

TỔNG QUAN VỀ HỢP ĐỒNG ĐẦU TƯ THEO HÌNH THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ: MỘT SỐ PHÂN TÍCH, ĐÁNH GIÁ VỀ KHUNG PHÁP LÝ HIỆN HÀNH CỦA VIỆT NAM

PGS. TS. Trần Việt Dũng^(*)

TS. Nguyễn Thị Hoa^(**)

1. Tổng quan về đầu tư theo mô hình đầu tư đối tác công tư

Đầu tư theo hình thức đối tác công tư (public private partnership, sau đây gọi tắt là “PPP”) là hình thức đầu tư được thực hiện trên cơ sở hợp đồng dự án giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư tư nhân nhằm thực hiện các dự án xây dựng phát triển hạ tầng và cung cấp dịch vụ công.

Mô hình PPP dựa trên cơ sở chia sẻ lợi ích và rủi ro giữa nhà nước và nhà đầu tư tư nhân thông qua triết lý phân công: mỗi bên đảm nhận phần việc mình làm tốt nhất. Nhờ sự phân công này, mô hình PPP giúp nâng cao chất lượng dự án, rút ngắn thời gian thực hiện dự án, tiết kiệm chi phí hơn so với việc nhà nước thực hiện dự án.¹ Thông qua PPP, nhà nước có lợi là có thể phát triển cơ sở hạ tầng khi không có đủ vốn và kỹ thuật để đầu tư xây dựng; phía doanh nghiệp là chủ thể có tài chính và kỹ thuật có thể cung cấp cho nhà nước và đổi lại là việc khai thác công trình hoặc được nhà nước chi trả cho một lợi ích khác. Do đó, đa số các công trình công cộng về cơ sở hạ tầng ví dụ như trong lĩnh vực cung cấp nguồn nước, vệ sinh môi trường, năng lượng hay giao thông²... đã được thực hiện nhờ vào hoạt động của các doanh nghiệp đầu tư và khai thác nó.

Mô hình hợp tác công tư bắt đầu được hình thành tại Mỹ, khi chính phủ tiểu bang Pennsylvania đã mời các công ty tư nhân tham gia một số gói thầu trong của dự án đường quốc lộ Philadelphia - Lancaster Turnpike³ vào năm 1792, và sau đó là dự án vận tải đường

^(*) Trưởng khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật TP.HCM.

^(**) Giảng viên, Khoa Luật quốc tế, Trường đại học Luật TP.HCM.

¹ Đinh Trọng Thắng và Trần Tiến Dũng, “Mô hình hợp tác công-tư và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam”, Tạp chí Tài chính, Tháng 6/2018 số 682, tr. 9-11.

² Các hợp đồng PPP còn có tên gọi khác là “Contrat global”, xem Jean-Marc Peyrical, “Les contrats de partenariat public-privé”, Encyclopédie des collectivités locales, 2/2017, (actualisé 2019).

³ Philadelphia - Lancaster Turnpike là tuyến đường quốc lộ trải nhựa đầu tiên của Mỹ khánh thành năm 1795 nối Lancaster, Pennsylvania và Philadelphia với chiều dài gần 100 km (26 dặm). Xem thêm, Federal Highway Administration, “The Philadelphia and Lancaster Turnpike Road”, (<https://www.fhwa.dot.gov/rakeman/1795.htm>), 29/07/2020

thủy giữa New York và New Jersey vào năm 1808⁴. Mô hình này được coi là phát kiến quan trọng giúp xúc tiến các dự án cơ sở hạ tầng của chính phủ với chi phí tối thiểu trong khi cũng đem lại cho các doanh nghiệp tư nhân lợi nhuận to lớn lâu dài từ việc quản lý khai thác các dự án hạ tầng như đường sắt, đập nước, lưới điện. Phần lớn cơ sở hạ tầng ban đầu của Mỹ được xây dựng trên nền tảng của mô hình hợp tác đối tác công tư.

Mô hình PPP hiện đại với các quy định chặt chẽ về các phương thức hợp tác như hiện nay được hình thành từ Anh Quốc đầu thập niên 1990. Năm 1992, chính phủ bảo thủ của ông John Major ở Anh đã giới thiệu chương trình “Sáng kiến tài chính tư” (Private Finance Initiative – PFI)⁵ với mục tiêu khuyến khích các nhà đầu tư tư nhân tham gia vào các dự án công ích của chính phủ. Chương trình PFI tập trung vào việc giảm yêu cầu vay của khu vực công. Sau đó các nước khác ở châu Âu như Pháp, Đức, Tây Ban Nha, Hà Lan, Bồ Đào Nha... cũng đã tích cực sử dụng mô hình này và tiếp tục hoàn thiện các quy chế pháp lý cho phương thức vận hành dự án PPP. Pháp đã ban hành Luật riêng về PPP⁶ vào năm 2002 qua đó cho tạo hành lang pháp lý cho việc áp dụng mô hình PPP cho các công trình công cộng đặc thù của chính phủ như trụ sở quân đội, trụ sở cảnh sát, nhà tù... Trong một thập niên trở lại đây, các nước trong khu vực, như Nhật Bản (1999), Hàn Quốc (2011), Thái Lan (2013), Indonesia (2015), cũng đã nghiên cứu ban hành Luật về PPP để đảm bảo khung pháp lý thuận lợi cho mô hình đầu tư này.

Hiện nay, mô hình đầu tư PPP được hiểu rộng rãi là phương thức mời thầu qua đó khu vực tư nhân tham gia cung cấp tài sản và dịch vụ công – lĩnh vực mà theo truyền thống chỉ được cung cấp bởi chủ thể công⁷. Thông qua PPP, nguồn lực tư nhân sẽ được thu hút vào rất nhiều nhiệm vụ như khác nhau: thiết kế, xây dựng, cung cấp tài chính và bảo trì công trình nhằm mục đích khai thác công trình.⁸

Có nhiều quan điểm cho rằng PPP thực chất thì là một hình thức tư nhân hóa tài sản công. Tuy nhiên, tư nhân hóa và PPP là hai khái niệm khá nhau. Tư nhân hóa là việc nhà nước thoái vốn hay từ bỏ quyền sở hữu, quản lý của dự án và chuyển giao các quyền này cho nhà đầu tư tư nhân, trong khi đó đối với mô hình PPP nhà nước vẫn giữ nguyên quyền

⁴ Todd Shallat, (1992), “Water and Bureaucracy: Origins of the Federal Responsibility for Water Resources, Natural Resources Journal 32.

⁵ Allen, Grahame, The Private Finance Initiative (PFI) Commons Briefing papers RP01-117, UK Parliament (2018).

⁶ Loi 2002-1094 d’orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 Aout 2002 và Loi 2002-1138 d’orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002.

⁷ Asanga Gunawansa, “Is there a need for Public and Private Partnership Projects in Singapore?”, School of Design and Environment-National University of Singapore.

⁸ Jean-Marc PEYRICAI, “Les contrats de Partenariat Public-Privés”, Encyclopédie des collectivités locales, 2/2017 (actualisé 2019).

quản lý, kiểm soát nhất định, đồng thời có thể đặt ra những chuẩn mực, yêu cầu ràng buộc về cam kết chất lượng và dịch vụ đối với nhà cung cấp tư nhân. Tuy nhiên, do PPP liên quan tới các vấn đề mua sắm của chính phủ. Một trong những vấn đề quan trọng trong quản lý mô hình PPP chính là kiểm soát và đánh giá hiệu quả của dự án PPP.

2. Hợp đồng PPP

Các dự án đầu tư theo mô hình PPP thông thường được vận hành dựa trên hợp đồng PPP. Đây là một loại hợp đồng đặc biệt giữa một bên là cơ quan nhà nước (hoặc tổ chức đại diện cho nhà nước) và bên còn lại là công ty tư nhân nhằm thực hiện một nhiệm vụ công cụ thể dưới các hình thức *xây dựng hoặc sửa chữa, bảo dưỡng, bảo hành, khai thác, hoặc quản lý công trình, trang thiết bị hay những tài sản phi vật thể phục vụ cho mục đích công.*

Theo quy định của Khoản 8 Điều 3 Luật đầu tư Việt Nam, *Hợp đồng dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư là hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để thực hiện dự án đầu tư theo quy định.*

Về bản chất Hợp đồng PPP là một cam kết hợp tác lâu dài (khoảng 10-50 năm) trong đó quyền lợi và trách nhiệm của các bên được phân bổ tương ứng với phần tham gia của mỗi bên. Điểm nhấn trong phương thức này là thu hút sự tham gia đầu tư của khu vực tư nhân trong các dự án vốn được coi là ít có khả năng sinh lời, do vậy cần có sự tham gia, sự cam kết của nhà nước để dự án trở thành khả thi.

Đặc điểm của Hợp đồng PPP

Từ khái niệm trên ta có thể thấy Hợp đồng PPP có một số đặc điểm như sau:

- **Về chủ thể:** hợp đồng PPP có một bên tham gia là đối tác công và bên còn lại là đối tác tư nhân. Các đối tác công là cơ quan chính phủ, cơ quan nhà nước ở địa phương, hoặc đơn vị quản lý dự án (thuộc cơ quan nhà nước có thẩm quyền). Ở đây, nhà nước tham gia hợp đồng với hai vai trò, vừa với vai trò là chủ thể tiếp nhận đầu tư, vừa với vai trò là một bên của hợp đồng. Do có sự tham gia của cơ quan nhà nước nên nhà đầu tư - đặc biệt là nhà đầu tư nước ngoài - sẽ bị hạn chế trong việc lựa chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng, thông thường sẽ phải luật của quốc gia nơi có dự án. Ví dụ: như Điều 55 của Luật PPP 2020 quy định hợp đồng PPP được điều chỉnh bởi pháp luật Việt Nam.

+ Các đối tác tư nhân có thể là các doanh nghiệp (kể cả doanh nghiệp nhà nước), nhà đầu tư trong nước hoặc quốc tế có chuyên môn kỹ thuật hoặc tài chính liên quan đến

dự án. Ở một số quốc gia, cũng có thể bao gồm các tổ chức phi chính phủ, các tổ chức cộng đồng là đại diện cho các bên liên quan bị ảnh hưởng trực tiếp bởi dự án. Ví dụ như tại Philipines, trong lĩnh vực giáo dục cho phép có sự tham gia của các tổ chức tôn giáo, tổ chức cộng đồng... Tại Hà Lan có thể cho phép các viện nghiên cứu, các tổ chức xã hội tham gia.

Nhà nước tham gia để giữ vai trò hoạch định chiến lược và mục tiêu đầu tư như về lĩnh vực đầu tư, dự án đầu tư, chất lượng và giá cả dịch vụ cung cấp, có trách nhiệm kiểm tra, giám sát việc tuân thủ các mục tiêu. Đối chiếu với pháp luật Việt Nam hiện hành thì chủ thể tham gia dự án PPP theo quy định tại Khoản 18 Điều 3 của Luật PPP 2020 quy định rằng nhà đầu tư là một pháp nhân độc lập nên có thể suy luận rằng pháp luật Việt Nam cũng mở rộng trong việc xác định đối tượng tham gia hợp đồng PPP.

- **Mục đích của hợp đồng PPP:** PPP thể hiện mối quan hệ đối tác giữa nhà nước và tư nhân để hợp tác thực hiện dự án về kết cấu hạ tầng công cộng và cung cấp dịch vụ công. Cần phải chú ý rằng, hợp đồng PPP không hướng tới tư nhân hoá dự án công (không có việc chuyển giao quyền sở hữu tài sản/dịch vụ từ sở hữu cho tư nhân). Đối tác tư trong hợp đồng PPP tham gia xây dựng, quản lý, điều hành và cung cấp dịch vụ công dưới sự giám sát chặt chẽ của nhà nước nhằm đảm bảo đáp ứng các dịch vụ công thuộc về trách nhiệm của nhà nước⁹. Sự tham gia của nhà đầu tư tư nhân có thể xem là phương cách phân bổ và sử dụng các nguồn lực sẵn có một cách hiệu quả, vốn tư nhân bổ sung cho nguồn vốn nhà nước, giải phóng nguồn vốn nhà nước dùng cho đáp ứng nhu cầu khác, làm tăng hiệu quả đáp ứng đầu tư xã hội.

- **Tính rủi ro cao của hợp đồng PPP:** PPP là hợp đồng dự án mà trong đó có yếu tố xây dựng và vận hành công trình, khai thác dịch vụ trong một thời gian dài nên chứa đựng nhiều rủi ro cho cả nhà nước và chủ đầu tư. Rủi ro của nhà nước có thể kể đến như việc gặp khó khăn trong khâu giải phóng mặt bằng vì nhiều yếu tố kinh tế, chính trị tác động; hoặc khó khăn trong công tác quy hoạch các dự án để đảm bảo khai thác một cách hiệu quả nhất. Đối với nhà đầu tư, khó có thể tránh khỏi các rủi ro mà nằm ngoài tầm kiểm soát của nhà đầu tư gây ảnh hưởng đến lợi nhuận dự kiến thu được từ hoạt động đầu tư. Có thể kể đến trong lĩnh vực xây dựng công trình, nhà đầu tư sẽ được chi trả phí thông qua phương thức là khai thác công trình sau khi hoàn thành trong một thời gian nhất định. Các

⁹ Nguyễn Thanh Hoàng, “Bản chất mối quan hệ đối tác trong hình thức đầu tư đối tác công ty (PPP)”, Tạp chí Kinh tế đối ngoại, số 74 (06/2015), p.25-37.

yếu tố có thể ảnh hưởng đến việc thu phí công trình bao gồm sự thuận tiện của công trình, mật độ và sự phân bố dân số, sự thay đổi trong nhu cầu sử dụng các hình thức giao thông khác nhau của cộng đồng, sự cạnh tranh giữa bản thân các công trình đường bộ, cũng như sự thay đổi về quy hoạch đô thị. Chính sách quy hoạch đô thị có thể ảnh hưởng đến lượng lưu thông qua công trình làm ảnh hưởng đến doanh thu của nhà đầu tư¹⁰. Hoặc rủi ro khách quan khác có thể kể đến như rủi ro về việc biến động của thị trường dẫn đến nguyên vật liệu tăng giá đột biến làm gia tăng chi phí cho việc thực hiện dự án và gây ảnh hưởng đến lợi nhuận của nhà đầu tư...

Các hình thức Hợp đồng PPP

Thực tiễn quốc tế cho thấy có rất nhiều dạng hợp đồng PPP tùy thuộc vào mục đích của dự án đầu tư cũng như điều kiện đặc thù của từng quốc gia. Tuy nhiên có một số hình thức hợp đồng phổ biến sau:

- **Hợp đồng Xây dựng – Kinh doanh – Chuyển giao (BOT)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư được quyền kinh doanh công trình trong một thời hạn nhất định; hết thời hạn, nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

- **Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao – Kinh doanh (BTO)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư chuyển giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được quyền kinh doanh công trình đó trong một thời hạn nhất định.

- **Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao (BT)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được thanh toán bằng quỹ đất để thực hiện Dự án khác. (Hình thức hợp đồng này đã bị bỏ trong Luật PPP)¹¹

- **Hợp đồng Xây dựng – Sở hữu – Kinh doanh (BOO)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng;

¹⁰ Vụ việc yêu cầu trả lại dự án của nhà đầu tư trong hợp đồng BOT xây dựng cầu Phú Mỹ. (<https://dantri.com.vn/kinh-doanh/chu-dau-tu-tra-cau-phu-my-cho-ubnd-tphcm-1330756216.htm>) (tra cứu ngày 28/7/2020).

¹¹ Điều 5 khoản 5 Điều 101 Luật PPP quy định dừng triển khai dự án mới áp dụng hợp đồng BT.

sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư sở hữu và được quyền kinh doanh công trình đó trong một thời hạn nhất định.

- **Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao – Thuê dịch vụ (BTL)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư chuyển giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được quyền cung cấp dịch vụ trên cơ sở vận hành, khai thác công trình đó trong một thời hạn nhất định; cơ quan nhà nước có thẩm quyền thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư theo các điều kiện quy định của pháp luật.

- **Hợp đồng Xây dựng – Thuê dịch vụ – Chuyển giao (BLT)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư được quyền cung cấp dịch vụ trên cơ sở vận hành, khai thác công trình đó trong một thời hạn nhất định; cơ quan nhà nước có thẩm quyền thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư theo các điều kiện quy định của pháp luật; hết thời hạn cung cấp dịch vụ, nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

- **Hợp đồng Kinh doanh – Quản lý (O&M)** là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để kinh doanh một phần hoặc toàn bộ công trình trong một thời hạn nhất định.

3. Thực trạng thực hiện hợp đồng PPP tại Việt Nam

Tại Việt Nam, mô hình đầu tư theo phương thức đối tác công tư (PPP) bắt đầu được thực hiện từ năm 1997 khi Chính phủ ban hành Nghị định 77/CP về quy chế đầu tư theo hình thức hợp đồng BOT áp dụng cho đầu tư trong nước. Về mặt chính sách ủng hộ PPP đã được khẳng định trong Nghị quyết số 13-NQ/TW ngày 16/01/2012, cần “*thu hút mạnh các thành phần kinh tế, kể cả các nhà đầu tư nước ngoài tham gia đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng, bảo đảm lợi ích thỏa đáng của nhà đầu tư; mở rộng hình thức Nhà nước và nhân dân cùng làm...; có cơ chế, chính sách phù hợp để thu hút đầu tư vào lĩnh vực kết cấu hạ tầng...*”. Kể từ đó chính phủ đã ban hành một số văn bản cụ thể điều chỉnh PPP. Qua nhiều lần bổ sung, sửa đổi để từng bước tiếp cận với thông lệ quốc tế, hiện hoạt động PPP và nội dung lựa chọn nhà đầu tư được quy định tại Nghị định số 63/2018/NĐ-CP (Nghị định 63/CP) và Nghị định số 30/2015/NĐ-CP (Nghị định 30/CP).

Theo số liệu tại Báo cáo số 25/BC-CP ngày 30/01/2019 của Chính phủ về tổng kết tình hình thực hiện dự án PPP, tính đến thời điểm hiện tại có 336 dự án PPP đã ký kết hợp đồng (trong đó, 140 dự án áp dụng loại hợp đồng BOT, 188 dự án áp dụng loại hợp đồng

BT và 08 dự án áp dụng các loại hợp đồng khác). Cũng theo Báo cáo này, thông qua mô hình PPP, nguồn vốn đầu tư tư nhân đã được huy động để giải quyết nhu cầu cấp bách về đầu tư hạ tầng. Việt Nam đã huy động được khoảng 1.609.295 tỷ đồng thực hiện đầu tư 336 dự án PPP.¹² Những dự án PPP ở Việt nam, chủ yếu được thực hiện dưới hình thức hợp đồng BOT, BT và BOO, tập chung vào các lĩnh vực cơ sở hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải...

Bảng 1: Dự án PPP đã được ký hợp đồng tại Việt Nam (phân chia theo lĩnh vực)

Lĩnh vực	Số vốn đầu tư (tỷ Đồng)	Loại hợp đồng
Giao thông vận tải	672.345	BOT (118), BT (99), BOO (2), BTO+BT (1)
Cơ sở hạ tầng kỹ thuật (tái định cư, KTX)	39.568	BOT (1), BT (31)
Xây dựng khu VP, trung tâm hành chính	5.125	BT (19), BLT (1)
Năng lượng	857.209	BOT (18)
Cấp , thoát nước	25.247	BOT (1), BT (15), BOO (2)
Văn hóa – thể thao	4.632	BOT (1), BT (10)
Giáo dục đào tạo	1.285	BT (6)
Khác	3.834	BT (10), BOO (1)
TỔNG CỘNG	1.609.295	336

(Nguồn: Bộ KH&ĐT, 2019)

Trong những năm qua, tại Việt Nam, việc thực hiện các dự án PPP đã cho thấy rất nhiều bất cập.¹³ Theo thống kê của Kiểm toán nhà nước từ năm 2016 đến năm 2019 đã chỉ ra rằng có rất nhiều sai phạm trong các dự án BT và BOT như thông qua việc lựa chọn nhà thầu không minh bạch, không có tính cạnh tranh, mà chủ yếu là chỉ định thầu; vị trí đặt các trạm thu phí không được quy hoạch, không đúng cự ly quy định; phương án tài chính không đúng; thông thường chi phí tài chính đội lên nhưng doanh thu lại quá thấp so

¹² Báo cáo số 25/BC-CP ngày 30/01/2019 của Chính phủ về tổng kết tình hình thực hiện dự án PPP.

¹³ <https://laodong.vn/doanh-nghiep-doanh-nhan/sai-pham-cua-bot-va-bt-kiem-toan-kien-nghi-xu-ly-hang-nghin-ti-dong-788191.ldo> (tra cứu ngày 28/7/2020).

với thực tế; chất lượng công trình kém; khối lượng thi công thấp hơn dự toán lập; hợp đồng BOT lỏng lẻo.

Từ phía nhà đầu tư, đặc biệt là các nhà đầu tư nước ngoài, khung pháp lý PPP theo Nghị định 30/CP và Nghị định số 63/CP chưa đủ hiệu quả và toàn diện để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng PPP. Khung pháp lý còn thiếu các cơ chế tổng thể bao gồm các hình thức hỗ trợ, ưu đãi và bảo đảm đầu tư từ phía Nhà nước cho nhà đầu tư PPP để tăng tính hấp dẫn của dự án cũng như đảm bảo việc thực hiện dự án thành công. Thực tế, dự án PPP đồng thời được nhiều luật điều chỉnh như Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Đầu tư, Luật Đầu tư công, Luật Bảo vệ môi trường, Luật Doanh nghiệp, Luật Đất đai, Luật Xây dựng, Luật Quản lý nợ công... Quy định đối với đầu tư PPP tại cấp Nghị định không thể trái Luật, tuy nhiên những luật này lại không thể phản ánh bản chất của mối quan hệ đối tác công và tư dẫn đến quá trình triển khai dự án PPP còn nhiều khó khăn, bất cập.

1. Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020 (“Luật PPP”)

Để giải quyết những vấn đề, tồn tại về quản lý các dự án PPP, Chính phủ đã chỉ đạo tiến hành soạn thảo văn bản luật về PPP để tạo hành lang pháp lý thuận lợi và minh bạch cho PPP. Sau một năm soạn thảo, Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (“Luật PPP”) đã được Quốc hội ban hành ngày 18/6/2020, tạo một bước tiến bộ trọng đại đối với hoạt động đầu tư PPP. Một số điểm mới của Luật PPP:

Các lĩnh vực đầu tư được phép thực hiện phương thức PPP

Điều 4, Luật PPP quy định 5 lĩnh vực được phép thực hiện đầu tư theo phương thức PPP bao gồm: (i) Giao thông; (ii) Lưới điện, nhà máy điện; (iii) Thủy lợi, cung cấp nước sạch, thoát nước, xử lý nước thải, chất thải; (iv) Y tế, giáo dục - đào tạo; (v) Hạ tầng công nghệ thông tin. Luật cũng quy định mức vốn tối thiểu cho các dự án PPP trong lĩnh vực y tế, giáo dục không được dưới 100 tỷ Đồng, và không thấp hơn 200 tỷ đồng đối với các dự án thuộc lĩnh vực còn lại (ngoại trừ trường hợp dự án đầu tư tại những địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn có thể ở mức 100 tỷ đồng).

Minh bạch hóa các thông tin về dự án PPP

Thông tin dự án phải công bố trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia để đảm bảo tính công khai, minh bạch trong đầu tư theo phương thức PPP (Điều 9). Luật đồng thời cũng quy định minh thị những hành vi bị cấm trong quá trình đấu thầu và triển khai dự án PPP, ví dụ phê duyệt dự án PPP khi chưa có chủ trương đầu tư; không phù hợp với chủ

trương đầu tư; không đúng thẩm quyền, trình tự, thủ tục; Cơ quan có thẩm quyền thông đồng với tổ chức tư vấn, nhà đầu tư dẫn tới quyết định chủ trương đầu tư, phê duyệt dự án PPP gây thất thoát vốn, tài sản của Nhà nước, tài nguyên của quốc gia; làm tổn hại, xâm phạm lợi ích của công dân và của cộng đồng; quá trình gọi thầu và đấu thầu không bảo đảm công bằng, minh bạch trong lựa chọn nhà đầu tư; vi phạm về bảo mật thông tin; vi phạm về thông thầu...

Quy định về Doanh nghiệp dự án PPP

Theo quy định tại Điều 44, sau khi có quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn nhà đầu tư, nhà đầu tư chỉ được thành lập doanh nghiệp dự án PPP theo mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần (không được là công ty đại chúng) và có mục đích duy nhất để ký kết, thực hiện hợp đồng dự án PPP.

Doanh nghiệp PPP được phát hành, mua lại trái phiếu riêng lẻ do mình đã phát hành, chứng khoán để huy động vốn thực hiện dự án PPP; không được phát hành trái phiếu riêng lẻ chuyển đổi và trái phiếu riêng lẻ kèm chứng quyền.

Cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu

Điều 84 Luật PPP quy định rõ phương án thực hiện cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu trong dự án PPP như sau:

- Khi doanh thu thực tế đạt cao hơn 125% mức doanh thu trong phương án tài chính tại hợp đồng dự án PPP, Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chia sẻ với Nhà nước 50% phần tăng thu giữa doanh thu thực tế đó và doanh thu đạt ở mức 125% doanh thu trong phương án tài chính.

- Nhà nước chia sẻ với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP 50% phần giảm thu giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết tại hợp đồng đối với dự án PPP đáp ứng được một số điều kiện nhất định.

Đây được đánh giá là một cơ chế mới, đặc biệt quan trọng trong quá trình thực hiện dự án PPP.

Tuy nhiên bên cạnh những điểm mới, chúng tôi cũng nhận thấy một số vấn đề cần tiếp tục bàn luận trong Luật PPP 2020

- Trước tiên nhất, do cơ chế phân chia rủi ro nêu trên được xem là một điểm tiến bộ của Luật PPP 2020 nên quy định này được chú ý ở những điểm sau:

+ Thứ nhất, Điều 51 Luật PPP cho phép các bên điều chỉnh thời hạn thực hiện hợp đồng PPP nhưng lại không quy định thời điểm cụ thể để được thoả thuận điều chỉnh. Do đó, câu hỏi đặt ra là các bên sẽ điều chỉnh vào năm cuối cùng thực hiện dự án trên cơ sở tính toán tổng số doanh thu của các năm trước cộng lại hay việc điều chỉnh dự án sẽ được thực hiện ngay những năm đầu khai thác mà doanh thu hàng năm thấp hơn 75% doanh thu hàng năm dự kiến trong phương án tài chính quy định tài hợp đồng? Ví dụ như trong hợp đồng BOT xây dựng cầu Phú Mỹ, theo hợp đồng thì thời hạn khai thác dự án là 26 năm nhưng vào 9/2011, chỉ hai năm sau khi thông xe ngày 02/9/2009, chủ đầu tư đã đề xuất Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh (UBND) ba phương án giải quyết khó khăn về tài chính với lý do lượng xe đi qua cầu thực tế thấp hơn nhiều so với dự báo và nguyên nhân là do UBND không thực hiện đúng hợp đồng là hoàn thành tuyến Đường vành đai phía Đông để thông suốt tuyến đường qua cầu Phú Mỹ. Chủ đầu tư cho rằng nếu UBND không chấp nhận yêu cầu sẽ hoàn trả công trình lại cho UBND. Như vậy, chỉ sau hai năm, chủ đầu tư đã khẳng định doanh thu không đạt theo phương án dự kiến của hợp đồng¹⁴.

+ Thứ hai, quy định tại Điểm c Khoản 2 Điều 82 của Luật PPP thì nhà nước sẽ chia sẻ rủi ro về doanh thu cho nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án sau khi đã thực hiện đầy đủ các biện pháp điều chỉnh mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ công, điều chỉnh thời hạn thực hiện hợp đồng dự án PPP nhưng chưa đảm bảo mức doanh thu tối thiểu. Câu hỏi đặt ra là Điều này có được áp dụng cho trường hợp doanh thu không đạt do lỗi quản lý và vận hành của nhà đầu tư hay không? Luật PPP chưa quy định rõ cho vấn đề này.

- Vấn đề tiếp theo mà Luật PPP chưa thuyết phục nằm ở chỗ vẫn chưa có quy định về chi phí cho việc giám sát thường xuyên việc thực hiện hợp đồng mà chỉ có chi phí cho việc giám sát chất lượng sản phẩm hoặc dịch vụ công tại Điều 66 và giám sát chất lượng công trình tại Điều 59. Trong khi đó, hợp đồng dự án PPP là một hợp đồng pháp lý phức tạp, yếu tố chất lượng đôi khi chỉ có thể được xác định sau khi công trình được hình thành và để đi đến bước đó thì cần phải thực hiện các nghĩa vụ của hợp đồng trong từng giai đoạn cụ thể nhưng lại không có một chủ thể nào kiểm soát việc tuân thủ các nghĩa vụ cụ thể của hợp đồng. Qua trao đổi với những nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư xây dựng trong nước và quốc tế được biết rằng, nếu có chuyên gia pháp lý để giám sát việc thực hiện hợp đồng

¹⁴ <https://dantri.com.vn/kinh-doanh/chu-dau-tu-tra-cau-phu-my-cho-ubnd-tphcm-1330756216.htm> (tra cứu ngày 28/7/2020)

ngay từ đầu sẽ tránh được rất nhiều bất đồng có thể ảnh hưởng đến tiến độ thực hiện hợp đồng cũng như giảm những tranh chấp làm tốn kém thời gian và chi phí của các bên;

- Một điểm nữa mà Luật PPP 2020 cần được làm rõ đó là quy định tại Điểm d Khoản 1 Điều 64 theo đó doanh nghiệp dự án có trách nhiệm sửa chữa, bảo dưỡng định kỳ, bảo đảm công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng vận hành an toàn theo đúng thiết kế hoặc quy trình đã cam kết tại hợp đồng. Quy định trên không rõ trách nhiệm sửa chữa của doanh nghiệp dự án đối với mọi thiệt hại của công trình hay chỉ đối với sai sót, khiếm khuyết nhỏ trong quá trình xây dựng. Hơn nữa, Luật PPP chưa có quy định rõ về trách nhiệm về rủi ro trong quá trình khai thác hoặc vận hành công trình của nhà đầu tư trong lĩnh vực hợp đồng BOT cũng như hợp đồng BTO.

- Điểm cuối, vấn đề phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại trong lĩnh vực hợp đồng PPP. Nếu một bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của hợp đồng như quy định tại Điểm d Khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020 thì có phải chịu phạt hay bồi thường thiệt hại gì không và nếu có thì có giới hạn nào đặt ra hay không và cách xác định phạt hay bồi thường thiệt hại theo quy định tại Bộ Luật dân sự hay quy định của Luật Thương mại?

Nhìn chung, Luật PPP là một bước tiến quan trọng của Việt Nam trong việc củng cố hành lang pháp lý cho phương thức đầu tư đối tác công tư. Chúng tôi tin rằng việc thiết lập khung pháp lý với hiệu lực cao ở cấp độ văn bản Luật sẽ góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện dự án, khắc phục các tồn tại, bất cập do khâu thực thi các dự án PPP hiện nay tại Việt Nam. Những điểm chưa rõ trong luật sẽ sớm được giải quyết thông qua các văn bản hướng dẫn dưới luật.