ngày thi công là của hợp đồng là 18/12/2007 (theo thời gian hợp đồng tiến độ hoàn thành là 32 tháng), ngày hoàn thành thực tế là ngày 31/07/2013. Trong quá trình thực hiện Hợp đồng Công ty cổ phần Đ đã vi phạm hàng loạt thời gian chậm tiến độ như: Chậm từng công việc nghiệm thu; từng bộ phận công trình xây dựng, giai đoạn thi công xây dựng, từng hạng mục công trình xây dựng đã được ghi trong hợp đồng, trong đó do lỗi chủ quan và do nguyên nhân chủ quan của nhà thầu là Công ty Cổ phần Đ gây ra.

Căn cứ khoản 2 Điều 57 Luật Đấu thầu 2005 thì Hội đồng quản trị Công ty đã xem xét rất kĩ theo các quy định pháp luật về đấu thầu và các văn bản pháp luật có liên quan nên đã đồng ý chấp thuận điều chỉnh giá, nguyên liệu và nhân công do lỗi chậm tiến độ, nhưng vì nguyên nhân khách quan như: nguồn vật liệu nổ khan hiếm ảnh hưởng đến tiến độ nổ phá đá; do địa chất long song thay đổi so với thiết kế; các điện lưới thi công không ổn định; hay bị mất điện làm hư hỏng cẩu tháp; ảnh hưởng đến kế hoạch thi công; mặt bằng để tổ chức thi công xây đá gia cố mái khó khăn...(chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan đều có lập biên bản cuộc họp đã được hai bên thống nhất ký) giá trị đã được Hội đồng quản trị Công ty cổ phần Thủy điện Đ chấp thuận điều chỉnh lỗi chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan là 49.671.617 đồng. Còn chậm tiến độ do lỗi của nhà thầu và vì nguyên nhân chủ quan của nhà thầu như: Nhà thầu chưa khắc phục được tình trạng hư hỏng cẩu tháp, đây là nguyên nhân làm sản lượng bê tông không đạt kế hoạch, máy đào vai phải thường xuyên bị hư hỏng, các ô tô vận chuyển có công suất nhỏ, đường vận chuyển hẹp và nhà thầu do không đắp cấp phối nên vận chuyển gặp nhiều khó khăn, nhà thầu chưa huy động đủ nhân lực, thiết bị để đáp ứng được tiến độ thi công, công trường nghỉ tết nguyên đán năm 2010, thiếu nhân lực cho công tác xây đá gia cố mái, cẩu tháp vai phải được bổ sung thêm vào cuối tháng 04/2010 nhưng cả hai thiết bị cẩu tháp vai phải, trái rất hay hư hỏng, việc khắc phục kéo dài (chậm tiến độ nhà lỗi nhà thầu vì nguyên nhân chủ quan đều có lập

biên bản và hai bên thống nhất kí tên) thì đương nhiên không điều chỉnh giá. Lý do: căn cứ các quy định của pháp luật như các văn bản hướng dẫn của Thủ tướng, Bộ xây dựng,... về công tác điều chỉnh giá trong thời điểm có biến động về giá.

Căn cứ và điều kiện thanh toán của hợp đồng của gói thầu 58 hai bên đã tiến hành thống nhất: Công ty Đ đã phạt Công ty Thủy điện Đ do chậm giải ngân số tiền 1.685.544.515 đồng. Công ty Thủy điện Đ phạt Công ty Đ do trễ tiến độ là 1.819.598.931 đồng (lỗi của nhà thầu). Hai bên thống nhất các nội dung trên, là cơ sở để tính toán giá trị thưởng phạt mà không phục vụ cho điều chỉnh giá hợp đồng (Theo Biên bản cuộc họp ngày 29/12/2015 về việc tính phạt hợp đồng 58/XL-AL)

Việc phạt chậm tiến độ và điều chỉnh giá là hai quan hệ pháp luật khác nhau và độc lập nhau. Về phạt vi phạm hợp đồng được pháp luật cho phép, cụ thể tại khoản 1, điều 110 Luật Xây dựng năm 203 quy định: "Việc thưởng hợp đồng, phạt vi phạm hợp đồng phải được ghi trong hợp đồng". Về phạt vi phạm hợp đồng do chậm tiến độ đã được ghi tại khoản 1.1.1 Điều 1 của Hợp đồng 58. Còn điều chỉnh hợp đồng hai bên đã thống nhất tại hợp đồng số 58 chỉ được áp dụng theo điều 50 và điều 57 Luật đấu thầu năm 2005. Điều 57 Luật đấu thầu không cho phép điều chỉnh giá vì chậm tiến độ do lỗi chủ quan và do nguyên nhân chủ quan của nhà thầu, nên Công ty cổ phần Đ yêu cầu điều chỉnh giá do nguyên nhân nêu trên là trái pháp luật.

Tại khoản 2 điều 57 Luật đấu thầu 2005 quy định: *"Việc điều chỉnh hợp đồng chỉ áp dụng trong thời hạn thực hiện hợp đồng đã ký và phải được người có thẩm quyền xem xét, quyết định. Giá hợp đồng sau điều chỉnh không được vượt quá dự toán, tổng dự toán hoặc giá gói thầu trong kế hoạch đấu thầu được duyệt, trừ trường hợp có thẩm quyền cho phép".*

Do đó việc điều chỉnh giá đối với Công ty Đ không được vượt quá gói thầu trong kế hoạch đấu thầu được duyệt, thế nhưng Công ty Thủy điện Đ được sự cho phép của Hội đồng quản trị đã chấp nhận điều chỉnh giá gói thầu này vì chậm tiến độ nhưng không do lỗi chủ quan nhà thầu và do nguyên nhân khách quan với số tiền là 49.671.676.617 đồng là vượt quá so với quy định tại khoản 2 Điều 57 Luật đấu thầu 2005.

Vì thế việc Công ty Đ khởi kiện yêu cầu tiếp tục điều chỉnh giá vì chậm tiến độ do lỗi chủ quan của Công ty Đ gây ra là trái quy định tại khoản 2 điều 57 Luật đấu thầu năm 2005 mà hai bên đã ký kết và đã chọn áp dụng tại Hợp đồng 58, không đúng với Thông tư 09, không đúng với Văn bản số 1565/TTg-KTN ngày 22/09/2008 của

Thủ tướng Chính phủ, không đúng với văn bản số 2057/BXD-KTXD ngày 13/10/2008 và văn bản số 5048/EVN-ĐT của Tập đoàn Điện lực Việt Nam.

Nay, Công ty Đ yêu cầu Công ty thủy điện Đ trả số tiền là 23.033.848.932 đồng thì Công ty Thủy điện Đ xác định không có ký bất cứ văn bản nào chấp nhận còn nợ Công ty Đ số tiền 23.033.848.932 đồng. Trên cơ sở đó, Công ty Thủy điện Đ không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ.

** Ý kiến của người bảo vệ quyền lợi, ích hợp pháp của bị đơn:*

Theo quy định tại điểm 2.9.1 khoản 2.9, mục 2, phần II của Thông tư số 06/2007/TT-BXD ngày 25/7/2007 của Bộ xây dựng hướng dẫn hợp đồng trong hợt động xây dựng đã quy định điều chỉnh giá hợp đồng xây dựng như sau: *"Việc điều chỉnh giá hợp đồng phải được ghi trong hợp đồng và phù hợp với hồ sơ mời thầu, hồ sơ dự thầu và kết quả đàm phán hợp đồng. Trong hợp đồng các bên quy định rõ các trường hợp điều chỉnh hợp đồng, phương pháp, cách thức, phạm vi điều chỉnh giá hợp đồng.* Như vậy, việc điều chỉnh giá bắt buộc phải được ghi trong hợp đồng. Tại Hợp đồng 58 hai bên thỏa thuận hợp đồng theo đơn giá và điều chỉnh theo điều 50 và điều 57 Luật Đấu thầu 2005. Do đó, các bên phải tuân thủ, chấp hành và thực hiện điều chỉnh giá theo quy định tại điều 50 và điều 57 Luật Đấu thầu 2005. Tại điểm c khoản 1 điều 57 quy định: "*Trường hợp giá nhiên liệu, vật tư, thiết bị nêu trong hợp đồng do nhà nước kiểm soát có biến động lớn ảnh hưởng trực tiếp đến việc thực hiện hợp đồng thì phải báo cáo người có thẩm quyền xem xét, quyết định".* Mà cụ thể trong trường hợp này là Hội đồng quản trị Công ty Thủy điện Đ là người quyết định. Ngoài ra, Thủ tướng Chính phủ có ban hành Văn bản số: 1565/TTg-KTN ngày 22/9/2008 đã quy định: "*Đối với các dự án chậm tiến độ chủ đầu tư xác định nguyên nhân, tổng hợp báo cáo người quyết định đầu tư xem xét, quyết định."* Trường hợp chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan thì được điều chỉnh giá theo quy định tại Thông tư 09 nêu trên; Bộ Xây dựng có Công văn 2057/BXD-KTXD ngày 13/10/2008 tại mục 2 như sau: "*Việc điều chỉnh giá Hợp đồng theo hướng dẫn tại Thông tư 09/2008/TT-BXD trường hợp dự án chậm tiến độ: chủ đầu tư xác định nguyên nhân chậm tiến độ, tổng hợp báo cáo người quyết định đầu tư xem xét, quyết định việc điều chỉnh giá vật liệu trong hợp đồng của khối lượng thi công bị chậm tiến độ. Trường hợp chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan thì được điều chỉnh giá vật liệu trong hợp đồng theo quy định tại Thông tư 09/2008/TT-BXD nên trên..."* ; Tập đoàn Điện lực Việt Nam ban hành Văn bản số 1963/EVN-KTDT ngày 28/4/2008 về việc hướng dẫn việc điều chỉnh giá và hợp đồng xây dựng. Tại mục 6 ghi: "*Một số trường hợp không điều chỉnh giá: Nhà thầu thực hiện công việc ở thời điểm có biến động giá nhưng do lỗi chủ quan của nhà thầu",* tại mục 7 đã ghi: "*Nghiêm cấm các đơn vị lợi dụng việc cho phép điều*

chỉnh giá và hợp đồng xây dựng để làm sai dẫn đến thất thoát vốn dự án". Căn cứ vào những quy định nêu trên, Hội đồng quản trị đã xem xét quyết định cho phép chỉ được điều chỉnh giá chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan, đồng thời đã giao Ban Giám đốc Công ty Thủy điện Đ làm việc với Công ty Đ và hai bên đã thống nhất kí Phụ lục hợp đồng 16-PLHĐ ngày 7/9/2015. Tại phụ lục hợp đồng 16, các bên thống nhất điều chỉnh giá trị Hợp đồng 58, tại điểm 6.2 với giá trị là 292.887.487.678 đồng. Chi tiết bao gồm: Giá trị tại Phụ lục hợp đồng 15-PLHĐ/58 ngày 21/10/2014 (sau thuế là 243.215.811.061 đồng); Giá trị điều chỉnh bổ sung sau thuế là: 49.671.676.617 đồng; Phụ lục hợp đồng số 16 là một phần không thể tách rời của hợp đồng 58.

Trên cơ sở Phụ lục hợp đồng số 16 nêu trên hai bên đã lập biên bản thống nhất quyết toán điều chỉnh giá Hợp đồng 58 bao gồm điều chỉnh giá nguyên liệu và nhân công của các năm 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 là 49.671.676.617 đồng. Việc điều chỉnh bao gồm cả đúng tiến độ và chậm tiến độ không do lỗi chủ quan của nhà thầu và chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan. Còn đối với việc chậm tiến độ do lỗi của nhà thầu và chậm tiến độ do nguyên nhân chủ quan của nhà thầu thì không được điều chỉnh giá.

Như vậy, phụ lục hợp đồng nêu trên được coi là văn bản thỏa thuận quyết toán điều chỉnh giá, đây là phụ lục thỏa thuận cuối cùng. Gói thầu 58/XL-AL đã được công ty TNHH kiểm toán và Kế toán ACC kiểm toán độc lập tổng cộng 292.887.487.678 đồng. Công ty Đ đã gửi công văn trực tiếp cho Bộ xây dựng để hỏi về việc điều chỉnh giá đối với hợp đồng 58/XL-AL và đã được bộ xây dựng trả lời bằng Công văn 2145, đó không phải là văn bản quy phạm pháp luật mà chỉ trả lời riêng cho Công ty Đ nên không có hiệu lực thi hành.

Với nội dung trên, Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số: 04/2017/KDTM-ST ngày 27 tháng 9 năm 2017 của Tòa án nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng đã áp dụng các Điều 50, 57 Luật đấu thầu 2005; Thông tư 09/2008 ngày 17/4/2008 của Bộ Xây dựng; Văn bản số 546/TTg-KTN ngày 14/4/2008; Văn bản số 1551/BXD-KTXD ngày 01/8/2008; Văn bản số 2145/2008/TT-BXD ngày 08/9/2014 của Bộ xây dựng; Điều 476 Bộ luật dân sự, Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30/12/2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về mức thu, miễn, giảm, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án. Xử:

1. Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn Công ty Cổ phần Xây dựng Đ đối với Công ty Cổ phần Thủy điện Đ.

- Buộc Công ty Cổ phần Thủy điện Đ phải thanh toán cho Công ty Cổ phần Xây dựng Đ số tiền **23.033.848.923 đồng** ngay sau khi án có hiệu lực (trong đó tiền gốc là

17.949.983.949 đồng và 5.048.865.438 đồng là tiền lãi quá hạn do chậm thanh toán tính đến ngày 15/4/2017).

2. Án phí KDTM sơ thẩm Công ty Cổ phần Thủy điện Đ phải thanh chịu 131.033.848 đồng.

Ngoài ra, bản án sơ thẩm còn quyết định về trách nhiệm do chậm thi hành án và quyền kháng cáo của các đương sự.

* Ngày 10 tháng 10 năm 2017, bị đơn Công ty Cổ phần Thủy điện Đ kháng cáo bản án sơ thẩm với nội dụng: Bản án sơ thẩm đã áp dụng không đúng pháp luật, chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, làm ảnh hương đến quyền và lợi ích của bị đơn. Do vậy, đề nghị Tòa án cấp phúc thẩm sửa Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số: 04/2017/KDTM-ST ngày 27 tháng 9 năm 2017 của Tòa án nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng; không chấp nhận toàn bộ đơn khởi kiện của Công ty Đ về yêu cầu Công ty Thủy điện Đ thanh toán tiền điều chỉnh giá đối với công việc chậm tiến độ do nguyên nhân chủ quan của Công ty Đ cả gốc và lãi là: 23.033.848.923 đồng.

* Ngày 01 tháng 11 năm 2017, Viện trưởng Viện Kiểm sát nhân dân quận S có kháng nghị số: 03/QĐKNPT-VKS-KDTM, nội dung:

(i) Theo Điều 50, 57 Luật đấu thầu 2005 quy định: *"... Việc điều chỉnh hợp đồng chỉ áp dụng trong thời gian thực hiện hợp đồng đã ký và phải được người có thẩm quyền xem xét, quyết định"*. Thông tư 09 quy định: *"...nếu việc chậm tiến độ hợp đồng không do lỗi của nhà thầu, thì được điều chỉnh giá theo hướng dẫn tại Thông tư này "*. Theo hướng dẫn tại Văn bản số: 1565/TTg ngày 22.9.2008 của thủ tướng Chính phủ, Công văn số: 2057/BXD-KTXD ngày 31/10/2008, Văn bản số: 1963/EVN-KTDT ngày 29/4/2008, Văn bản số: 5048/EVN-ĐT ngày 29/10/2008 của Tập đoàn điện lực Việt Nam, thì đối với dự án do chủ đầu tư quyết định đầu tư thì chủ đầu tư có thẩm quyền quyết định việc điều chỉnh giá hợp đồng do biến động giá của nguyên vật liệu, nhân công, trong trường hợp này việc điều chỉnh giá thuộc thẩm quyền của Hội đồng quản trị Công ty Thủy điện Đ. Trường hợp chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan thì được điều chỉnh giá vật liệu, nhân công, còn chậm tiến độ do lỗi của chủ quan của nhà thầu thì không được điều chỉnh giá.

Tuy nhiên, theo hướng dẫn tại Văn bản số 2145 của Bộ Xây dựng trả lời kiến nghị của Công ty Đ và Văn bản số 3638/EVN-ĐT ngày 01/9/2016 của Tập đoàn Điện lực Việt Nam thì: đối với phần khối lượng bị kéo dài tiến độ so với quy định trong hợp đồng do nguyên nhân chủ quan của nhà thầu thì vẫn được điều chỉnh giá. Do vậy, để

đảm bảo quyền và lợi ích của các bên đồng thời đảm bảo tính khách quan, có cơ sở pháp lý thì Tòa án cấp sơ thẩm phải có văn bản đề nghị Bộ Xây dựng trả lời cụ thể đối với tranh chấp trong vụ án này để có hướng giải quyết cho phù hợp.

(ii) Bản án sơ thẩm chấp nhận toàn bộ giá trị điều chỉnh giá đối với phần thi công chậm tiến độ do lỗi chủ quan của nhà thầu theo yêu cầu của nguyên đơn là 17.949.983.949 đồng, trong khi số liệu này Công ty Thủy điện Đ chưa thống nhất và chưa được kiểm toán độc lập là chưa đủ căn cứ, không đảm bảo tính chính xác, khách quan.

(iii) Do Công ty Đ và Công ty Thủy điện Đ chưa thống nhất với nhau về điều chỉnh giá đơi với phần thi công chậm tiến độ do lỗi của Công ty Đ, nên bản án sơ thẩm buộc Công ty Thủy điện Đ trả tiền lãi do chậm thanh toán là không có căn cứ và áp dụng Điều 476 BLDS 2005 về trả lãi theo hợp đồng vay tài sản là không đúng pháp luật.

Do vậy, đề nghị Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng xét xử phúc thẩm theo hướng hủy toàn bộ bản án sơ thẩm, giao hồ sơ về Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại.

* Tại phiên tòa phúc thẩm, Công ty Thủy điện Đ giữ nguyên nội dung kháng cáo như nêu trên, đề nghị Hội đồng xét xử phúc thẩm: chấp nhận kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ, chấp nhận thay đổi kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, không chấp nhận toàn bộ đơn khởi kiện của Công ty Cổ phần Xây dựng Đ đối với Công ty Cổ phần Thủy điện Đ.

Người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của Công ty Thủy điện Đ trình bày: Tại khoản 6.1 Điều 6 của Hợp đồng số 58/XL-AL ngày 28/9/2007, hai bên thỏa thuận: Hình thức hợp đồng theo đơn giá và điều chỉnh hợp đồng được thực hiện theo Điều 50, 57 Luật đấu thầu. Theo quy định tại Điều 50, Điều 57 Luật đấu thầu 2005, mục 8.6 phần 6 của Thông tư 09/TT-BXD ngày 17/4/2008, Văn bản số 1565/TTg-KTN ngày 22/9/2008, Công văn số 2057/BXD ngày 13/10/2008 về điều chỉnh giá trong hợp đồng xây dựng, phải được hiểu là trường hợp chậm tiến độ thực hiện hợp đồng do nguyên nhân khách quan, không do lỗi nhà thầu thì được điều chỉnh giá, còn ngược lại chậm tiến độ do nguyên nhân chủ quan của nhà thầu thì không được điều chỉnh giá.

Giá trị gói thầu theo Hợp đồng 58 là 247.643.495.235 đồng. Giá trị khối lượng của gói thầu này Công ty Đ đã thực hiện là 243.215.811.061 đồng. Theo quy định tại khoản 2 Điều 57 Luật đấu thầu, đúng ra Công ty Thủy điện Đ chỉ điều chỉnh giá của gói thầu không được vượt quá 247.643.495.235 đồng. Tuy nhiên, Hội đồng quản trị của Công ty Thủy điện Đ là người có thẩm quyền quyết định điều chỉnh giá cho Công ty Đ (bao gồm điều chỉnh giá nguyên liệu và giá nhân công của các năm 2008 đến năm 2013) đối với công việc chậm tiến độ không do lỗi của của nhà thầu với số tiền

49.671.676.617 đồng, còn chậm tiến độ do nguyên nhân chủ quan của nhà thầu thì không được điều chỉnh giá, là đúng quy định của pháp luật. Hai bên ký phụ lục Hợp đồng số 16 ngày 07/9/2015 và 25/9/2015 lập biên bản thống nhất quyết toán điều chỉnh giá Hợp đồng 58 là **292.887.487.678đồng**. Công ty Thủy điện Đ đã thanh toán xong toàn bộ số tiền trên cho Công ty Đ.

Bản án sơ thẩm đã áp dụng không đúng pháp luật, chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, làm ảnh hương đến quyền và lợi ích của bị đơn. Do vậy, đề nghị Tòa án cấp phúc thẩm sửa Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số: 04/2017/KDTM-ST ngày 27 tháng 9 năm 2017 của Tòa án nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng; không chấp nhận toàn bộ đơn khởi kiện của Công ty Đ về yêu cầu Công ty Thủy điện Đ thanh toán tiền điều chỉnh giá đối với công việc chậm tiến độ do nguyên nhân chủ quan của Công ty Đ cả gốc và lãi là: 23.033.848.923 đồng.

* Nguyên đơn Công ty Cổ phần xây dựng Đ, đề nghị Hội đồng xét xử: không chấp nhận kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ, không chấp nhận kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, giữ nguyên bản án sơ thẩm buộc Công ty Cổ phần Thủy điện Đ phải thanh toán cho Công ty Đ số tiền 23.033.848.923 đồng (trong đó tiền gốc là 17.949.983.949 đồng và 5.048.865.438 đồng là tiền lãi quá hạn do chậm thanh toán tính đến ngày 15/4/2017).

* Đại diện Viện kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng tham gia phiên tòa phát biểu ý kiến như sau:

Về thủ tục tố tụng: Kháng cáo của bị đơn, kháng nghị của Viện kiểm sát nhân dân quận S được thực hiện đúng quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự; Những người tiến hành tố tụng và tham gia tố tụng đã thực hiện đúng quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự trong quá trình giải quyết vụ án tại cấp phúc thẩm.

Về nội dung vụ án:

I. Kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng.

(i) Sau khi Viện kiểm sát nhân dân quận S ban hành kháng nghị số: 03/QĐKNPT ngày 01/11/2017, Công ty Thủy điện Đ đã có văn bản gửi Bộ Xây dựng đề nghị hướng dẫn áp dụng Văn bản số: 2145 của Bộ Xây dựng về việc trả lời kiến nghị của Công ty Đ. Ngày 24/11/2017, Bộ Xây dựng có Văn bản số: 2850/BXD-KTXD gửi cho Công ty Thủy điện Đ với nội dung ***"…Việc điều chỉnh giá hợp đồng do người quyết định đầu tư quyết định*** *(theo thẩm quyền); đảm bảo nguyên tắc phù hợp với hướng dẫn của cơ quan chuyên môn, không trái với quy định của Nhà nước tương ứng với từng thời kỳ"*. Hướng dẫn tại Văn bản số: 2850 của Bộ Xây dựng phù hợp với khoản 2 Điều 57 Luật đấu thầu và phù hợp với thỏa thuận của Hợp đồng số 58. Hội đồng quản trị Công ty Thủy điện Đ không chấp nhận yêu cầu của Công ty Đ

về việc điều chỉnh giá đối với việc chậm tiến độ do lỗi của nhà thầu nên Công ty Thủy điện Đ không chấp nhận yêu cầu của Công ty Đ là có căn cứ. Do vậy, không cần thiết phải có văn bản gửi Bộ Xây dựng để làm rõ về việc tranh chấp giữa các bên như kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân quận S đã nhận định.

(ii) Do không có căn cứ để buộc Công ty Thủy điện Đ phải chấp nhận việc điều chỉnh giá vì lỗi chủ quan của Công ty Đ nên không cần thiết phải kiểm toán độc lập đối với hồ sơ đề nghị thanh toán điều chỉnh giá của Công ty Đ như nhận định tại kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân quận S.

(iii) Đối với yêu cầu tính lãi trên số tiền chậm thanh toán 17.949.983.949 đồng. Do không có căn cứ chấp nhận tiền gốc 17.949.983.949 đồng nên Bản án sơ thẩm buộc Công ty Thủy điện Đ phải thanh toán tiền lãi 5.084.865.438 đồng là không có cơ sở.

(iiii) Do không có có sở chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ nên bản án sơ thẩm buộc Công ty Thủy điện Đ phải chịu 131.033.848 đồng tiền án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm là không đúng pháp luật.

II. Kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ. Từ phân tích trên của Viện kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, thấy kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ là có căn cứ nên cần được chấp nhận.

Do vậy, căn cứ Điều 284 Bộ luật TTDS Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng quyết định thay đổi Kháng nghị phúc thẩm số: 03/QĐKNPT ngày 01/11/2017 của Viện Kiểm sát nhân dân quận S, đề nghị Hội đồng xét xử phúc thẩm sửa toàn bộ bản án sơ thẩm theo hướng chấp nhận kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ, bác toàn bộ đơn khởi kiện của Công ty Đ.

NHẬN ĐỊNH CỦA TÒA ÁN

Sau khi nghiên cứu các tài liệu có trong hồ sơ vụ án được thẩm tra tại phiên tòa và căn cứ vào kết quả tranh luận tại phiên tòa, ý kiến của đại diện Viện kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, Hội đồng xét xử nhận định:

[1] Xét kháng cáo của bị đơn Công ty Cổ phần Thủy điện Đ; thay đổi kháng nghị của Viện kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng về việc không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn Công ty Cổ phần Xây dựng Đ đối với khoản tiền điều chỉnh giá chậm tiến độ do lỗi của Công ty Đ là **17.948.983.494 đồng**:

[1.1] Hợp đồng 58 về việc thi công đập dâng, đập tràn, đê quai, cống dẫn dòng thi công và lắp đặt thiết bị cỗng dẫn dòng thuộc công trình thủy điện A, được Công ty Đ và Công ty Thủy điện Đ ký kết ngày 28/9/2007. Theo đó, hai bên đã thỏa thuận về

hình thức hợp đồng, nội dung, khối lượng, chất lượng công việc, điều kiện nghiệm thu, thời gian và tiến độ thực hiện hợp đồng, bàn giao công trình, phương thức và điều kiện thanh toán, bảo hành công trình, phạt do vi phạm công trình và trách nhiệm, nghĩa vụ của mỗi bên. Việc thỏa thuận ký kết hợp đồng giữa hai bên là hoàn toàn tự nguyện, các điều khoản trong hợp đồng không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội nên hợp pháp, qua đó làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên.

[1.2] Thời gian thực hiện hợp đồng là 32 tháng kể từ ngày khởi công (không kể thi công bê tông nút cống dẫn dòng, thi công bể tiêu năng đợt 2, phá dỡ đê quai). Ngày khởi công thực tế là 18/12/2007, nhưng thực tế đến ngày 31/7/2013 Công ty Đ mới hoàn thành việc thi công, chậm tiến độ so với hợp đồng là gần 03 năm. Việc chậm trễ tiến độ thi công hai bên đã thống nhất lập biên bản xác định có nguyên nhân khách quan không do lỗi của nhà thầu và nguyên nhân chủ quan do lỗi của nhà thầu Công ty.

[1.3] Công ty Đ và Công ty Thủy điện Đ chỉ tranh chấp về việc điều chỉnh giá liên quan đến Điều 6 của Hợp đồng 58. Các điều khoản khác của hợp đồng 58 các bên đã thống nhất, thực hiện xong không có tranh chấp.

[1.4] Xét thỏa thuận của hai bên tại Điều 6 Hợp đồng số 58 thì thấy: 1. Hình thức hợp đồng theo đơn giá và điều chỉnh hợp đồng được thực hiện theo Điều 50 và Điều 57 Luật đấu thầu; 2. Giá trị hợp đồng là: 247.643.495.235 đồng. Như vậy, khi giải quyết tranh chấp của Công ty Đ và Công ty Thủy điện Đ phải căn cứ vào quy định về điều chỉnh giá hợp đồng theo quy định tại Điều 50 và Điều 57 Luật đấu thầu 2005 để xem xét, quyết định. Các công việc thực hiện theo Hợp đồng số 58 phù hợp với hình thức hợp đồng theo đơn giá quy định tại khoản 1 Điều 50 Luật đấu thầu 2005. Theo khoản 2 Điều 50 Luật đấu thầu 2005 quy định: *Chủ đầu tư thanh toán cho nhà thầu theo khối lượng, số lượng thực tế thực hiện trên cơ sở đơn giá trong hợp đồng hoặc đơn giá được chấp nhận điều chỉnh theo quy định tại Điều 57 của Luật này. Và khoản 2 Điều 57 Luật đấu thầu 2005: Việc điều chỉnh hợp đồng chỉ áp dụng trong thời gian thực hiện hợp đồng đã ký và phải được người có thẩm quyền xem xét, quyết định. Giá hợp đồng sau điều chỉnh không được vượt dự toán, tổng dự toán hoặc giá gói thầu trong kế hoạch đấu thầu được duyệt, trừ trường hợp người có thẩm quyền cho phép.* Như vậy, việc điều chỉnh Hợp đồng số 58 phải theo đúng quy định tại Điều 50, 57 Luật đấu thầu 2005 là ***"Việc điều chỉnh hợp đồng chỉ áp dụng trong thời gian thực hiện hợp đồng đã ký và phải được người có thẩm quyền xem xét, quyết định".*** Ngoài ra, tại khoản 4.1 Điều kiện cụ thể, một bộ phận không tách rời của Hợp đồng 58 hai bên cũng thỏa thuận thống nhất: *Việc điều chỉnh hợp đồng do chủ đầu tư quyết định.*

[1.5] Theo Văn bản số: 1605/TTg-CN ngày 18/10/2005 V/v Đầu tư dự án thủy điện A, tỉnh Thừa Thiên Huế của Thủ tướng Chính phủ: *Cho phép đầu tư thủy điện A (tên cũ A'), công suất 120MW, tỉnh Thừa Thiên Huế. Công ty Cổ phần Thủy điện Đ*

(Chủ đầu tư) bổ sung hoàn chỉnh dự án trước khi ***quyết định đầu tư xây dựng công trình****... Hội đồng quản trị Công ty Cổ phần Thủy điện Đ* ***phê duyệt và chỉ đạo*** *thực hiện Dự án thủy điện A theo đúng quy định hiện hành.*

[1.6] Theo quy định khoản 1.3 Điều 1 và khoản 8.6 Điều 8 của Thông tư 09 của Bộ Xây dựng Hướng dẫn điều chỉnh giá và hợp đồng xây dựng do biến động giá nguyên liệu, nhiên liệu và vật liệu xây dựng: *Việc điều chỉnh giá do biến động giá nguyên liệu, nhiên liệu và vật liệu xây dựng chỉ áp dụng đối với gói thầu đã và đang triển khai thực hiện theo hình thức hợp đồng trọn gói và hợp đồng theo đơn giá cố định. Đối với gói thầu đã và đang triển khai thực hiện theo hình thức hợp đồng hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh thì chỉ được áp dụng việc điều chỉnh giá do biến động giá nguyên liệu, nhiên liệu và vật liệu xây dựng trong trường hợp khối lượng tính bù giá được thực hiện trong thời gian chậm tiến độ không do lỗi nhà thầu.*

[1.7] Ngoài ra, tại Văn bản số: 1565/TTg-KTN ngày 22/9/2008 của Thủ tướng Chính phủ hướng dẫn về việc điều chỉnh giá và hợp đồng xây dựng gửi các Bộ: Xây dựng, Kế hoạch và Đầu tư, Tài chính, Gia thông vận tải, Công Thương, Nông nghiệp và Phát triển nông thôn; Văn bản số: 2057/BXD-KTXD ngày 13/10/2008 của Bộ Xây dựng về việc điều chỉnh giá và hợp đồng xây dựng, gửi cho các Bộ, cơ quan ngang Bộ, UBND các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, các Tập đoàn kinh tế, các Tổng Công ty Nhà nước, hướng dẫn việc điều chỉnh giá hợp đồng xây dựng theo hướng dẫn tại Thông tư 09 đối với các dự án chậm tiến độ như sau: *Chủ đầu tư xác định nguyên nhân chậm tiến độ, tổng hợp báo cáo* ***người quyết định đầu tư xem xét, quyết định*** *việc điều chỉnh giá vật liệu trong hợp đồng của khối lượng thi công chậm tiến độ. Trường hợp* ***chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan*** *thì được điều chỉnh giá vật liệu trong hợp đồng theo quy định tại Thông tư 09.*

[1.8] Như vậy, với thỏa thuận tại Hợp đồng số 58 và theo quy định của Điều 50, 57 Luật đấu thầu, thông tư 09 và các văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật của Thủ tướng Chính phủ, Bộ Xây dựng về việc điều chỉnh giá trong hợp đồng xây dựng như nêu trên thì, việc điều chỉnh giá do biến động giá nguyên liệu, nhiên liệu và vật liệu xây dựng đối với Hợp đồng 58 phải do chủ đầu tư là Hội đồng quản trị Công ty Cổ phần Thủy điện Đ (là người quyết định, phê duyệt đầu tư và chỉ đạo thực hiện dự án thủy điện A) quyết định và trường hợp chậm tiến độ do nguyên nhân khách quan không do lỗi Công ty Đ thì mới được điều chỉnh giá còn chậm tiến độ do lỗi của Công ty Đ thì không được điều chỉnh giá.

[1.9] Giá trị của Hợp đồng 58 là: **247.643.495.235** đồng. Giá trị khối lượng của gói thầu mà Công ty Đ đã thực hiện và được hai bên quyết toán là: **243.215.818.061** đồng. Sau khi hai bên thống nhất ký kết xác định những công việc chậm trễ tiến độ thi công không do lỗi của Công ty Đ và những công việc chậm trễ tiến độ thi công do lỗi

của nhà thầu Công ty Đ. Và sau khi được Công ty TNHH Kiểm toán và Kế toán ACC kiểm toán độc lập giá trị khối lượng của gói thầu mà Công ty Đ đã thực hiện. Được sự thống nhất của Hội đồng quản trị, Công ty Thủy điện Đ và Công ty Đ ký Phụ lục hợp đồng số 16- PLHĐ/58 ngày 07/9/2015, điều chỉnh Hợp đồng số 58, theo đó, giá trị điều chỉnh giá đối với phần nguyên vật liệu, nhân công chậm tiến độ (của các năm từ 2008 đến năm 2013) không do lỗi nhà thầu Công ty Đ là **49.671.676.617đồng**, nâng tổng giá trị quyết toán của Hợp đồng 58 lên **292.887.487.678 đồng**. Công ty Thủy điện Đ đã thanh toán toàn bộ số tiền này cho Công ty Đ. Đối với nhưng công việc chậm tiến độ hai bên đã xác định do lỗi của Công ty Đ, Công ty Đ tiếp tục yêu cầu điều chỉnh giá với số tiền 17.948.983.494đồng, Hội đồng quản trị Công ty Thủy điện Đ – là chủ đầu tư dự án, người có thẩm quyền xem xét, quyết định *"Thống nhất không điều chỉnh giá phần khối lượng chậm tiến độ do lỗi nhà thầu của Hợp đồng 58"* theo Nghị quyết HĐQT số: 03/2016/NQ-CHP-HĐQT ngày 15/7/2016, là đúng Hợp đồng 58, đúng quy định của pháp luật.

[1.10] Tuy nhiên, bản án sơ thẩm của Tòa án nhân dân quận S không căn cứ vào Hợp đồng 58, Điều 50,57 Luật đấu thầu, Thông tư 09, các văn bản hướng dẫn về việc điều chỉnh giá như đã phân tích trên mà viện dẫn Văn bản số 2145/BXD –KTXD ngày 08/9/2014 của Bộ Xây dựng trả lời Công ty Đ, có nội dung*"Trường hợp tiến độ thi công công trình chậm do lỗi của nhà thầu: các khối lượng thực hiện ngoài thời gian thực hiện hợp đồng đã ký do lỗi của nhà thầu thì việc điều chỉnh giá được tính tại thời điểm kết thúc thi công của công tác đó quy định trong Biểu tiến độ của hợp đồng đã ký kết hay tại thời điểm thực tế thi công tùy theo điều kiện nào có lợi cho chủ đầu tư đồng thời xử lý phạt hợp đồng theo quy định trong hợp đồng đã ký"*, cho rằng Công ty Đ lập dự toán bổ sung chi phí nhân công, nguyên vật liệu do biến động giá đối với khối lượng chậm tiến độ do lỗi của Công ty Đ là 17.948.983.494 đồng, là phù hợp với thực tế khách quan cũng như lẽ công bằng, để chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ là không có cơ sở. Bởi lẽ: (i) Văn bản 2145 chỉ là văn bản trả lời riêng cho Công ty Đ, không phải là văn bản quy phạm pháp luật theo quy định tại Điều 4 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật và nội dung trên của Văn bản 2145 là trái với quy định tại Điều 50, 57 Luật đấu thầu 2005, Thông tư 09, Văn bản số: 1565/TTg-KTN ngày 22/9/2008 của Thủ tướng Chính phủ nên nó không có hiệu lực bắt buộc áp dụng chung cho các tổ chức, cá nhân. Công ty Thủy điện Đ không có nghĩa vụ phải tuận theo. Ngoài ra, tại chính mục 2 của Văn bản 2145 cũng hướng dẫn: *"Hợp đồng 58 là là hợp đồng theo đơn giá và việc điều chỉnh hợp đồng được thực hiện theo Điều 50, 57 Luật đấu thầu, do vậy, việc điều chỉnh giá thực hiện theo hướng dẫn tại Thông tư 09 …"*. Và sau khi xét xử sơ thẩm, Công ty Thủy điện Đ đã có văn bản gửi Bộ Xây dựng đề nghị hướng dẫn áp dụng Văn bản số: 2145, thì Bộ Xây dựng có Văn bản số: 2850/BXD-KTXD ngày 24/11/2017 gửi cho Công ty Thủy điện Đ khẳng định

"…Việc điều chỉnh giá hợp đồng do người quyết định đầu tư quyết định *(theo thẩm quyền)"*. Như đã phân tích trên, ***người quyết định đầu tư quyết định*** đối với Hợp đồng 58 chính là Hội đồng quản trị Công ty Thủy điện Đ.

[1.11] Ngoài ra, bản án sơ thẩm còn nhận định: Thông tư chỉ hướng dẫn: *"Chậm tiến độ thực hiện theo hợp đồng không do lỗi của nhà thầu thì khối lượng thực hiện từ năm 2007 được điều chỉnh giá nhưng không có điều khoản nào hướng dẫn nếu chậm tiến độ do lỗi của nhà thầu thì không được điều chỉnh giá. Như vậy, phải hiểu rằng nếu không có quy định thì phải áp dụng giải quyết điều chỉnh giá theo thủ tục chung và trường hợp này được điều chỉnh giá theo Thông tư 09".* Nhận định như bản án sơ thẩm là hoàn toàn không đúng. Quy định của Thông tư 09 phải được hiểu rằng: chỉ duy nhất trường hợp chậm tiến độ không do lỗi của nhà thầu thì mới được điều chỉnh giá, còn do lỗi của nhà thầu thì không được điều chỉnh giá.

[1.11] Từ những nhận định, phân tích trên, Hội đồng xét xử phúc thẩm xét thấy bản án sơ thẩm chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ buộc Công ty Đ trả số tiền 17.948.983.494đ đối với phần điều chỉnh giá chậm tiến độ do lỗi của Công ty Đ là không đúng pháp luật. Do vậy, chấp nhận kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ và thay đổi kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, không chấp nhận khởi kiện của Công ty Đ đối với khoản tiền này.

[2] Đối với yêu cầu của nguyên đơn Công ty Đ về khoản tiền lãi quá hạn do chậm thanh toán tính đến ngày 15/4/2017 là **5.048.865.438 đồng.** Như đã nhận định trên, do không có căn cứ để buộc Công ty Thủy điện Đ phải chấp nhận việc điều chỉnh giá vì lỗi chủ quan của Công ty Đ với phần tiền gốc 17.948.983.494 đồng, Công ty Thủy điện Đ cũng không thừa nhận có khoản nợ khoản tiền này, nên không có cơ sở buộc Công ty Thủy điện Đ phải thanh toán cho Công ty Đ khoản tiền tiền lãi quá hạn do chậm thanh toán là 5.084.865.438 đồng. Do đó, Hội đồng xét xử phúc thẩm chấp nhận kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ và thay đổi kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ đối với khoản tiền lãi chậm trả.

[3] Về nghĩa vụ chịu án phí:

[3.2] Án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm: Do không chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn Công ty Đ, nên Công ty Đ phải chịu án phí sơ thẩm là: 131.033.848 đồng theo quy định tại khoản 3 Điều 26 Nghị quyết 326/2016/UBTV/QH14 ngày 30/12/2016 của Uỷ ban Thường vụ Quốc hội.

[3.2] Án phí kinh doanh thương mại phúc thẩm: Do chấp kháng cáo, kháng nghị sửa bản án sơ thẩm, nên Công ty Thủy điện Đ không phải chịu án phí phúc thẩm theo quy định tại khoản 2 Điều 29 Nghị quyết 326/2016/UBTV/QH14 ngày 30/12/2016 của

Uỷ ban Thường vụ Quốc hội. Hoàn trả lại cho Công ty Thủy điện Đ số tiền tạm ứng án phí phúc thẩm là 2.000.000 đồng, theo biên lai thu tạm ứng án phí, lệ phí tòa án số 1982 ngày 13/10/2017 tại Chi cục Thi hành án dân sự quận S, thành phố Đà Nẵng Đà Nẵng.

[4] Từ những phân tích, nhận định trên, Hội đồng xét xử thống nhất với quan điểm của đại diện Viện kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng tại phiên tòa, chấp nhận kháng cáo của Công ty Thủy điện Đ; áp dụng khoản 2 Điều 308 BLTTDS năm 2015, sửa toàn bộ Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số: 04/2017/KDTM-ST ngày 27 tháng 9 năm 2017 của Tòa án nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng, theo hướng không chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ buộc Công ty Thủy điện Đ phải thanh toán số tiền 23.033.848.923 đồng, trong đó tiền gốc là 17.949.983.949 đồng và 5.048.865.438 đồng là tiền lãi quá hạn do chậm thanh toán.

Vì các lẽ trên;

QUYẾT ĐỊNH:

Căn cứ: - Khoản 2 Điều 308 BLTTDS năm 2015;

- Điều 50, 57 Luật đấu thầu 2005; Điều 4 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật;

- Thông tư số 09/TT-BXD ngày 17/4/2008 của Bộ Xây dựng; Văn bản số: 1605/TTg-CN ngày 18/10/2005 V/v Đầu tư dự án thủy điện A, tỉnh Thừa Thiên Huế và Văn bản số: 1565/TTg-KTN ngày 22/9/2008 của Thủ tướng Chính phủ; Công văn số: 2057/BXD ngày 13/10/2008 của Bộ xây dựng về điều chỉnh giá trong hợp đồng xây dựng.

- Khoản 3 Điều 26, khoản 2 Điều 29 Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30-12-2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí tòa án.

Chấp nhận kháng cáo của Công ty Cổ phần Thủy điện Đ và thay đổi kháng nghị của Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Đà Nẵng, sửa toàn bộ Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số: 04/2017/KDTM-ST ngày 27 tháng 9 năm 2017 của Tòa án nhân dân quận S, thành phố Đà Nẵng về việc*"tranh chấp hợp đồng thi công"*.

Tuyên xử:

1. Không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Cổ phần Xây dựng Đ về việc buộc Công ty Cổ phần Thủy điện Đ phải thanh toán số tiền **23.033.848.932đồng** (Hai mươi ba tỉ, không trăm ba mươi ba triệu. tám trăm bốn mươi tám nghìn, chín trăm ba mươi hai đồng), (trong đó tiền gốc là 17.949.983.949đ và tiền lãi quá hạn do chậm thanh toán là 5.084.865.438đ).

2. Về án phí:

2.1. Án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm: Công ty Cổ phần Xây dựng Đ phải nộp : **131.033.848 đồng**, được trừ vào số tiền tạm ứng án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm đã nộp là 65.516.924 đồng theo biên lai thu số 9028 ngày 09/5/2017 của Chi cục Thi hành án dân sự quận S, thành phố Đà Nẵng. Như vậy, Công ty Cổ phần Xây dựng Đ còn phải nộp số tiền là (131.033.848 đồng - 65.516.924 đồng) = **65.516.924 đồng.**

2.2. Án phí kinh doanh thương mại phúc thẩm: Công ty Cổ phần Thủy điện Đ không phải nộp, hoàn trả lại cho Công ty Cổ phần Thủy điện Đ số tiền tạm ứng án phí phúc thẩm đã nộp là 2.000.000 đồng, theo biên lai thu tạm ứng án phí, lệ phí tòa án số 1982 ngày 13/10/2017của Chi cục Thi hành án dân sự quận S, thành phố Đà Nẵng.

3. Bản án phúc thẩm có hiệu lực kể từ ngày tuyên án.

4. Trường hợp bản án, quyết định được thi hành theo quy tại Điều 2 Luật Thi hành án dân sự thì người được thi hành án dân sự, người phải thi hành án dân sự có quyền thoả thuận thi hành án, quyền yêu cầu thi hành án, tự nguyện thi hành án hoặc bị cưỡng chế thi hành án theo quy định tại các điều 6, 7 và 9 Luật Thi hành án dân sự; thời hiệu thi hành án được thực hiện theo Điều 30 Luật Thi hành án dân sự.

Nơi nhận:
- Các đương sự;
- VKSND TP. Đà Nẵng;
- Tòa án nhân dân quận S;
- Chi cục THADS quận S;
- Lưu HS, TKT.

TM. HỘI ĐỒNG XÉT XỬ PHÚC THẨM
THẨM PHÁN - CHỦ TỌA PHIÊN TÒA

Cao Văn Hiếu