

**TOÀ ÁN NHÂN DÂN
THÀNH PHỐ HẢI PHÒNG**

**CỘNG HOÀ XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
Độc lập - Tự do - Hạnh phúc**

Bản án số: 09/2018/KDTM-PT
Ngày 05-02-2018
V/v tranh chấp bảo lãnh hoàn trả tiền
ứng trước

**NHÂN DANH
NƯỚC CỘNG HOÀ XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM**

TOÀ ÁN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ HẢI PHÒNG

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

Thẩm phán - Chủ tọa phiên tòa: Ông Nguyễn Văn Dương

Các Thẩm phán:

Bà Vũ Thị Thu Hà

Bà Trần Thu Hương

- Thư ký phiên tòa: Bà Đỗ Thị Hạnh – Thẩm tra viên Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng.

- Đại diện Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Hải Phòng tham gia phiên tòa: Ông Phạm Duy Hiển - Kiểm sát viên.

Ngày 05 tháng 02 năm 2018, tại trụ sở Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng xét xử phúc thẩm công khai Vụ án thụ lý số 34/2016/TLPT-KDTM ngày 22 tháng 11 năm 2016 về việc tranh chấp bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước.

Do Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 08/2016/KDTM-ST ngày 30 tháng 9 năm 2016 của Tòa án nhân dân quận H, thành phố Hải Phòng bị kháng cáo.

Theo Quyết định đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm số 34/2018/QĐ-PT ngày 04 tháng 01 năm 2018 và Quyết định hoãn phiên tòa phúc thẩm số 109/2018/QĐ-PT ngày 25 tháng 01 năm 2018, giữa các đương sự:

- Nguyên đơn: Tổng công ty A; địa chỉ trụ sở chính: Số 205A N, phường 26, quận B, Thành phố Hồ Chí Minh.

Người đại diện hợp pháp của nguyên đơn: Bà Đinh Thị Bích H, sinh năm 1977; địa chỉ: Số 106 N, phường 07, quận 5, Thành phố Hồ Chí Minh (Theo Giấy ủy quyền số 608/UQ-TCT ngày 23 tháng 11 năm 2015 của Tổng công ty A); có mặt tại phiên tòa.

- Bị đơn: Ngân hàng B; địa chỉ trụ sở chính: Số 35 H, Quận H, Thành phố Hà Nội;

Người đại diện hợp pháp của bị đơn: Ông Phạm Đức C, chức vụ: Phó trưởng phòng khách hàng doanh nghiệp, Ngân hàng B - Chi nhánh Lạch Tray (Theo Quyết định ủy quyền số 459/QĐ-BIDV.LT ngày 22 tháng 11 năm 2017 của Giám đốc chi nhánh Ngân hàng B Lạch Tray), địa chỉ: Số 320-322 T, quận L, thành phố Hải Phòng; có mặt tại phiên tòa.

- *Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan:* Công ty C; địa chỉ trụ sở tại: Cụm công nghiệp V, đường N, Quận L, thành phố Hải Phòng.

Người đại diện hợp pháp của người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan: Ông Vũ Trọng H, sinh năm 1980, Chuyên viên Công ty C (Theo Quyết định ủy quyền số 09/UQ-CINDE ngày 31 tháng 01 năm 2018 của Chủ tịch HĐQT Công ty); có mặt tại phiên tòa.

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan: Ông Tạ Quang B - Luật sư thuộc Công ty Luật TNHH B. (Theo Giấy yêu cầu người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự ngày 25 tháng 12 năm 2017 của Giám đốc công ty C); có mặt tại phiên tòa.

- *Người kháng cáo:* Bị đơn Ngân hàng B.

NỘI DUNG VỤ ÁN:

I. Tóm tắt nội dung, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm:

Theo các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ thể hiện:

Ngày 08-9-2011, Tổng công ty A và Công ty C ký hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP về việc thi công 30% khối lượng gói thầu A4 tại Hải Phòng hợp phần thoát nước Hải Phòng với công việc cụ thể được Ban điều hành dự án phân công theo lý trình và vị trí cụ thể của từng hạng mục công trình.

Để đảm bảo việc hoàn trả tiền ứng trước của Công ty C khi vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng 58/HĐ-XD-HĐTP, ngày 02-11-2011 Công ty C đã ký với Ngân hàng B - Chi nhánh Hải Phòng hợp đồng bảo lãnh số 02/2011/HĐ. Sau khi ký hợp đồng bảo lãnh số 02/2011/HĐ, ngày 02/11/2011 Ngân hàng B đã phát hành cho Tổng công ty A thư bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước số 1098/BL-KHDN2 với cam kết: Ngân hàng B Hải Phòng sẽ trả cho Tổng công ty A một khoản tiền tối đa là 18.000.000.000 đồng (mười tám tỷ đồng) sau khi nhận được:

- Yêu cầu bằng văn bản của nhà thầu chính (Tổng công ty A) do người đại diện có thẩm quyền ký kèm theo xác nhận của nhà thầu chính là do nhà thầu phụ đã không thực hiện đúng điều khoản của hợp đồng;

- Bản gốc thư bảo lãnh này;

- Tài liệu chứng minh.

Thư bảo lãnh có hiệu lực kể từ ngày số tiền tạm ứng nói trên ghi có vào tài khoản số 321.10.00000.2421 của Công ty C tại Ngân hàng B Hải Phòng đến hết ngày 01/6/2015 hoặc khi số tiền tạm ứng được thu hồi hết, tùy theo điều kiện nào đến trước.

Sau khi Ngân hàng B phát hành thư bảo lãnh, Tổng công ty A đã thực hiện việc ứng cho Công ty C 18.000.000.000 đồng (bao gồm 17.468.000.000 đồng và phí bảo lãnh 532.000.000 đồng).

Ngày 20-02-2014, Tổng công ty A đã gửi văn bản số 103/BTC-TCT cho Ngân hàng B về việc giảm trừ tiền ứng trước.

Ngày 26-02-2014, Ngân hàng B phát hành bảo lãnh số 38/BL-KHDN2 thay thế bảo lãnh số 1098/BL-KHDN2 ngày 02-11-2011 theo đó: Số tiền bảo lãnh tối đa là 7.000.000.000 đồng (Bảy tỷ đồng). Thời hạn bảo lãnh đến hết ngày 01/6/2015 hoặc thu hết tiền tạm ứng tùy theo điều kiện nào đến trước. Nội dung các điều khoản khác của thư bảo lãnh không thay đổi.

Quá trình thực hiện hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP ngày 8/9/2011, Công ty C đã vi phạm Điều 8, khoản 8.1 của hợp đồng (thi công các hạng mục công trình không đạt tiêu chuẩn, không đảm bảo chất lượng, chậm trễ, không đúng tiến độ thi công) và Tổng công ty A đã phải gửi rất nhiều văn bản nhắc nhở nhưng Công ty C không khắc phục.

Theo biên bản xác nhận công nợ giữa hai bên ngày 01-01-2014, Công ty C xác nhận còn nợ Tổng công ty A: 11.952.021.476 đồng;

Sau đó, Tổng công ty A nhiều lần yêu cầu Công ty C đối chiếu công nợ nhưng Công ty C không hợp tác.

Trong thời gian hiệu lực của thư bảo lãnh, Tổng công ty A đã gửi rất nhiều văn bản yêu cầu Ngân hàng B hoàn trả lại cho Tổng công ty A số tiền bảo lãnh ứng trước là 7.000.000.000 đồng (Bảy tỷ đồng), Cụ thể: Văn bản số 271/CV-BTC-TCT ngày 21/5/2015; văn bản số 300/CV-BTC-TCT ngày 02/6/2015, văn bản số 311/CV-BTC-TCT ngày 11/6/2015, văn bản số 333/CV-BTC-TCT ngày 19/06/2015; biên bản bàn giao hồ sơ ngày 25/5/2015). Ngân hàng B đều nhận được các văn bản này nhưng không thực hiện việc hoàn trả tiền bảo lãnh ứng trước cho Tổng công ty A.

Do Ngân hàng không thực hiện nghĩa vụ theo Thư bảo lãnh nên Tổng công ty A khởi kiện yêu cầu Ngân hàng B phải hoàn trả lại cho Tổng công ty A tiền bảo lãnh ứng trước là 7.000.000.000 đồng (Bảy tỷ đồng).

Đối với hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP ngày 8/9/2011 giữa Tổng công ty A và Công ty C, giữa hai bên vẫn chưa chấm dứt hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của hai bên sẽ được giải quyết theo qui định của pháp luật nếu một trong hai bên có yêu cầu; trong vụ án này Tổng công ty A không yêu cầu Tòa án xem xét giải quyết.

*Ý kiến của bị đơn:

Ngân hàng B xác nhận giữa Ngân hàng B và Công ty C đã ký kết Hợp đồng cấp bảo lãnh số 02/2011/HĐ ngày 02-11-2011.

Ngân hàng B đã phát hành Thư bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước số 1098/QL-QHKHDN2 ngày 02-11-2011, Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2 ngày 26-02-2014 cho Tổng công ty A như người đại diện hợp pháp của nguyên đơn đã trình bày.

Về việc Tổng công ty A đề nghị Ngân hàng hoàn trả tiền tạm ứng với mức tiền tối đa theo giá trị của Thư bảo lãnh còn lại là: 7.000.000.000 đồng, bị đơn không đồng ý vì: giá trị này là giá trị tối đa và sẽ được giảm trừ tương ứng với trách nhiệm Nhà thầu phụ đã thực hiện. Hiện tại, Tổng công ty A và Công ty C mới ký biên bản đối chiếu công nợ đến hết 31-12--/2013 và từ đó đến nay chưa tiếp tục thực hiện được việc đối chiếu công nợ. Vì vậy, Ngân hàng B chưa xác định được số tiền cụ thể để chuyển trả lại Tổng công ty A trong trường hợp phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Ngân hàng B đề nghị Tổng công ty A xem xét lại việc đòi tiền bảo lãnh và làm việc với Công ty C để thống nhất việc thu hồi số tiền ứng trước còn lại.

Ngân hàng B không từ chối nghĩa vụ bảo lãnh của mình nhưng đề nghị Tổng công ty A xuất trình các tài liệu chứng minh về sự vi phạm hợp đồng (Hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP ngày 08-9-2011 được ký kết giữa Tổng công ty A và Công ty C) của Công ty C để Ngân hàng B có căn cứ hoàn trả tiền ứng trước cho Tổng công ty A; hoặc chứng minh đủ 3 điều kiện để Ngân hàng B hoàn trả bảo lãnh.

***Ý kiến của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan:**

Xác nhận việc ký kết Hợp đồng cấp bảo lãnh số 02/2011/HĐ ngày 02-11-2011. Tuy nhiên Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN2 ngày 02-11-2011 và Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2 ngày 26-02-2014 của Ngân hàng B phát hành đều là Thư bảo lãnh có điều kiện, nghĩa là: Ngân hàng B chỉ hoàn trả tiền ứng trước cho Nhà thầu chính khi Nhà thầu chính xác định Nhà thầu phụ đã vi phạm điều khoản bảo lãnh của hợp đồng và phải có các tài liệu chứng minh kèm theo.

Ngày 21-5-2015, Tổng công ty A gửi Công văn số 271/CV-BTC-TCT yêu cầu Ngân hàng B hoàn trả tiền ứng trước với lý do Công ty C đã vi phạm điều kiện của hợp đồng mà không nêu rõ Công ty C đã vi phạm điều khoản nào của hợp đồng đã ký mà chỉ nêu nội dung: Vào thời điểm 14 ngày trước ngày hết hạn của bảo lãnh mà Công ty C chưa hoàn thành các nghĩa vụ của hợp đồng thì phải có trách nhiệm gia hạn bảo lãnh. Sau khi xem xét, Ngân hàng B cùng Công ty C thấy rằng việc áp dụng nội dung trên là không đúng với các điều khoản có trong hợp đồng. Cụ thể như sau:

Việc phải tiếp tục gia hạn bảo lãnh trước 14 ngày chỉ áp dụng với nội dung yêu cầu của bảo đảm thực hiện hợp đồng, không áp dụng với bảo đảm hoàn trả tiền ứng trước, quy định tại Điều 3 khoản 1 trang 19 Hợp đồng thi công xây dựng số 04/2011/HĐXD-BQL.

Đối với tiền ứng trước Tổng công ty A có quyền giám sát Công ty C trong việc sử dụng vốn ứng trước đúng mục đích. Bất kỳ thời điểm nào Tổng công ty A yêu cầu mà Công ty C không chứng minh được việc sử dụng tiền ứng trước đúng mục đích như đã cam kết thì Tổng công ty A có quyền thu hồi thông qua ngân hàng bảo lãnh ứng trước, quy định tại Điều 32 khoản 2 trang 28 Hợp đồng thi công xây dựng số 04/2011/HĐXD-BQL. Trên thực tế, Công ty C đã sử dụng đúng mục đích tiền ứng trước để thi công gói thầu A4. Việc sử dụng tiền ứng trước buộc phải thông qua tài khoản ngân hàng và liên tục được Ngân hàng B giám sát thông qua các báo cáo hàng tháng, hàng quý, hàng năm.

Tại Điều 7.1 trang 3 Hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP ngày 08/9/2011 ghi rõ Công ty C có trách nhiệm bảo lãnh đến hết ngày 01/6/2015 hoặc khi Tổng công ty A thu hồi hết số tiền ứng trước, tùy theo điều kiện nào đến trước.

Căn cứ vào những điều khoản trên, Công ty C nhận thấy đã thực hiện đúng hợp đồng, việc sử dụng tiền ứng trước tại Ngân hàng B là đúng mục đích và không có nghĩa vụ phải tiếp tục gia hạn việc thực hiện bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước theo yêu cầu của Tổng công ty A. Vì vậy, việc Tổng công ty A yêu cầu Ngân hàng B chi nhánh Hải Phòng hoàn trả tiền ứng trước là không đúng.

Để giải quyết vụ việc trên cơ sở hợp tác, Ngân hàng B đã tổ chức một cuộc họp ba bên vào ngày 12-8-2015 tại Ngân hàng B chi nhánh Hải Phòng. Tại cuộc họp này, các bên đồng ý sẽ tính toán khối lượng thực hiện công việc cũng như các chi phí mà Công ty C đã đầu tư để bù trừ vào số tiền ứng trước. Tuy Công ty C đã nỗ lực thực hiện nhưng công tác này còn rất nhiều vướng mắc với lý do việc thanh quyết toán và nghiệm thu các hạng mục công việc, việc tính toán bù giá theo hợp đồng chưa thể thực hiện hoàn tất do hiện nay công trình vẫn đang thi công và chủ đầu tư cũng chưa tính toán xác nhận các khối lượng, nội dung nêu trên với Tổng công ty A. Việc xác định tính toán để bù trừ tạm ứng chỉ có thể được thực hiện sau khi Tổng công ty A hoàn thành việc quyết toán, nghiệm thu, bàn giao đưa công trình vào sử dụng với Ban quản lý dự án cải thiện điều kiện vệ sinh môi trường Hải Phòng.

Bởi vậy, Công ty C đề nghị Tòa án xem xét giải quyết vụ án theo đúng các quy định của pháp luật.

II. Giải quyết của Tòa án cấp sơ thẩm:

Tại Bản án sơ thẩm số 08/2016/KDTM-ST ngày 30 tháng 9 năm 2016 của Tòa án nhân dân quận H, thành phố Hải Phòng đã căn cứ Thông tư số 28/2012/ TT - NHNN ngày ngày 03 tháng 10 năm 2012 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Căn cứ Điều 361; Điều 362; Điều 363; Điều 367 Bộ luật dân sự năm 2005; Căn cứ Điều 30; điểm b, khoản 1 điều 36; điểm a khoản 1 điều 39; Điều 144; khoản 1, Điều 147 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015; Pháp lệnh án phí, lệ phí Tòa án ngày 27/02/2009 của Ủy ban thường vụ Quốc Hội. Xử:

- Chấp nhận toàn bộ yêu cầu của Tổng công ty A về việc:

Buộc Ngân hàng B phải thực hiện nghĩa vụ hoàn trả số tiền tạm ứng là 7.000.000.000 đồng (Bảy tỷ đồng) cho Tổng công ty A.

Đối với các khoản tiền nêu trên, khi bản án có hiệu lực pháp luật, kể từ ngày người được thi hành án có đơn yêu cầu thi hành, nếu người phải thi hành án không thi hành thì hàng tháng phải chịu tiền lãi theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời gian chậm trả tại thời điểm thanh toán.

Khi Ngân hàng B hoàn thành nghĩa vụ nêu trên thì có quyền yêu cầu Công ty cổ phần xây dựng và phát triển hạ tầng (Công ty C) thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong phạm vi bảo lãnh, nếu không có thỏa thuận khác.

Ngoài ra bản án còn tuyên án phí và quyền kháng cáo của các đương sự.

III. Nội dung kháng cáo:

Sau khi xét xử sơ thẩm, ngày 13 tháng 10 năm 2016, Ngân hàng B kháng cáo toàn bộ bản án sơ thẩm số 08/2016/KDTM-ST ngày 30/9/2016 của Tòa án nhân dân quận H. Đề nghị Tòa án cấp phúc thẩm hủy Bản án sơ thẩm, chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân quận H giải quyết lại vụ án.

IV. Tại phiên tòa phúc thẩm:

Nguyên đơn trình bày: Nguyên đơn giữ nguyên yêu cầu khởi kiện, đề nghị Hội đồng xét xử buộc bị đơn phải thanh toán cho nguyên đơn số tiền ứng trước theo Thư bảo lãnh là 7 tỷ đồng.

Bị đơn: giữ nguyên yêu cầu kháng cáo, không đồng ý với quyết định của bản án sơ thẩm. Hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP ký ngày 08-9-2011 giữa Tổng công ty A là nhà thầu chính với Công ty C là nhà thầu phụ không có hiệu lực pháp luật, vi phạm Luật đấu thầu. Tổng công ty A đã vi phạm trong việc sử dụng nhà thầu phụ theo hợp đồng số 04/2011/HĐXD-BQL ngày 14-7-2011 vì chủ đầu tư không chấp nhận Công ty C là nhà thầu phụ.

Tại thời điểm Tổng công ty A yêu cầu Ngân hàng B thu hồi tiền tạm ứng trước thì giữa Tổng công ty A và Công ty C đang tranh chấp về tiến độ thanh toán theo hợp đồng vì chủ đầu tư không chấp nhận Công ty C là nhà thầu phụ. Việc thanh toán khối lượng thi công được trừ 100% vào tiền tạm ứng hợp đồng là trái với thỏa thuận của các bên tại hợp đồng đã ký kết. Giữa hai bên không ký phụ lục hợp đồng điều chỉnh điều khoản về thanh toán. Ngân hàng không đồng ý trả 7 tỷ cho Tổng công ty A vì giá trị này là giá giá trị tối đa và sẽ được giảm trừ tương ứng với trách nhiệm nhà thầu phụ đã thực hiện. Hiện tại Tổng công ty A và Công ty C mới ký Biên bản đối chiếu công nợ đến hết ngày 31-12-2013 vì vậy Ngân hàng B chưa xác định được số tiền cụ thể để chuyển trả lại Tổng công ty A trong trường hợp phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Việc Tổng công ty A đơn phương yêu cầu thu hồi bảo lãnh tiền tạm ứng theo hợp đồng 58/HĐ-XD-HĐTP là không có căn cứ. Đề nghị Hội đồng xét xử tuyên hủy bản án sơ thẩm vì:

Người bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp của bị đơn trình bày: Không chấp nhận việc đơn phương yêu cầu hoàn trả tiền ứng trước của nguyên đơn vì không có căn cứ. Quá trình thực hiện hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP, Tổng công ty A đã không thực hiện đúng theo những điều khoản đã cam kết, cụ thể: Tổng công ty A tự ý khấu trừ phí bảo lãnh, không thực hiện đúng các điều khoản về thanh toán, sử dụng sai mục đích tiền ứng trước, không đăng ký Công ty C là nhà thầu phụ. Nếu đối trừ nghĩa vụ hai bên thì số tiền ứng trước của Tổng công ty A cho Công ty C thì gần hết. Trường hợp chủ đầu tư không chấp nhận nhà thầu phụ là Công ty C thì hai bên có thỏa thuận chấm dứt hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP. Điều 10 hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP hai bên thỏa thuận " Bên A có quyền chấm dứt hợp đồng, thu hồi tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng...", như vậy hai bên có thỏa thuận thu hồi tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng nhưng Tổng công ty A không yêu cầu Công ty C làm bảo lãnh thực hiện hợp đồng nên yêu cầu thu hồi tiền ứng trước của Tổng công ty A không có căn cứ. Việc Tổng công ty A chỉ ra lỗi của Công ty C vi phạm hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP là không có cơ sở, khối lượng do Công ty C thực hiện chưa bao giờ bị Tư vấn giám sát của Chủ đầu tư lập biên bản về vi phạm tiến độ hoặc chất lượng hoặc có biên bản làm việc giữa Tổng công ty A và Công ty C về việc này. Công ty C cũng không vi phạm khi thuê nhà thầu phụ là Công ty Xây dựng 19-5 vào thi công gói thầu A4 mà không được sự đồng ý của Tổng công ty A. Do đó yêu cầu thu hồi bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước của Tổng công ty A không có căn cứ chấp nhận. Đề nghị Tòa án cấp phúc thẩm xem xét hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP vô hiệu, xử lý hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu và tuyên hủy bản án sơ thẩm.

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không đồng ý với yêu cầu của Tổng công ty A về việc yêu cầu hoàn trả tiền tạm ứng trước.

Đại diện Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Hải Phòng phát biểu ý kiến về việc tuân theo pháp luật trong quá trình giải quyết vụ án ở giai đoạn phúc thẩm và phát biểu ý kiến về nội dung kháng cáo:

- Trong quá trình giải quyết vụ án theo thủ tục phúc thẩm, Hội đồng xét xử đã chấp hành đúng các quy định của Bộ luật tố tụng dân sự. Những người tham gia tố tụng đã thực hiện đúng các quy định về quyền và nghĩa vụ của mình.

- Về nội dung kháng cáo: Trong nội dung hợp đồng cấp bảo lãnh Ngân hàng B hai bên thống nhất "*Khi có thông báo của bên nhận bảo lãnh về sự vi phạm nghĩa vụ đã được bảo lãnh...*" Thực tế, bị đơn có vi phạm về thời hạn nên chiếu theo nội dung thư bảo lãnh "*do nhà thầu phụ đã không thực hiện đúng điều khoản*

của hợp đồng" nên Ngân hàng B phải có trách nhiệm thực hiện cam kết của mình. Trong vụ án này chỉ xem xét giải quyết tranh chấp về hợp đồng bảo lãnh của Ngân hàng, việc xem xét, chứng minh vi phạm, nghĩa vụ liên quan là một quan hệ pháp luật khác không liên quan đến vụ án về hoàn trả tiền bảo lãnh ứng trước theo thư bảo lãnh do đó không có căn cứ chấp nhận yêu cầu kháng cáo của bị đơn, đề nghị Hội đồng xét xử giữ nguyên bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 08/2016/KDTM-ST ngày 30-9-2016 của Tòa án nhân dân quận H.

NHẬN ĐỊNH CỦA TÒA ÁN:

Sau khi xem xét các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ đã được xem xét tại phiên tòa, kết quả tranh tụng tại phiên tòa, yêu cầu kháng cáo của bị đơn, việc giải quyết xét xử của Tòa án cấp sơ thẩm và ý kiến của đại diện Viện Kiểm sát nhân dân thành phố Hải Phòng tham gia phiên tòa;

[1]. Về thủ tục tố tụng:

1.1. Đơn kháng cáo và nội dung kháng cáo, thủ tục kháng cáo của bị đơn là đúng theo quy định tại Điều 272 và Điều 273 Bộ luật tố tụng dân sự nên được Tòa án chấp nhận xem xét.

1.2. Về xác định quan hệ pháp luật tranh chấp: Đây là tranh chấp phát sinh từ hợp đồng bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước giữa Tổng công ty A và Ngân hàng B nên Tòa án nhân dân quận H xác định đây là vụ án kinh doanh thương mại theo Điều 30 BLTTDS để thụ lý giải quyết là đúng quy định tại điểm b Khoản 1 Điều 35 BLTTDS.

[2]. Về nội dung kháng cáo:

2.1 Về các hợp đồng đã ký kết:

Ngày 14-7-2011, Tổng công ty A ký hợp đồng thi công xây dựng số 04/2011/HĐXD-BQL với Ban quản lý dự án Cải thiện điều kiện vệ sinh môi trường Hải Phòng về việc thi công xây dựng gói thầu A4: Xây dựng, cải tạo hồ điều hòa Vĩnh Niệm và Trại Chuối, kênh Ba Tổng; xây dựng đê Vĩnh Niệm, tuyến cống hợp: Thượng Lý, Trại Lẻ, Ba Tổng Dự án đầu tư xây dựng Hợp phần thoát nước mưa và Hợp phần thoát nước thải thuộc Dự án thoát nước mưa, nước thải và quản lý chất rắn Hải Phòng, giai đoạn I.

Ngày 08-9-2011, Tổng công ty A và Công ty C ký hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP về việc thi công 30% khối lượng gói thầu A4 tại Hải Phòng hợp phần thoát nước Hải Phòng với công việc cụ thể được Ban điều hành dự án phân công theo lý trình và vị trí cụ thể của từng hạng mục công trình.

Theo hợp đồng 58/HD-XD-HĐTP ngày 08-9-2011, Tổng công ty A và Công ty C đã thỏa thuận, việc tạm ứng vốn sẽ được thực hiện sau khi chủ đầu tư đã ứng vốn cho Tổng công ty A và được phân bổ theo tỷ lệ của khối lượng Công ty C đảm nhận thi công, trước khi tạm ứng vốn Công ty C phải gửi cho Tổng công ty A bảo

lãnh tiền ứng trước của Ngân hàng B Hải Phòng (Khoản 7.1, Điều 7). Việc hoàn trả tiền tạm ứng được thực hiện theo phương thức: Thu hồi dần qua các lần thanh toán, ngay ở lần thanh toán đầu tiên và các lần thanh toán tiếp theo và thu hồi hết khi thanh toán đến khoảng 80% giá hợp đồng; thu hồi bằng cách giảm trừ 30% giá trị thanh toán trong các lần thanh toán (Khoản 7.1, Điều 7). Tổng công ty A có quyền giám sát Công ty C trong việc sử dụng tiền ứng trước đúng mục đích. Bất kỳ thời điểm nào Tổng công ty A yêu cầu mà Công ty C không chứng minh được việc sử dụng tiền tạm ứng đúng mục đích như đã cam kết Tổng công ty A có quyền thu hồi thông qua Ngân hàng B Hải Phòng.

Ngày 02-11-2011, Công ty C và Ngân hàng B Hải Phòng ký Hợp đồng bảo lãnh số 02/2011/HĐ theo đó: Ngân hàng B Hải Phòng đồng ý cấp bảo lãnh cho Tổng công ty A số tiền 18 tỷ đồng, mục đích bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước theo Hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTĐP.

Ngày 26-02-2014, Ngân hàng B Hải Phòng cấp cho Tổng công ty A Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN, có hiệu lực kể từ ngày số tiền tạm ứng nói trên ghi có vào tài khoản số 321.10.00000.2421 của Tổng công ty A tại Ngân hàng B Hải Phòng đến hết ngày 01-6-2015 hoặc khi số tiền tạm ứng được thu hồi hết, tùy theo điều kiện nào đến trước. Ngân hàng B Hải Phòng cam kết sẽ trả cho Tổng công ty A một khoản tiền tối đa là 18 tỷ đồng nếu nhận được:

- + Yêu cầu bằng văn bản của nhà thầu chính (Tổng công ty A) do người đại diện có thẩm quyền ký kèm theo xác nhận của nhà thầu chính là do nhà thầu phụ đã không thực hiện đúng điều khoản của hợp đồng;

- + Bản gốc thư bảo lãnh;

- + Tài liệu chứng minh

Tổng công ty A đã thực hiện việc tạm ứng cho Công ty C 18 tỷ đồng (trong đó 17.468.000.000 đồng và phí bảo lãnh 532.000.000 đồng).

Ngày 20-02-2014, Tổng công ty A có văn bản số 103/BTC-TCT về việc giảm trừ trách nhiệm thư bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước và Công ty C có Công văn số 05/CV ngày 25-02-2014 về việc đề nghị Ngân hàng B Hải Phòng giảm số tiền bảo lãnh xuống còn 7 tỷ đồng. Ngày 26-02-2014, Ngân hàng B Hải Phòng phát hành Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2 chấp nhận giảm trừ số tiền bảo lãnh từ 18 tỷ đồng xuống còn 7 tỷ đồng, thời hạn bảo lãnh đến hết ngày 01-6-2015, các nội dung khác của Thư bảo lãnh không thay đổi.

Như vậy các hợp đồng giữa các bên được những người có thẩm quyền ký kết, nội dung và hình thức của hợp đồng theo đúng quy định của pháp luật, không vi phạm điều cấm nên phát sinh hiệu lực buộc các bên phải thực hiện.

2.1. Về vi phạm của Công ty C trong quá trình thực hiện hợp đồng số 58/HD-XD-HDTP

Để giám sát công trình theo hợp đồng 58/HD-XD-HDTP với Công ty C, Chủ đầu tư đã thuê tư vấn giám sát công trình là Liên danh Công ty TNHH NIPPON KOEL; Công ty CDM INTERNATIONAL INC; VIWASE (Công ty Cổ phần nước và môi trường Việt Nam) Nhật Bản. Quá trình thực hiện việc tư vấn giám sát thi công, Liên danh tư vấn giám sát đã có nhiều ý kiến với Công ty C và thư trao đổi với chủ đầu tư về vi phạm của Công ty C.

* Về tiến độ thi công:

Thư gửi ngày 18/7/2013 của tư vấn giám sát công trình nội dung như sau: *“Nhu nhà thầu đã biết rõ, tiến độ thi công thực tế của công hộp Thượng Lý đang bị trì trệ quá nhiều so với tiến độ thi công đã được phê duyệt. Nhằm đuổi kịp tiến độ phê duyệt nói trên, nhà thầu phải huy động thêm máy móc, vật tư, vật liệu thi công và lực lượng lao động tới công trường và tổ chức hơn một ca làm việc trong ngày. Công tác bê tông của công hộp đốt 9 đã được hoàn thành vào ngày 16/7/2013, tuy nhiên cho đến hôm nay công tác thi công cho công hộp đốt 8 vẫn chưa được bắt đầu do thiếu cừ thép. Nếu nhà thầu có ý định công tác cừ thép cho công hộp đốt 8 sẽ được bắt đầu sau khi rút cừ thép đang được sử dụng cho công hộp đốt 9, tiến độ thi công đã bị chậm lại càng chậm thêm, việc này không thể chấp nhận được...”*

Thư gửi ngày 31/7/2013: *“Tiêu đề dừng thi công phân đoạn 8 tại công trường thi công công hộp Thượng Lý. Thưa ông, Tư vấn nhận thấy, sau khi hoàn tất phân đoạn 9 công hộp, Nhà thầu dừng thi công phân đoạn 8 phía đường Hùng Duệ Vương không thông báo trước cho BQL và tư vấn. Đối với BQL và tư vấn, việc Nhà thầu tự ý dừng thi công phân đoạn 8, công hộp không có căn cứ pháp lý trong khi BQL đã bàn giao mặt bằng cho Nhà thầu là không thể chấp nhận được. Như nhà thầu đã biết, hiện tiến độ thi công bị trượt nhiều so với kế hoạch thi công tổng thể BQL, Nhà thầu và tư vấn đã thống nhất ngày 21/10/2012. Theo kế hoạch tiến độ thi công tổng thể, Nhà thầu cần hoàn tất 315 m dài công hộp vào đầu tháng 11. Tiến độ thi công hiện tại mới đạt $43/315=14,3\%$ trong khi thời gian còn lại để hoàn thành hạng mục chỉ còn lại ba tháng rưỡi (3,5 tháng). Thời gian đã qua chiếm 75% so với 14,3 khối lượng công việc đã hoàn tất. Vậy yêu cầu Nhà thầu lập và đệ trình bản giải trình chi tiết “làm thế nào để Nhà thầu hoàn tất khối lượng công việc còn lại bằng mọi cách” chậm nhất vào ngày 07/8/2013 theo đúng Điều 20- Ngày hoàn thành của hồ sơ Hợp đồng Nhà thầu cần tham chiếu Mục 34 thuộc các điều khoản cụ thể của hợp đồng và có biện pháp khắc phục khẩn trương để tránh phạt tiến độ.”*

Thư gửi ngày 08/8/2013: “ Nhà thầu có thể tham chiếu hình ảnh đính kèm, cho thấy thực tế thi công Nhà thầu đang thực hiện trên công trường. Như nhà thầu báo cáo khi họp công trường và họp tiến độ, Nhà thầu sẽ tiến hành đắp kè ngay sau khi hoàn tất các công tác chuẩn bị tư vấn đã hướng dẫn bao gồm làm sạch lớp đất nhão giữa móng và chân kè. Tại thời điểm Tư vấn tới kiểm tra hiện trường, Nhà thầu mới triển khai làm sạch lớp đất nhão này từ phía đông, tư vấn hướng dẫn kỹ sư hiện trường của Nhà thầu duy trì mực nước trong hồ ở mức thấp để đảm bảo công tác đắp kè. Ngày 08/8/2013, Kỹ sư hiện trường của Nhà thầu giải thích lý do phải dờ dề quai tạm hồ 1 là do máy bơm không đủ công suất và tiết kiệm điện vận hành máy bơm. Tư vấn yêu cầu Nhà thầu bố trí kỹ sư hiện trường có năng lực, có khả năng quản lý toàn bộ công trường để có thể giữ vững uy tín của một tổng thầu xây dựng cũng như để tránh các ảnh hưởng tới tiến độ thi công. Tư vấn một lần nữa nhắc nhở nhà thầu có công văn giải trình gửi Ban quản lý và Tư vấn nêu rõ làm thế nào nhà thầu có thể tiếp tục thi công.”

*** Về chất lượng thi công**

Thư gửi ngày 19/8/2013: “Tiêu đề không tuân thủ tiêu chí kỹ thuật và hướng dẫn của tư vấn về việc Kiểm tra vật tư bê tông lót phục vụ công tác đắp kè- Hồ Trại Chuối 1. Đây là quan ngại lớn, dù tư vấn đã nhắc nhở Nhà thầu phải thực hiện nghiệm thu nội bộ trước khi tư vấn tới nghiệm thu. Cách thức làm việc như vậy không trung thực khi làm việc cho chủ đầu tư và ban quản lý. Đơn giá công tác bê tông trong bản Tiên lượng bao gồm cả việc kiểm soát và đảm bảo chất lượng công việc và vật liệu thi công, do đó Nhà thầu cần tuân thủ theo đúng chỉ dẫn kỹ thuật . Nhà thầu có thể tham chiếu hình ảnh đính kèm cho thấy thực tế này.”

Thư gửi ngày 20/8/2013: “Tiêu đề Nhà thầu tuân thủ các EI và ESI của tư vấn giám sát. Ngày 18,19/8/2013, Nhà thầu đang thi công mái kè Hồ Trại Chuối1, Tư vấn đã chỉ dẫn Nhà thầu tuân thủ biện pháp thi công đã đệ trình và tiêu chí Kỹ thuật- là một phần của hợp đồng. Sở dĩ tư vấn phải chỉ dẫn như vậy là vì, chất lượng thi công mái kè sẽ bị ảnh hưởng khi Nhà thầu không thực hiện theo đúng biện pháp đã bị phê duyệt, cấp phối bê tông có sử dụng đá bị dây bẩn.

Thay mặt Chủ đầu tư, BQL, tư vấn đã phát hành các EI và ESI để đảm bảo chất lượng thi công và hướng dẫn, nhắc nhở Nhà thầu không được lơ là trong công tác kiểm soát chất lượng trên công trường. Nhân đây, tư vấn yêu cầu Nhà thầu làm các lỗ thoát nước trên bề mặt bê tông lót theo đúng bản vẽ thi công đã được phê duyệt, hiện vị trí các lỗ thoát nước không đúng theo bản vẽ thi công. Ngoài ra, Nhà thầu cần khoan lõi lấy mẫu bê tông lót để xác định cường độ bê tông do cấp phối bê tông có sử dụng đá bị dây bẩn. yêu cầu Nhà thầu thảo luận và quyết định vị trí khoan lõi lấy mẫu bê tông lót cùng các Kỹ sư của tư vấn.

Căn cứ Thư của Tư vấn giám sát, Tổng công ty A gửi nhiều văn bản nhắc nhở, yêu cầu Công ty C thực hiện đúng tiến độ, chất lượng thi công theo hợp đồng đã ký kết nhưng Công ty C không khắc phục và cũng không có công văn phản hồi lại cho Tổng công ty A.

- Công văn số 52 ngày 10/3/2013 về việc tăng cường nhân lực, thiết bị đẩy nhanh tiến độ thi công tuyến cống hợp Thượng Lý, quận H, Hải Phòng;

- Công văn số 67 ngày 20/07/2013 về đẩy nhanh tiến độ thi công tuyến cống hợp thượng Lý, quận H, Hải Phòng; Công văn số 69 ngày 26/7/2013 về việc trả lời bằng văn bản có tăng cường cừ thép để thi công tuyến cống hợp Thượng Lý, quận H, Hải Phòng hay không;

- Công văn số 77 ngày 23/8/2013 về triển khai công việc theo nội dung cuộc họp với BQLDA và Tư vấn giám sát; công văn số 90 ngày 24/09/2013 về đẩy nhanh tiến độ thi công cống hợp T và hồ T1, quận H, Hải Phòng;

- Công văn số 95 ngày 10/09/2013 về đẩy nhanh tiến độ thi công cống hợp T và hồ T1, quận H, Hải Phòng;

- Công văn số 101 ngày 30/10/2013 về đẩy nhanh tiến độ thi công cống hợp T, quận H, Hải Phòng; công văn số 106 ngày 11/12/2013 về đẩy nhanh tiến độ thi công cống hợp thượng Lý và hồ T1, quận H, Hải Phòng và triển khai đúc cọc BTCT cống hợp T, quận L, Hải Phòng;

- Công văn số 109 ngày 18/11/2013 về triển khai thi công tiếp tuyến cống tròn T, quận H, Hải Phòng;

- Công văn số 115 ngày 29/11/2013 về thu hồi tuyến cống tròn T, quận H, Hải Phòng giao cho Chi nhánh miền Bắc thi công;

- Công văn số 118 ngày 06/12/2013 về đẩy nhanh tiến độ thi công cống hợp T và hồ T1, quận H, Hải Phòng và triển khai đúc cọc BTCT cống hợp T, quận L, Hải Phòng;

- Công văn số 119 ngày 13/12/2013 về triển khai thi công tuyến đường quanh hồ Tr, quận H, Hải Phòng.

Như vậy, quá trình thực hiện hợp đồng 58/HĐ-XD-HĐTP Công ty C có vi phạm hợp đồng về tiến độ và chất lượng.

* Về việc thuê nhà thầu phụ là Công ty TNHH Xây dựng 19-5:

Hồ sơ vụ án thể hiện: Năm 2012 Công ty C ký hợp đồng số 28/HĐGK-XD-HĐTC thuê nhà thầu phụ là Công ty TNHH xây dựng 19-5 thực hiện thi công tuyến Cống Hợp Thượng Lý. Tại biên bản cuộc họp số 05 BB/BĐH-CTHP ngày 26/02/2014 giữa đại diện Tổng công ty A -Ban điều hành dự án Gói thầu A4, đại diện Công ty 4-Giám đốc Ban điều hành gói thầu A4 kết luận cuộc họp như

sau"*Đồng ý giao lại toàn bộ khối lượng thi công (phần khối lượng Công ty cổ phần xây dựng và phát triển hạ tầng bàn giao lại cho Ban điều hành) của hạng mục Cống hộp Thượng Lý cho Công ty TNHH xây dựng 19-5...*). Như vậy việc chuyển nhượng 1 phần giá trị hợp đồng thi công gói thầu A4 cho Công ty 19-5 có sự đồng ý của Tổng công ty A do vậy Công ty C không có vi phạm về việc chuyển nhượng này Việc thuê nhà thầu phụ Tổng công ty A biết và không có ý kiến phản đối do đó không có căn cứ chấp nhận ý kiến của nguyên đơn về việc Công ty C có lỗi trong việc thuê nhà thầu phụ mà không có sự đồng ý của Tổng công ty A.

Theo quy định tại Điểm a Khoản 12 Điều 3 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN ngày 25-6-2015 thì *"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"*. Nội dung của Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN và Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2 hai bên thống nhất *"Hợp đồng"* trong Thư bảo lãnh được hiểu là *"Hợp đồng 58"*. Trường hợp, nhà thầu phụ (Công ty C) vi phạm một trong các điều khoản trong hợp đồng 58 Ngân hàng B cam kết sẽ trả cho Tổng công ty A một khoản tiền bảo lãnh tối đa tương ứng giá trị theo Thư bảo lãnh và trong thời hạn bảo lãnh nếu Tổng công ty A nộp đủ hồ sơ có 3 điều kiện đã nêu trong thư bảo lãnh. Quá trình thi công, Tổng công ty A đã chứng minh được Công ty C vi phạm về tiến độ, chất lượng công trình do đó trong thời hạn thư bảo lãnh, Tổng công ty A có quyền lập hồ sơ yêu cầu Ngân hàng B hoàn trả tiền ứng trước.

Tại phiên tòa bị đơn cho rằng, hồ sơ yêu cầu hoàn trả tiền ứng trước của nguyên đơn không xuất trình bản chính Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN. Hồ sơ vụ án thể hiện: Ngày 25 tháng 5 năm 2015 Tổng công ty A nộp hồ sơ đề nghị Ngân hàng B hoàn trả tiền ứng trước. Ngày 12-6-2015, Ngân hàng B có Công văn số 524/BIDV.HP-KHDN2 về việc hoàn trả tiền ứng trước theo Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN2 ngày 02/11/2011, nội dung công văn không nêu lý do của việc Ngân hàng B không hoàn trả tiền ứng trước là do Tổng công ty A không xuất trình bản chính thư bảo lãnh số Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN và Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2. Tổng công ty A đã có Công văn số 333/CV-BTC-TCT ngày 1/-6-2015 về việc đề nghị hoàn trả tiền ứng trước nhưng BIDV không có Công văn trả lời nào yêu cầu Tổng công ty A phải nộp bổ sung Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN và Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2. Tại biên bản bàn giao hồ sơ ngày 25-5-2015 Tổng công ty A đã nộp cho Ngân hàng B bản gốc Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN. Do đó không có căn cứ cho rằng Tổng công ty A không xuất trình được bản chính Thư bảo lãnh. Quá trình xem xét giải quyết yêu cầu hoàn trả tiền ứng trước của Tổng công ty A theo thư bảo lãnh, Ngân hàng B có quyền yêu cầu Tổng công ty A xuất trình toàn bộ giấy tờ hồ sơ hợp lệ để Ngân hàng

B xem xét, giải quyết theo quy định do đó yêu cầu của Ngân hàng B không có căn cứ chấp nhận.

Bị đơn và người bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp của bị đơn đề nghị Hội đồng xét xử không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn vì hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP vô hiệu do chủ đầu tư không chấp nhận Công ty C là nhà thầu phụ. Hội đồng xét xử thấy, trong vụ án này việc giải quyết quan hệ tranh chấp phát sinh từ Thư bảo lãnh số 1098/BL-QHKHDN và Thư sửa đổi bảo lãnh số 38/BL-KHDN2 phát hành cho Tổng công ty A không cần thiết phải xem xét, đánh giá hiệu lực của hợp đồng thi công số 58/HĐ-XD-HĐTP, Tòa án sẽ xem xét giải quyết bằng một vụ án khác nếu một trong các bên có yêu cầu.

2.3. Về việc thực hiện thanh toán và lập hồ sơ thanh toán theo hợp đồng 58/HĐ-XD-HĐTP:

Quá trình thực hiện hợp đồng Công ty C đã làm hồ sơ thanh toán cụ thể như sau:

Ngày 16-5-2013, hai bên nghiệm thu và thanh toán đợt 1 thời gian thi công từ 02-5-2012 đến ngày 15-12-2012 theo đó: Giá trị nghiệm thu theo hợp đồng sau khi trích nộp chi phí quản lý là: 5.716.039.921 đồng - 200.061.397 đồng = 5.515.978.524 đồng.

Tháng 3 năm 2014, hai bên nghiệm thu và thanh toán đợt 2, thời gian thi công từ ngày 20-12-2012 đến ngày 20-01-2014 theo đó: Giá trị nghiệm thu theo hợp đồng này sau khi trích nộp chi phí quản lý là: 3.315.097.295 đồng - 116.028.405 đồng = 3.199.068.890 đồng.

+ Tháng 1 năm 2015, Công ty C có lập hồ sơ thanh toán đợt 3, thời gian thi công từ ngày 01-11-2013, giá trị nghiệm thu sau khi trích nộp chi phí quản lý là: 343.505.588 đồng - 12.022.696 đồng = 331.482.892 đồng. Tuy nhiên Biên bản đối chiếu công nợ này, Công ty C không gửi cho Tổng công ty A để thanh toán.

Như vậy, quá trình thi công hợp đồng thi công số 58, Công ty C chỉ làm hồ sơ thanh toán được 2 đợt với tổng số tiền: 5.515.978.524 đồng + 3.199.068.890 đồng = 8.715.047.410 đồng. Hồ sơ thanh toán đợt 3, nếu Tổng công ty A phê duyệt là 331.482.892 đồng. Như vậy tổng khối lượng thi công theo hợp đồng = 8.715.047.410 đồng + 331.482.892 đồng = 8.7481.530.302 đồng.

Từ tháng 1 năm 2015, Công ty C không thi công và cũng không làm hồ sơ thanh toán do vậy hết thời hạn bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước, Tổng công ty A yêu cầu Ngân hàng B Hải Phòng hoàn trả tiền ứng trước cho Tổng công ty A là có căn cứ.

2.3. Về án phí: Do yêu cầu của nguyên đơn được chấp nhận toàn bộ nên bị đơn phải chịu án phí sơ thẩm là đúng quy định của pháp luật.

Từ những phân tích nêu trên, không chấp nhận kháng cáo của bị đơn là BIDV; giữ nguyên bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm.

[3]. Về án phí:

- Án phí sơ thẩm: Ngân hàng B phải chịu án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm đối với khoản tiền nguyên đơn được chấp nhận.

- Án phí phúc thẩm: Do bản án kinh doanh, thương mại sơ thẩm giữ nguyên nên bị đơn là Ngân hàng B phải chịu án phí kinh doanh thương mại phúc thẩm.

Vì các lẽ trên,

QUYẾT ĐỊNH:

Căn cứ khoản 1 Điều 308 Bộ luật Tố tụng dân sự;

Căn cứ Điều 147, khoản 2 Điều 296 Bộ luật Tố tụng dân sự;

Thông tư số 07/2015/TT-NHNN ngày 25-6-2015 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

- Điều 361; Điều 362; Điều 363; Điều 367 Bộ luật Dân sự năm 2005;

- Điều 30; điểm b, khoản 1 điều 36; điểm a khoản 1 điều 39; Điều 144; khoản 1, Điều 147 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015; Pháp lệnh án phí, lệ phí Tòa án ngày 27/02/2009 của Ủy ban thường vụ Quốc hội; 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.

Xử:

Giữ nguyên bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm, không chấp nhận kháng cáo của bị đơn là Ngân hàng B.

1. Chấp nhận toàn bộ yêu cầu của Tổng công ty A về việc:

Buộc Ngân hàng B phải thực hiện nghĩa vụ hoàn trả số tiền tạm ứng là 7.000.000.000 đồng (Bảy tỷ đồng) cho Tổng công ty A.

Kể từ ngày có đơn yêu cầu thi hành án của người được thi hành án cho đến khi thi hành xong tất cả các khoản tiền, hàng tháng bên phải thi hành án còn phải chịu khoản tiền lãi của số còn phải thi hành án theo mức lãi suất quy định tại khoản 2 Điều 468 của Bộ luật Dân sự 2015 tương ứng với thời gian chưa thi hành án.

2. Về án phí kinh doanh thương mại:

- Án phí sơ thẩm: Trả lại Tổng công ty A khoản tiền tạm ứng án phí đã nộp là 57.500.000 đồng (Năm mươi bảy triệu năm trăm nghìn đồng) theo Biên lai thu tiền số

9481 ngày 01 tháng 12 năm 2015 của Chi cục thi hành án dân sự Quận H, thành phố Hải Phòng.

- Ngân hàng B phải nộp án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm là 115.000.000 đồng (Một trăm mười lăm triệu đồng)

- Án phí phúc thẩm: Ngân hàng B phải chịu 200.000 đồng án phí kinh doanh thương mại phúc thẩm.

Ngân hàng B đã nộp 200.000 đồng (Hai trăm nghìn đồng) tiền tạm ứng án phí kinh doanh thương mại phúc thẩm theo Biên lai thu tạm ứng án phí, lệ phí Tòa án số AA/2012/0009237 ngày 27-10-2016 tại Chi cục Thi hành án dân sự quận H, thành phố Hải Phòng.

Trường hợp Bản án được thi hành theo qui định tại Điều 2 Luật Thi hành án dân sự, người được thi hành án, 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 qui định tại các Điều 6, 7 và 9 Luật Thi hành án dân sự; thời hiệu thi hành án được thực hiện theo qui định tại Điều 30 Luật Thi hành án dân sự.

Bản án phúc thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ tuyên án.

Nơi nhận:

- VKSND thành phố Hải Phòng;
- Chi cục THADS quận H;
- TAND quận quận H;
- Các đương sự;
- Lưu: HCTP, hồ sơ vụ án, TKT.

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

Nguyễn Văn Dương