

ĐẶC ĐIỂM CỦA HỢP ĐỒNG THIẾT KẾ - CUNG CẤP THIẾT BỊ, CÔNG NGHỆ VÀ THI CÔNG XÂY DỰNG CÔNG TRÌNH (EPC) - NHÌN TỪ GÓC ĐỘ PHÁP LÝ

ĐẶNG HOÀNG MAI*

Hợp đồng EPC nhìn từ góc độ pháp lý có nhiều điểm khác biệt so với hợp đồng xây dựng truyền thống. Chính vì vậy, việc điều chỉnh pháp luật đối với quan hệ hợp đồng này cũng đặt ra những yêu cầu riêng, đặc biệt là các quy định liên quan đến quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các bên trong giao kết, quản lý và thực hiện hợp đồng EPC; nhằm phát huy được những ưu thế của mô hình hợp đồng này trong việc triển khai thực hiện dự án đầu tư xây dựng.

Từ khoá: Hợp đồng EPC, đặc điểm pháp lý, quy định pháp luật.

Ngày nhận bài: 20/9/2020; Biên tập xong: 22/9/2020; Duyệt đăng: 22/9/2020.

From legal perspective, Engineering - Procurement - Construction (EPC) Contract is different from traditional ones. Therefore, legal adjustment for this contractual relationship also sets its own requirements, especially the provisions related to parties' rights, obligations and responsibilities in contract management and performance to bring into play the advantages of this contract in the implementation of construction investment projects.

Keywords: EPC contract, legal characteristics, legal regulations.

EPC là các chữ viết tắt của cụm từ tiếng Anh: Engineering - Procurement - Construction (Thiết kế - Cung cấp thiết bị công nghệ - Thi công xây dựng). Khái niệm này được hiểu là trong cùng một gói thầu, một hợp đồng, nhà thầu được giao thực hiện cả ba nội dung công việc: Tư vấn thiết kế, cung cấp thiết bị, công nghệ và thi công xây dựng công trình. EPC là một hình thức cụ thể của phương thức thực hiện dự án mới: Giao cho cùng một nhà thầu vừa thiết kế, vừa thi công xây dựng (được gọi là phương thức Thiết kế - Xây dựng, tiếng Anh là Design - Build); khác với phương thức thực hiện dự án truyền thống: Chủ đầu tư thiết kế xong mới lựa chọn nhà thầu thi công (được gọi là phương thức Thiết kế - Đấu thầu - Xây dựng, tiếng Anh

là Design - Bid - Build). Việc thực hiện dự án theo mô hình EPC đem lại nhiều lợi ích cho chủ đầu tư như tập trung một đầu mối chịu trách nhiệm thực hiện dự án; kiểm soát chi phí và tiến độ thực hiện dự án tốt hơn, cũng như giúp cho việc cung cấp tài chính được dễ dàng hơn; tốc độ hoàn thành dự án nhanh hơn và tăng hiệu quả thực hiện dự án.

Thuật ngữ EPC có nguồn gốc từ những hợp đồng xây dựng các toà nhà và tổ hợp công nghiệp trong ngành công nghiệp dầu khí ở Mỹ¹. Hiện tại, thuật ngữ này được sử dụng trên phạm vi quốc tế. Tuy nhiên, chưa có một định nghĩa chính thức

** Thạc sĩ, Giảng viên chính Trường Đại học Xây dựng*

¹ Joseph A.Huse, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, p.5, Sweet and Maxwell, 2002

được thừa nhận đối với hợp đồng EPC. Theo cách hiểu thông thường, hợp đồng EPC là loại hợp đồng mà trong đó một nhà thầu được coi là tổng thầu chịu trách nhiệm về thiết kế (Engineering), cung cấp thiết bị công nghệ (Procurement) và thi công xây dựng công trình (Construction) trong một tổ hợp các nhà thầu. Với hợp đồng EPC, tổng thầu sẽ chịu trách nhiệm hoàn thành dự án và chủ đầu tư chỉ cần “nhận chìa khoá” để bắt đầu sử dụng công trình. Vì thế, trong nhiều trường hợp, hợp đồng EPC cũng được gọi là hợp đồng Chìa khoá trao tay (Turnkey). Việc sử dụng hợp đồng EPC/Turnkey trong các dự án xây dựng hiện nay, đặc biệt là trong các dự án hạ tầng, đã trở thành phổ biến với các chủ đầu tư và định chế tài chính. Theo thống kê, ở Mỹ, việc sử dụng hợp đồng EPC/Turnkey cho các dự án xây dựng đã tăng từ 18 tỷ USD (giữa những năm 80) lên 69 tỷ USD (giữa những năm 90) và hiện nay đang chiếm khoảng 25% ngành công nghiệp xây dựng của Mỹ².

Hợp đồng EPC là một dạng hợp đồng được ghi nhận phổ biến trong quy định pháp luật của nhiều quốc gia. Tại Trung Quốc, quan hệ hợp đồng xây dựng nói chung và quan hệ hợp đồng EPC nói riêng được điều chỉnh trực tiếp bởi Luật Xây dựng (ban hành ngày 01/11/1997) và Luật Hợp đồng của Trung Quốc (ban hành ngày 01/10/1993)³. Luật Hợp đồng của Trung Quốc dành một chương riêng quy

định về hợp đồng xây dựng – Chương 12: Hợp đồng cho dự án xây dựng, bao gồm 18 Điều (từ Điều 269 đến Điều 287). Trong đó, có nêu định nghĩa về hợp đồng xây dựng; yêu cầu về hình thức giao kết hợp đồng xây dựng là bằng văn bản; yêu cầu về quy trình lựa chọn nhà thầu phải công khai, công bằng và minh bạch; quy định về nội dung của hợp đồng; quy định về giám sát hợp đồng và quyền giám sát hợp đồng của chủ đầu tư; các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, không có sự phân loại rõ ràng về các loại hợp đồng xây dựng cụ thể trong hai đạo luật này. Quan hệ hợp đồng EPC được điều chỉnh cụ thể thông qua mẫu hợp đồng do Bộ ban hành, được hiểu là hợp đồng mà trong đó nhà thầu sẽ đảm nhiệm các công việc thiết kế, mua sắm, xây dựng và chạy thử theo thoả thuận trong hợp đồng và chịu trách nhiệm đối với chất lượng, an toàn, thời hạn và chi phí của dự án. Hợp đồng chìa khoá trao tay là dạng mở rộng của EPC. Ở Trung Quốc, EPC/Turnkey chủ yếu được sử dụng trong các dự án dầu khí⁴.

Ở Ấn Độ, hợp đồng xây dựng cũng như các loại hợp đồng khác phải tuân thủ quy định của Luật Hợp đồng (Indian Contract Act ban hành năm 1872) mà không có quy định riêng dành cho hợp đồng xây dựng. Luật này được ban hành chủ yếu dựa trên hệ thống thông luật Anh⁵. Trong Bản “Mẫu thoả thuận Thiết kế - Cung cấp thiết

² Joseph A.Huse, *Sdd*

³ *Construction Law of The People's Republic of China*, 1997, Chapter III – Letting and Undertaking a Contract for a Construction Project, Article 15-29; *Contract Law of The People's Republic of China*, 1993, Chapter XVI – Contracts for Construction Projects, Article 269-287.

⁴ K.W. Chau, Isabelle Y.S. Chan, Weisheng Lu. Chris Webster, *Proceedings of the 21st International Symposium on Advance of Construction Management and Real Estate*, p. 1366, 120.2.1, Springer, 2018

⁵ ICLG.com, *India: Construction and Engineering Law* 2019, 1.4.

bị công nghệ - Thi công xây dựng” của Chính phủ Ấn Độ năm 2017, phần tổng quan đã nhận định rằng, các dự án đầu tư công xây dựng cơ sở hạ tầng của Ấn Độ cần phải tiếp nhận một mô hình hợp đồng mới là hợp đồng EPC để có được sự đảm bảo chắc chắn về tiến độ và chi phí của dự án. Và hình thức giá trong mẫu hợp đồng này được quy định là giá trọn gói⁶.

Tại Nhật Bản, quan hệ hợp đồng xây dựng được điều chỉnh bởi quy định của Bộ luật dân sự (Civil Code ban hành năm 1896 và sửa đổi bổ sung năm 2006) và Luật Kinh doanh xây dựng (Construction Business Act ban hành năm 1949 và sửa đổi bổ sung năm 2008). Theo quy định của Nhật Bản, việc đầu tư cơ sở hạ tầng và các nhà máy điện chủ yếu dựa trên hình thức đối tác công tư. Các nhà tài trợ dự án luôn yêu cầu một hợp đồng xây dựng với ngày hoàn thành xác định và chi phí trọn gói. Để thỏa mãn yêu cầu này, các thỏa thuận hợp đồng thường được thiết lập dưới hình thức EPC/Turnkey⁷.

Ở Anh, Luật Tái thiết và Xây dựng (Housing Grants, Construction and Regeneration Act) ban hành năm 1996 và được sửa đổi bổ sung vào 10/2011 là khung pháp lý áp dụng cho tất cả các hợp đồng xây dựng⁸. Trong đó, hợp đồng EPC/ Turnkey là dạng hợp đồng được các doanh nghiệp dự án sử dụng phổ biến trong các dự án PPP thuộc các lĩnh vực hoá

dầu, khai thác mỏ và điện năng. Theo đó, một nhà thầu được thuê bởi doanh nghiệp dự án có trách nhiệm thực hiện toàn bộ dự án trên cơ sở chìa khoá trao tay. Tức là nhà thầu phải quản lý toàn bộ các công việc thiết kế, mua sắm, thi công xây dựng, bao gồm cả việc quản lý và thực hiện của các nhà thầu phụ⁹.

Ở Việt Nam hiện nay, về cơ bản đã hình thành khung pháp lý điều chỉnh hoạt động xây dựng nói chung, trong đó có quan hệ hợp đồng xây dựng, thông qua hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành là Luật Xây dựng và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Xây dựng. Theo đó, hợp đồng xây dựng được hiểu là hợp đồng dân sự được thỏa thuận bằng văn bản giữa bên giao thầu và bên nhận thầu để thực hiện một phần hay toàn bộ công việc trong hoạt động đầu tư xây dựng¹⁰. Về hợp đồng EPC, tại Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/4/2015 của Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng đã quy định: Hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình (tiếng Anh là Engineering - Procurement - Construction, viết tắt là EPC) là hợp đồng để thực hiện các công việc từ thiết kế, cung cấp thiết bị công nghệ đến thi công xây dựng công trình, hạng mục công trình; hợp đồng tổng thầu EPC là hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng tất cả các công trình của một dự án đầu tư xây dựng¹¹.

⁶ Government of India, *Engineering – Procurement and Construction of Civil Works, Model Agreement*, 2018.

⁷ Julio Cesar Bueno, *The Projects and Construction Review*, Law Business Research Ltd, p.134, 2019.

⁸ ICLG, *The International Comparative Legal Guide to: Construction and Engineering Law 2018*, 5th edition, p.49.

⁹ Julio Cesar Bueno, *tlđđ*, p.231.

¹⁰ Xem Điều 138 – Luật Xây dựng số 50/2014/QH13 ngày 18/6/2014

¹¹ Xem điểm g, khoản 1, Điều 3 Nghị định 37/2015/NĐ-CP ngày 22/4/2015 của Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng

Nhìn từ góc độ pháp lý, hợp đồng EPC có các đặc điểm cơ bản để nhận diện là:

Thứ nhất, về tính chất, hợp đồng EPC là một dạng hợp đồng hỗn hợp vừa thiết kế, vừa thi công và mua sắm. Đặc điểm này của hợp đồng EPC xuất phát từ đối tượng của hợp đồng EPC hoàn toàn khác biệt so với hợp đồng xây dựng truyền thống. Nếu như trong hợp đồng xây dựng truyền thống, đối tượng của hợp đồng chỉ là một loại hoạt động/một sản phẩm xây dựng riêng biệt tương ứng với một loại công việc trong quá trình xây dựng công trình (Ví dụ như hợp đồng tư vấn thiết kế, hợp đồng thi công xây dựng)... thì đối với hợp đồng EPC, đối tượng của hợp đồng là toàn bộ quá trình tạo lập nên công trình xây dựng; bắt đầu từ khâu thiết kế, cho đến khâu mua sắm trang thiết bị, công nghệ, thi công xây dựng và lắp đặt vận hành công trình. Do đó, có cả tính chất của hợp đồng cung ứng dịch vụ và hợp đồng mua bán trong một hợp đồng EPC. Giới nghiên cứu quốc tế gọi hợp đồng EPC là một dạng hợp đồng hỗn hợp (Mix contract).

Thứ hai, hợp đồng EPC là loại hợp đồng mang nội dung kỹ thuật chuyên ngành rất rõ rệt. Chính vì vậy, quan hệ hợp đồng EPC, ngoài việc chịu sự điều chỉnh của các quy định pháp luật chung như Bộ luật dân sự, Luật thương mại...; còn chịu sự điều chỉnh rất quan trọng của hệ thống quy định pháp luật chuyên ngành đó là Luật Xây dựng và các văn bản hướng dẫn thi hành; cũng như các quy định pháp luật có liên quan khác, đặc biệt là Luật Đấu thầu.

Thứ ba, đặc điểm quan trọng nhất là tính chất trách nhiệm của các bên trong hợp đồng EPC. Khác với nguyên tắc chia

sẽ rủi ro một cách “cân bằng” giữa các bên tham gia hợp đồng trong hợp đồng xây dựng truyền thống, đối với một hợp đồng EPC trọn gói, cán cân rủi ro và trách nhiệm bị nghiêng về phía tổng thầu EPC. Có thể nói, với một hợp đồng EPC trọn gói, gần như tất cả các rủi ro của việc thực hiện dự án đã được chuyển sang cho tổng thầu EPC. Chủ đầu tư dự án EPC sẵn sàng chi trả nhiều hơn để có được sự đảm bảo chắc chắn từ phía tổng thầu EPC về việc sẽ nhận được công trình đáp ứng những yêu cầu của mình được đặt ra trong hợp đồng với giới hạn thời gian và chi phí thực hiện dự kiến. Thông thường, đối với hợp đồng Thiết kế - Xây dựng nói chung và EPC nói riêng, giá hợp đồng sẽ được xác định cố định vào thời điểm không muộn hơn giai đoạn giữa của việc thiết kế - khi mà phạm vi công việc đã được xác định¹².

Tính chất trách nhiệm của tổng thầu trong hợp đồng EPC là phải hoàn thành công trình đáp ứng yêu cầu của chủ đầu tư đã đề ra trong hợp đồng (Fitness for purpose). Với hợp đồng EPC/Turnkey, trách nhiệm về thiết kế và thi công đều do tổng thầu đảm nhiệm với những chuẩn mực thực hiện (Standard of performance) khắt khe hơn. Chuẩn mực thực hiện được áp dụng sẽ được quy định bởi hợp đồng, hoặc trong trường hợp thiếu những điều khoản quy định cụ thể, thì được áp dụng theo luật tương ứng. Theo Điều kiện hợp đồng cho các dự án EPC/Turnkey của Hiệp hội quốc tế

¹² Julio Cesar Bueno, *The Projects and Construction Review*, 6th edition, p.41, Law Business Research, July 2016

các kỹ sư tư vấn (FIDIC), tiêu chuẩn này là “sự phù hợp với mục đích” (“fitness for purpose”). Theo luật án lệ của Anh, tổng thầu EPC/Turnkey cũng có trách nhiệm pháp lý nghiêm ngặt là phải bàn giao công trình phù hợp với mục đích đặt ra trong hợp đồng¹³.

Chính vì vậy, khi ký kết hợp đồng EPC, một trong những vấn đề cốt lõi đó là tổng thầu EPC phải xác định và đánh giá được rủi ro, cả về mặt kỹ thuật và pháp lý của dự án để nhận trách nhiệm ở mức độ cao nhất là “fitness for purpose” với chủ đầu tư. Trong một nghiên cứu của mình, một nhóm tác giả đã đúc kết một trong bốn nhân tố cơ bản cho sự thành công của một dự án EPC, đó là tổng thầu EPC phải hiểu rõ về giới hạn trách nhiệm và những rủi ro mà mình phải gánh chịu¹⁴. Việc tổng thầu EPC không nhận thức, đánh giá được một cách chính xác, rõ ràng các rủi ro đối với mình trong một dự án cụ thể mà vẫn ký vào hợp đồng chính là một trong những rủi ro lớn nhất cho sự thành công của dự án. Howard M. Steinberg – tác giả của một trong những cuốn sách “kinh điển” về EPC – *Understanding and Negotiating EPC Contracts* đã khẳng định: Không một dự án xây dựng nào có thể thành công nếu thiếu đi sự hiểu biết rõ ràng về các rủi ro có liên quan và sự phân bổ về mặt thực

tế cũng như pháp lý những rủi ro này¹⁵.

Về phía chủ đầu tư, so với một hợp đồng xây dựng truyền thống, trách nhiệm của chủ đầu tư đối với việc thực hiện hợp đồng đã giảm xuống một cách đáng kể. Về cơ bản, trách nhiệm quan trọng hàng đầu của chủ đầu tư là kiểm tra, giám sát hoạt động của tổng thầu EPC trong quá trình thực hiện dự án; một mặt đảm bảo kiểm soát được quá trình thực hiện hợp đồng của nhà thầu nhưng mặt khác lại không được can thiệp trực tiếp vào quá trình đó như đối với hợp đồng xây dựng truyền thống. Chủ đầu tư khi đặt bút ký vào hợp đồng EPC cần phải hiểu rất rõ ràng rằng, bất kỳ sự can thiệp nào của mình vào quá trình thực hiện dự án của nhà thầu với cách thức như đối với hợp đồng xây dựng truyền thống, đều có thể phải trả giá bằng việc làm chậm tiến độ, gia tăng chi phí của dự án, cũng tức là làm “tê liệt” thế mạnh của EPC đối với việc thực hiện dự án. Theo tác giả Howard M. Steinberg, điểm chính yếu nhất đối với một hợp đồng EPC, không gì hơn đó chính là chủ đầu tư không được can thiệp quá nhiều vào quá trình thực hiện hợp đồng của tổng thầu¹⁶.

Với tính chất trách nhiệm này của các bên đòi hỏi quy định pháp luật về hợp đồng EPC một mặt cần phải đủ chặt chẽ và bao quát để kiểm soát, ràng buộc được trách nhiệm cuối cùng của nhà thầu là hoàn thành dự án đáp ứng yêu cầu của chủ đầu tư; nhưng mặt khác lại phải đủ độ thông thoáng, linh hoạt để

¹³ Joseph A. Huse, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, p.19, Sweet and Maxwell, 2002

¹⁴ Jan Picha, Ales Tomek, Harry Lowitt, *Application EPC contract in international power projects*, Procedia Engineering 123 (2015) 397-404, Crative Construction Conference 2015

^{15,16} Howard M. Steinberg, *Understanding and Negotiating EPC Contracts, Volume 1: The Project Sponsor's Perspective*, p. 48, Routledge, 2017

nhà thầu thực hiện trách nhiệm của mình mà không bị sự can thiệp, kiểm soát quá nhiều của chủ đầu tư như đối với hợp đồng xây dựng truyền thống. Đồng thời, với tính chất trách nhiệm này có thể thấy được yêu cầu của việc trao đổi thông tin thường xuyên, xử lý thông tin kịp thời giữa các bên nhằm hạn chế đến mức tối đa khả năng phát sinh xung đột, tranh chấp được đặt ra cao hơn so với hợp đồng xây dựng truyền thống. Vì với một hợp đồng EPC, chủ đầu tư không còn trực tiếp kiểm soát và chứng nhận các hoạt động của nhà thầu nên để duy trì sự kiểm soát của chủ đầu tư đối với dự án mà không được can thiệp trực tiếp vào hoạt động của nhà thầu thì cách tốt nhất chính là quy định trách nhiệm trao đổi, xử lý thông tin kịp thời giữa các bên có liên quan trong quá trình thực hiện hợp đồng là trách nhiệm pháp lý quan trọng của mỗi bên xuyên suốt quá trình thực hiện hợp đồng.

Cũng từ tính chất trách nhiệm này của các bên trong hợp đồng EPC/Turnkey mà FIDIC đã đưa ra khuyến nghị về các trường hợp không thích hợp để áp dụng mô hình hợp đồng này¹⁷.

¹⁷Xem FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, First Edition 1999, Introductory Note to First Edition*. Mẫu hợp đồng EPC/Turnkey không phù hợp để áp dụng trong các trường hợp:

+ Nếu không có đủ thời gian hoặc thông tin để các nhà dự thầu nghiên cứu và kiểm tra “Các yêu cầu của chủ đầu tư” hoặc để họ thực hiện các công việc thiết kế, nghiên cứu đánh giá rủi ro và lập dự toán giá chào trong giai đoạn chuẩn bị hồ sơ chào thầu EPC.

+ Nếu công trình sẽ bao gồm công việc đáng kể dưới mặt đất hoặc công việc ở các khu vực khác mà các nhà dự thầu không thể kiểm tra được.

Tóm lại, chính các đặc điểm của hợp đồng EPC nhìn từ góc độ pháp lý đã đặt ra các yêu cầu điều chỉnh pháp luật đối với quan hệ hợp đồng EPC cũng như vận dụng mô hình hợp đồng này trong triển khai thực hiện dự án đầu tư xây dựng như:

Một là, cần xác định ranh giới rõ ràng về phạm vi điều chỉnh của các luật khác nhau điều chỉnh quan hệ hợp đồng EPC, tránh sự chồng chéo, không thống nhất gây khó khăn cho các bên khi áp dụng mô hình hợp đồng này.

Hai là, cần định rõ phạm vi áp dụng của hợp đồng EPC phù hợp với các khuyến nghị của FIDIC cũng như điều kiện thực tế của mỗi dự án. Mặc dù, việc thực hiện dự án theo mô hình EPC mang lại nhiều lợi ích cho chủ đầu tư nhưng để tận dụng được những ưu thế của EPC thì đòi hỏi dự án phải đáp ứng những điều kiện phù hợp để áp dụng.

Ba là, cần thiết lập một quy chế pháp lý đồng bộ điều chỉnh quan hệ hợp đồng EPC. Vì việc thực hiện dự án theo mô hình EPC đòi hỏi sự điều chỉnh pháp luật hoàn toàn khác biệt so với mô hình hợp đồng xây dựng truyền thống, đặc biệt là các quy định liên quan đến quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các bên đối với việc giao kết, quản lý và thực hiện hợp đồng EPC./.

+ Nếu chủ đầu tư dự định giám sát chặt chẽ hoặc kiểm soát công việc của nhà thầu, hoặc thẩm tra, phê duyệt hầu hết các bản vẽ thiết kế thi công.

+ Nếu giá trị mỗi đợt thanh toán trong thời gian thực hiện hợp đồng cần phải được người có thẩm quyền hoặc một bên trung gian xác định.