

Hợp đồng dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư tại Việt Nam: điểm mới và vấn đề pháp lý tồn tại

Nguyễn Thị Tuyết Dung^{1*}

¹ Khoa Quản lý đô thị, trường ĐH Kiến Trúc Hà Nội

TỪ KHOÁ

Hợp đồng đầu tư
Hợp đồng dự án
Hình thức đối tác công tư
PPP
Vấn đề pháp lý

TÓM TẮT

Đầu tư theo phương thức đối tác công tư đã được thực hiện ở Việt Nam hơn 20 năm, bắt đầu từ năm 1997. Các văn bản pháp lý đã được điều chỉnh, hoàn thiện dần theo thời gian. Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư được Quốc hội ban hành năm 2020 với mục đích đẩy mạnh thu hút vốn tư nhân đầu tư vào lĩnh vực cơ sở hạ tầng, tránh các tiêu cực không mong muốn của các dự án thực hiện theo phương thức này. Tuy nhiên, nguồn vốn tư nhân trong nước và quốc tế vẫn chưa đạt được như kỳ vọng. Bài báo phân tích các quy định pháp luật hiện hành về Hợp đồng dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư tại Việt Nam, làm rõ những điểm mới và các vướng mắc mà các bên liên quan gặp phải, đặc biệt là khu vực tư nhân như các điều khoản không rõ ràng về quyền lợi, trách nhiệm, về các tiêu chí xác định nhà đầu tư thay thế, giá trị chuyển nhượng, vị thế giữa các bên, thiếu hợp đồng mẫu... Những vướng mắc này gây ra các tranh chấp, thất thoát, lãng phí nguồn lực. Từ đó, bài báo đề xuất các kiến nghị, làm rõ những vấn đề tồn tại để các quy định về hợp đồng dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư hoàn thiện hơn, tạo thuận lợi hơn nữa cho nhà đầu tư và các cơ quan quản lý trong việc triển khai dự án.

KEYWORDS

Investment contracts
Project contracts
Public Private Partnerships
PPP
Legal issues

ABSTRACT

Investment in the form of public-private partnerships, which has been implemented in Vietnam since 1997. Legal documents have been adjusted and completed gradually over time. The Law on Investment in the form of public-private partnerships was promulgated by the National Assembly in 2020 with the purpose of promoting the attraction of private capital to invest in the infrastructure sector, minimizing unwanted negative effects of implemented projects. according to this method. However, domestic and international private capital has not yet achieved expectations. The article analyzes current legal regulations on investment project contracts in the form of public-private partnerships in Vietnam, clarifying new points and problems faced by related parties, especially the private sector such as unclear terms on rights, responsibilities, criteria for determining alternative investors, transfer value, status between parties, lack of standard contract forms... These problems engender disputes, losses, and waste of resources. Hence, the article proposes recommendations and clarifies existing issues, so that regulations on investment project contracts under the public-private partnership method are more completed, facilitating more for investors and management agencies in project implementation.

1. Mở đầu

Theo số liệu hiện có, tỉ lệ đô thị hóa của Việt Nam đạt khoảng 41,5 %, với 888 đô thị, trong đó có 2 đô thị đặc biệt, 22 đô thị loại 1. Tốc độ tăng dân số đô thị hơn 3 %/năm kéo theo cơ sở hạ tầng bị quá tải [1]. Trong khi ngân sách quốc gia hạn hẹp, cùng với sự sụt giảm các nguồn hỗ trợ chính thức cho các nước đang phát triển, đã hạn chế việc cung cấp đầy đủ vốn đầu tư cho cơ sở hạ tầng. Để tăng cường nguồn lực đầu tư, một trong những biện pháp được áp dụng đó là thiết lập mối quan hệ đối tác giữa Nhà nước và tư nhân, hay còn được gọi là đầu tư theo phương thức đối tác công tư (Public Private Partnerships -

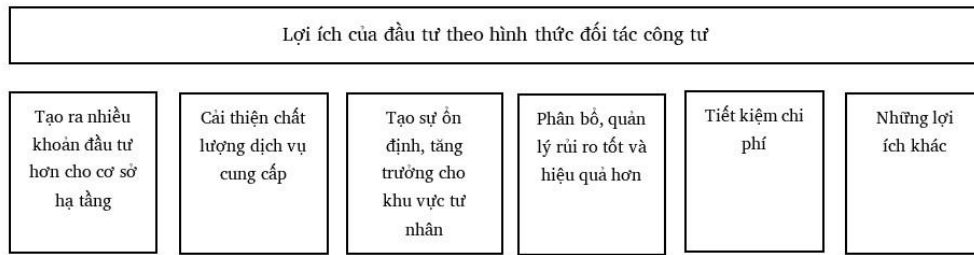
PPP). Tầm quan trọng của phương thức PPP đã được nhiều bài viết đề cập, thể hiện tại Hình 1.

Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư được Quốc hội thông qua năm 2020 (viết tắt là Luật PPP 2020) cùng hàng loạt các văn bản hướng dẫn thi hành Luật ban hành trong thời gian qua đã đánh dấu một bước hoàn thiện đáng kể của hệ thống pháp luật về PPP ở Việt Nam, góp phần tạo lập hành lang pháp lý ngày càng thông thoáng, ổn định cho việc thu hút nguồn vốn từ khu vực tư nhân, đồng thời tăng cường sự quản lý, kiểm soát và điều tiết của nhà nước đối với các dự án PPP theo đúng định hướng phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. [2, 5].

*Liên hệ tác giả: dungntt@hau.edu.vn

Nhận ngày 22/02/2024, sửa xong ngày 20/03/2024, chấp nhận đăng ngày 25/03/2024

Link DOI: <https://doi.org/10.54772/jomc.02.2024.645>



Hình 1. Lợi ích của đầu tư theo hình thức đối tác công tư [2-5].

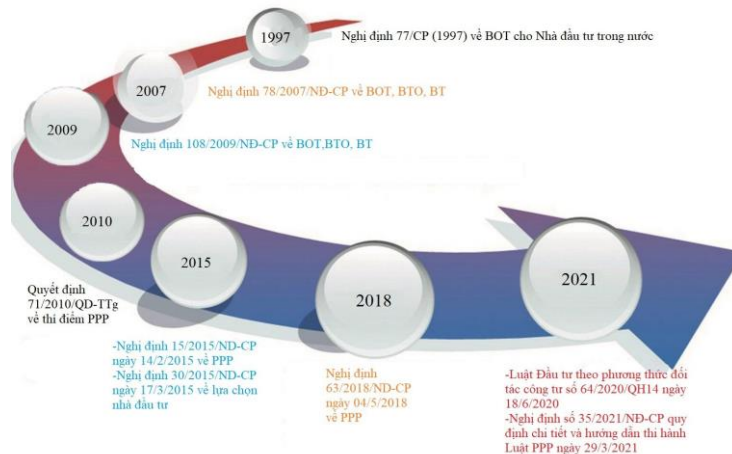
Tuy nhiên, đầu tư theo phương thức PPP là một lĩnh vực mới ở Việt Nam và đang có xu hướng phát triển mạnh trong những năm gần đây, nên các quy định pháp luật trong lĩnh vực này mặc dù liên tục được bổ sung, hoàn thiện nhưng vẫn chưa theo kịp với thực tiễn. Quá trình triển khai thực hiện phát sinh các quan hệ pháp lý phức tạp, liên quan đến nhiều chủ thể khác nhau - trong đó một bên là các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, đan xen giữa lợi ích của nhà nước, nhà đầu tư và lợi ích cộng đồng. Các quan hệ này được xác lập thông qua hình thức pháp lý là hợp đồng giữa Nhà nước và nhà đầu tư.

Bài viết phân tích một số điểm mới trong quy định về hợp đồng đầu tư theo phương thức đối tác công tư và chỉ ra những vấn đề pháp lý còn tồn tại, từ đó đề xuất các khuyến nghị nhằm hoàn thiện quy định về loại hợp đồng này.

2. Một số điểm mới trong quy định về hợp đồng đầu tư theo phương thức đối tác công tư theo Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020

2.1. Quy định về tên gọi của hợp đồng đầu tư theo phương thức đối tác công tư

Các quy định về đầu tư theo hình thức đối tác công tư đã được Chính phủ Việt Nam xây dựng và ban hành từ những năm 1997 với Nghị định 77/CP về hợp đồng BOT cho nhà đầu tư trong nước, Nghị định 78/2007/NĐ-CP năm 2007 về hợp đồng BOT, BTO, BT, Nghị định 108/2009/NĐ-CP năm 2009 về BOT, BTO, BT, Quyết định 71/2010/QĐ-TTg về thí điểm PPP, Nghị định 15/2015/NĐ-CP năm 2015 về PPP, Nghị định 30/2015/NĐ-CP năm 2015 về lựa chọn nhà đầu tư, Nghị định số 63/2018/NĐ-CP về PPP (hình 2) [6-12]. Năm 2020, Quốc hội ban hành Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư quy định chi tiết về đầu tư theo phương thức này. Qua nhiều lần bổ sung, sửa đổi, hệ thống pháp luật về PPP đã từng bước được hoàn thiện, tạo hành lang pháp lý cho việc thu hút và triển khai các dự án PPP.



Hình 2. Quá trình xây dựng khung pháp lý về PPP tại Việt Nam [13].

Trước khi luật PPP 2020 ra đời, hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư gọi là “hợp đồng dự án”. Tuy nhiên, nhà làm luật không đưa ra khái niệm chính thức mang tính học thuật về hợp đồng dự án mà chỉ sử dụng phương pháp liệt kê những hợp đồng nào được gọi là hợp đồng dự án [10, 12]. Trong khi đó tại khoản 8 Điều 3 Luật Đầu tư 2014, thuật ngữ “Hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư” (hay

hợp đồng PPP) được quy định để chỉ tên gọi của hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án để thực hiện các dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư [14]. Các khác biệt trong quy định về cách đặt tên cùng loại hợp đồng PPP giữa những văn bản quy phạm pháp luật nói trên cho thấy sự không

thống nhất trong cách hiểu, cách tiếp cận và giải quyết vấn đề của nhà làm luật.

Thuật ngữ “hợp đồng dự án” không phản ánh rõ bản chất của loại hợp đồng này là gì, được giao kết giữa ai với ai và nhằm mục đích gì. Do vậy, không thể hiện được những dấu hiệu đặc trưng mang tính bản chất của hợp đồng - vốn dĩ là một hợp đồng hợp tác đầu tư được ký kết giữa đối tác công và đối tác tư nhằm mục đích thiết kế, xây dựng, cải tạo, kinh doanh và khai thác các công trình dự án kết cấu hạ tầng và dịch vụ công.

Chính vì vậy, để đảm bảo tính khoa học và chính xác hơn, dễ hiểu và dễ thực hiện hơn, việc xác định bản chất và đặt lại tên gọi cho hợp đồng này là cần thiết. Luật PPP 2020 đã sửa đổi theo hướng chặt chẽ hơn: Hợp đồng dự án PPP là thỏa thuận bằng văn bản giữa cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP về việc Nhà nước nhượng quyền cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP thực hiện dự án PPP theo quy định của Luật này [15]. Khái niệm theo quy định mới đã chỉ rõ hơn chủ thể giao kết và nội dung của hợp đồng dự án PPP, đồng thời thể hiện bản chất quan hệ hợp đồng PPP là việc “nhà nước nhượng quyền cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án thực hiện dự án PPP”. Vì là quan hệ nhượng quyền nên trong hợp đồng dự án PPP, nhà nước sẽ không từ bỏ quyền quản lý đối với các dịch vụ công do nhà đầu tư tư nhân cung cấp. Nhà nước có thể đặt ra những chuẩn mực, yêu cầu ràng buộc nhất định về chất lượng và dịch vụ đối với nhà cung cấp tư nhân.

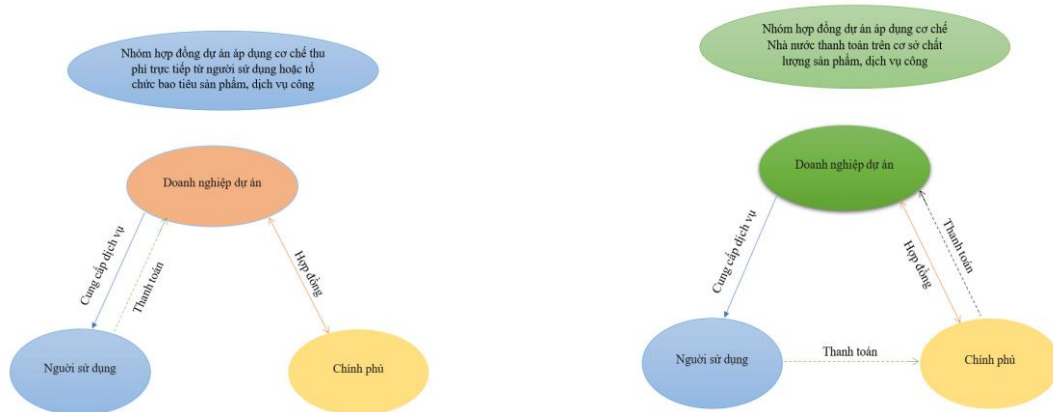
2.2. Quy định về phân loại hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư

Nghị định số 63/2018/NĐ-CP phân loại hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư (hay hợp đồng dự án) thành các loại sau: (1) Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT); (2) Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh (BTO); (3) Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao (BT); (4) Hợp đồng Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh (BOO); (5) Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Thuê dịch vụ (BTL); (6) Hợp đồng Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao (BLT); (7) Hợp đồng Kinh doanh - Quản lý (O&M) [12]. Trong đó, việc áp dụng hợp đồng BT không phản ánh đúng bản chất của mối quan hệ đầu tư theo hình thức đối tác công tư, đó là các dự án PPP phải có sự chia sẻ rủi ro giữa Nhà

nước và nhà đầu tư. Hợp đồng BT thường chỉ do một bên là nhà đầu tư tư nhân thực hiện, sau đó được Nhà nước thanh toán bằng những phương thức nhất định như quỹ đất hoặc nhượng quyền kinh doanh, khai thác công trình. Như vậy, thực chất là Nhà nước đầu tư, thông qua việc đổi đất để cho nhà đầu tư thực hiện dự án khác, mà giá trị quyền sử dụng đất vốn dĩ là tài sản công thuộc trách nhiệm quản lý của Nhà nước. Không khó để nhận ra rằng trong dự án BT, chỉ nhà đầu tư được hưởng lợi và không có sự chia sẻ rủi ro và nghĩa vụ quản lý trong suốt vòng đời dự án với Nhà nước. Khi thực hiện dự án BT, không có yếu tố tranh thủ vốn đầu tư dài hạn của tư nhân cũng như công nghệ, quản trị tiên tiến của họ, đồng thời gây khó cho trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước. Kinh nghiệm quốc tế cũng cho thấy, rất ít quốc gia triển khai loại hợp đồng BT, đặc biệt không có quốc gia nào thanh toán vốn đầu tư dự án BT cho nhà đầu tư tư nhân hoàn toàn bằng quỹ đất hoặc tài sản công như ở Việt Nam. Do đó, hình thức PPP không nên bao gồm dự án BT hay nếu có thì nên bỏ hẳn cơ chế “đổi đất lấy hạ tầng” mà thay vào đó, thanh toán riêng rẽ cho nhà đầu tư bằng tiền sau khi đã đấu giá quyền sử dụng đất một cách rộng rãi và công khai, minh bạch” [16].

Thực tế triển khai các dự án PPP trong thời gian qua cho thấy hầu hết đối với các hợp đồng BT đều thanh toán bằng quỹ đất nên đã xảy ra nhiều vướng mắc, bất cập, khiến dư luận bức xúc, chủ yếu là do không giải quyết được vấn đề chênh lệch địa tô trong quá trình thực hiện dự án, là cơ hội để phát sinh lợi ích nhóm giữa người có thẩm quyền định giá tài sản đất đai với nhà đầu tư được tiếp nhận quỹ đất theo phương án “đổi đất lấy công trình cơ sở hạ tầng”.

Chính vì vậy, Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020 đã không đưa hợp đồng BT là một trong các loại hợp đồng dự án PPP. Hiện nay, hợp đồng dự án PPP bao gồm: (1) Nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế thu phí trực tiếp từ người sử dụng hoặc tổ chức bao tiêu sản phẩm, dịch vụ công: Hợp đồng BOT, BTO, BOO, O&M. (2) Nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế Nhà nước thanh toán trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công: Hợp đồng BTL, BLT. (3) Hợp đồng hỗn hợp là hợp đồng kết hợp giữa các loại hợp đồng trên (hình 2) [15]. Quy định về các loại hợp đồng dự án PPP trong Luật PPP 2020 về cơ bản phù hợp với nhu cầu thực tiễn ở Việt Nam hiện nay.



Hình 3. Các loại hợp đồng dự án PPP [15].

2.3. Quy định về việc ký kết và thực hiện hợp đồng dự án

Theo quy định tại Điều 39 Nghị định số 63/2018/NĐ-CP, căn cứ quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn nhà đầu tư và kết quả đàm phán, hoàn thiện hợp đồng, cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổ chức việc ký kết hợp đồng dự án theo một trong các cách thức sau:

(1) *Cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư ký kết hợp đồng dự án.* Trong trường hợp này, cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án (nếu có) ký kết văn bản về việc cho phép doanh nghiệp dự án tiếp nhận và thực hiện các quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư quy định tại hợp đồng dự án. Văn bản này là một bộ phận không tách rời của hợp đồng dự án. Theo phương thức này, chủ thể tham gia ký kết hợp đồng dự án gồm cơ quan nhà nước có thẩm quyền (đối tác công) và nhà đầu tư (đối tác tư). Đối với doanh nghiệp dự án, tuy không phải là một chủ thể tham gia hợp đồng dự án, không phải một bên trong hợp đồng, nhưng do doanh nghiệp dự án được định vị là chủ thể sẽ trực tiếp thực hiện quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư theo hợp đồng dự án nên nhà làm luật đã quy định theo hướng thiết kế một văn bản thỏa thuận (với tư cách là phụ lục hợp đồng), trong đó thể hiện sự thống nhất ý chí giữa các chủ thể ký kết hợp đồng dự án với doanh nghiệp dự án về việc giao cho doanh nghiệp dự án tiếp nhận và thực hiện các quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư theo hợp đồng dự án.

(2) *Nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án hợp thành một bên để ký kết hợp đồng dự án với cơ quan nhà nước có thẩm quyền.* Theo phương thức này, chủ thể tham gia ký kết hợp đồng dự án gồm cơ quan nhà nước có thẩm quyền (đối tác công), nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án (đối tác tư). Do nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án đều là chủ thể tham gia hợp đồng với tư cách là đối tác tư nên sẽ có quyền, nghĩa vụ giống nhau và cùng liên đới trong việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ của đối tác tư theo hợp đồng dự án.

Tuy nhiên, việc quy định như trên sẽ gây bất cập cho việc chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng dự án. Nếu các bên ký kết hợp đồng dự án theo trường hợp (1) bao gồm 02 bên cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư (phân biệt với trường hợp (2) khi nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án hợp thành một bên), thì doanh nghiệp dự án lại không phải là một bên trong hợp đồng dự án. Như vậy, câu hỏi đặt ra là khi chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng dự án, có cần xác nhận của doanh nghiệp dự án hay không? Về nguyên tắc, bắt buộc cần phải có xác nhận và đồng thuận của doanh nghiệp dự án, bởi doanh nghiệp dự án là chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan trong hợp đồng dự án (dù là một bên hay không phải là một bên, mà chỉ là chủ thể tiếp nhận và thực hiện các quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư quy định tại hợp đồng dự án). Khi chuyển giao nghĩa vụ, cần có sự đồng ý của bên có quyền. Điều 370 Bộ luật Dân sự 2015 quy định:

“1. Bên có nghĩa vụ có thể chuyển giao nghĩa vụ cho người thế nghĩa vụ nếu được bên có quyền đồng ý, trừ trường hợp nghĩa vụ gắn liền với nhân thân của bên có nghĩa vụ hoặc pháp luật có quy định không được chuyển giao nghĩa vụ.

2. Khi được chuyển giao nghĩa vụ thì người thế nghĩa vụ trở thành bên có nghĩa vụ” [17].

Do đó, khi chuyển giao nghĩa vụ, cần có sự xác nhận, đồng ý của cả Doanh nghiệp dự án, tức tất cả chủ thể có quyền và nghĩa vụ của Hợp đồng dự án chứ không chỉ các “Bên” theo cách quy định của Khoản 1 Điều 39 Nghị định số 63/2018/NĐ-CP [12].

Khắc phục nhược điểm nêu trên, khoản 2 Điều 49 Luật PPP 2020 quy định: “Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP hợp thành một bên và cùng ký vào hợp đồng với cơ quan ký kết hợp đồng” [15]. Trường hợp phải lựa chọn nhà đầu tư thay thế, Điều 53 Luật PPP 2020 cũng quy định phải được thỏa thuận bằng văn bản giữa cơ quan ký kết hợp đồng, bên cho vay và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP. Điều này phù hợp hơn với quy định của pháp luật dân sự liên quan tới việc chuyển giao quyền và nghĩa vụ.

3. Một số vấn đề pháp lý về hợp đồng dự án PPP cần làm rõ theo Luật đầu tư theo hình thức đối tác công tư 2020

Luật PPP 2020 và các văn bản dưới luật đã phần nào khắc phục và cải thiện được những hạn chế trước đây, đã xây dựng được một khuôn khổ pháp lý tương đối cho việc triển khai các dự án PPP, nhưng qua hơn 3 năm vận hành, một số vấn đề pháp lý về hợp đồng dự án đã bộc lộ những hạn chế, cụ thể như sau:

Thứ nhất, về tiêu chí chỉ định nhà đầu tư thay thế khi chấm dứt hợp đồng dự án PPP. Điều 52 Luật PPP 2020 quy định hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng dự án PPP, trường hợp nếu hợp đồng chấm dứt trước hạn, cơ quan ký kết hợp đồng thực hiện việc lựa chọn nhà đầu tư thay thế để ký kết hợp đồng dự án PPP mới. Cụ thể như sau:

“4. Trường hợp chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn, cơ quan ký kết hợp đồng thực hiện các nhiệm vụ sau đây:

a) Phối hợp với bên cho vay tổ chức lựa chọn nhà đầu tư thay thế để ký kết hợp đồng dự án PPP mới;

b) Trong thời gian chưa thực hiện phương án xử lý, chưa lựa chọn được nhà đầu tư thay thế, cơ quan ký kết hợp đồng chịu trách nhiệm tổ chức bảo đảm an toàn, chống xuống cấp cho công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đối với dự án đang trong giai đoạn xây dựng; tổ chức vận hành, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng nhằm bảo đảm tính liên tục của việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công đối với dự án đang trong giai đoạn vận hành” [15].

Tuy nhiên, tiêu chí lựa chọn nhà đầu tư thay thế để ký hợp đồng dự án PPP chưa được quy định cụ thể. Điều này có thể dẫn tới tình trạng chỉ định nhà đầu tư “không khách quan” và không đảm bảo khả năng thực hiện dự án, gây thiệt hại tới Nhà nước [18].

Đồng thời, tại Điều 54 Luật PPP 2020 quy định các trường hợp chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng dự án PPP, bao gồm: các thành viên thành lập doanh nghiệp dự án có quyền chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp cho nhau; chuyển nhượng cho nhà đầu tư khác sau khi hoàn thành xây dựng công trình đối với dự án có cấu phần xây dựng hoặc sau khi chuyển sang giai đoạn vận hành đối với dự án không có cấu phần xây dựng [15]. Như vậy, quy định này chưa liệt kê bao quát trường hợp chuyển nhượng nếu

chấm dứt hợp đồng trước hạn. Câu hỏi được đặt ra khi chuyển nhượng nếu chấm dứt hợp đồng trước hạn thì có cần tuân thủ quy định tại Điều 54 hay không? Các tiêu chí được đặt ra tại Điều 54 có được áp dụng để chỉ định lựa chọn nhà đầu tư thay thế hay không chưa được xác định rõ.

Thứ hai, về việc định giá cổ phần, phần vốn góp cho nhà đầu tư thay thế. Trường hợp chấm dứt hợp đồng dự án PPP, doanh nghiệp dự án đã được nhà đầu tư cũ thành lập vẫn tồn tại, và sẽ chuyển nhượng phần cổ phần, phần vốn góp cho nhà đầu tư thay thế. Khoản 6 Điều 52 Luật PPP 2020 quy định:

“6. Trường hợp chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn quy định tại điểm b khoản 2 Điều này hoặc do cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm nghiêm trọng việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng quy định tại điểm d khoản 2 Điều này, kinh phí mua lại doanh nghiệp dự án PPP hoặc bồi thường chấm dứt hợp đồng được bố trí từ vốn nhà nước theo quy định của pháp luật; trường hợp chấm dứt do lỗi của nhà đầu tư quy định tại điểm c và điểm d khoản 2 Điều này thì nhà đầu tư có trách nhiệm chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp cho nhà đầu tư thay thế” [15].

Tuy nhiên, pháp luật chưa quy định việc xác định giá trị cổ phần để chuyển nhượng. Việc chuyển nhượng cho nhà đầu tư thay thế nếu giá trị chuyển nhượng không được xác định phù hợp sẽ ảnh hưởng tới quyền lợi của Nhà nước.

Thứ ba, về quan hệ giữa nhà đầu tư cũ và nhà đầu tư được chỉ định. Nhà đầu tư cũ nếu thuộc trường hợp chấm dứt Hợp đồng dự án PPP trước hạn, như doanh nghiệp dự án PPP mất khả năng thanh toán theo quy định của pháp luật về phá sản hoặc khi một trong các bên trong hợp đồng vi phạm nghiêm trọng việc thực hiện các nghĩa vụ quy định tại hợp đồng thì có trách nhiệm chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp cho nhà đầu tư thay thế (khoản 6 Điều 52 Luật PPP 2020) [15]. Trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền sẽ chỉ định một Nhà đầu tư mới (như đã phân tích ở trên). Khi chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp cho nhà đầu tư thay thế, nhà đầu tư cũ và nhà đầu tư thay thế phải lập hợp đồng/văn bản thoả thuận về chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp và bản chất phải đảm bảo sự tự do ý chí, bình đẳng và tự nguyện. Tuy nhiên nhà đầu tư thay thế lại được chỉ định. Điều này làm quan hệ giữa nhà đầu tư cũ và nhà đầu tư được chỉ định khó đạt được tính bình đẳng, tự do thoả thuận.

Thứ tư, các quy định về hợp đồng dự án hiện nay chưa thể hiện rõ việc giao kết, thực hiện hợp đồng có phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản đã được quy định trong Bộ luật Dân sự hay không hay có các nguyên tắc đặc thù? Vì sao tác giả đặt ra câu hỏi này. Bởi, về mặt bản chất, hợp đồng bắt buộc phải đảm bảo tính tự do ý chí, bình đẳng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên. Tuy nhiên, trong hợp đồng dự án, một bên lại là cơ quan nhà nước, sẽ có những ngoại lệ nhất định. Nhiều trường hợp, nhà đầu tư không thể nhận thức đúng vị thế của mình trong giao kết hợp đồng. Khi không nhận thức đúng vị thế của mình, có thể dẫn đến trường hợp các điều khoản thiếu linh hoạt do ý chí của cơ quan nhà nước, gây ảnh hưởng tới quyền lợi của nhà đầu tư nói chung và hiệu quả của dự án nói riêng. Sự “chiếm ưu thế” của Nhà

nước trong mối quan hệ với doanh nghiệp dự án được biểu hiện bằng một ví dụ, theo khoản 1 và khoản 2 Điều 82 Luật PPP 2020 và điểm c, khoản 1, Điều 17 Nghị định 28/2021/NĐ-CP: “Trường hợp phát sinh các điều kiện được áp dụng cơ chế chia sẻ doanh thu theo quy định tại Khoản 1, Khoản 2 Điều 82 Luật PPP, cơ quan ký kết hợp đồng dự án PPP có trách nhiệm đề nghị Kiểm toán nhà nước kiểm toán phần tăng, giảm doanh thu thực tế của dự án PPP để làm cơ sở xác định giá trị doanh thu chia sẻ giữa Nhà nước với doanh nghiệp dự án PPP” [19]. Có thể nhận thấy chỉ có cơ quan ký kết hợp đồng dự án mới có quyền yêu cầu Kiểm toán nhà nước thực hiện việc kiểm toán, trong khi nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án ngược lại không có quyền, mặc dù cả hai bên đều bình đẳng trong quan hệ hợp đồng [20].

Thứ năm, tại khoản 3 Điều 47 Luật PPP 2020 giao Chính phủ quy định về hợp đồng mẫu đối với các loại hợp đồng dự án PPP. Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chi thị số 30/CT-TTg ngày 23/11/2021 chỉ đạo các bộ quản lý ngành ban hành các Thông tư hướng dẫn về dự án PPP trong lĩnh vực thuộc phạm vi quản lý của mình. Nhưng cho đến nay ngoài Bộ GTVT đã ban hành mẫu hợp đồng BOT kèm theo Thông tư số 09/2022/TTBGTVT ngày 22/6/2022 và hợp đồng O&M cho đường bộ cao tốc kèm theo Thông tư số 55/2023/TT-BGTVT ngày 31 tháng 12 năm 2023, thì các bộ còn lại vẫn chưa thống nhất được cơ quan đầu mối soạn thảo và ban hành các mẫu hợp đồng. Tuy nhiên, quy định về trình tự, thủ tục áp dụng loại hợp đồng O&M chưa đồng bộ với pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công [18]. Việc thiếu mẫu hợp đồng dự án PPP đang là nguyên nhân gây khó khăn cho các bộ, ngành, địa phương trong quá trình nghiên cứu, chuẩn bị, triển khai dự án, khiến các cơ quan nhà nước có thẩm quyền e ngại khi tham gia triển khai dự án PPP và đang có tâm lý chờ đợi cho đến khi có khung pháp lý chi tiết hơn [21]. Theo thống kê từ Bộ KH-ĐT, trước khi Luật PPP được ban hành, cả nước có 336 dự án PPP được ký kết hợp đồng (chủ yếu là BOT, BT) với số vốn huy động khoảng 1,6 triệu tỷ đồng. Còn sau 2 năm triển khai luật PPP, chỉ có 3 dự án BOT giao thông được chuyển tiếp từ giai đoạn trước đã ký; 8 dự án mới nhưng đang trong giai đoạn chuẩn bị đầu tư, chưa ký kết hợp đồng [22]. Đồng thời, việc chưa ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng nhằm thiết lập một mẫu tiêu chuẩn thống nhất cho các hợp đồng dự án PPP (một tài liệu trong bộ hồ sơ mời thầu lựa chọn nhà đầu tư dự án PPP) cũng gây khó khăn cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc xây dựng các nguyên tắc hợp đồng minh bạch nhằm tạo sự công bằng trong đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư.

4. Một số kiến nghị, kết luận

Qua các phân tích trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị để đảm bảo các quy định về hợp đồng dự án PPP thực sự mang lại hiệu quả. Cụ thể:

Thứ nhất, cần quy định chi tiết các tiêu chí về việc xác định nhà đầu tư thay thế trong trường hợp chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước hạn. Hoặc bổ sung quy định tại Điều 54 luật PPP 2020 về các trường hợp chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp theo hướng bao gồm cả

trường hợp chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp khi chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước hạn.

Thứ hai, cần quy định cụ thể hơn về việc xác định giá trị chuyển nhượng cũng như vị thế trong mối quan hệ giữa nhà đầu tư cũ và nhà đầu tư thay thế được chỉ định, đảm bảo tính chất công bằng, tự do, tự nguyện. Có thể quy định theo hướng ưu tiên để nhà đầu tư cũ chủ động lựa chọn hoặc tham gia quá trình lựa chọn nhà đầu tư thay thế (thay vì chỉ có cơ quan nhà nước có thẩm quyền và bên cho vay như hiện tại).

Thứ ba, cần quy định rõ việc ký kết, thực hiện hợp đồng dự án PPP phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản đã được quy định trong Bộ luật Dân sự về giao kết và thực hiện hợp đồng để đảm bảo tính công khai, minh bạch, dễ tiếp cận trong quá trình áp dụng pháp luật.

Thứ tư, Chính phủ cần đẩy nhanh việc ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP. Tham khảo kinh nghiệm tại một số quốc gia đã áp dụng thành công hợp đồng mẫu đối với các dự án PPP như Ấn Độ, Philippin, Hàn Quốc cho thấy việc áp dụng hợp đồng mẫu sẽ rất thuận tiện cho các bên, giảm thiểu được thời gian thỏa thuận để giao kết hợp đồng [20]. Tuy nhiên, để xây dựng và áp dụng được hợp đồng mẫu đòi hỏi một quá trình hợp tác và đồng thuận về chiến lược và cơ sở pháp lý giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với dự án PPP. Mẫu hợp đồng cần tránh làm cho việc thương thảo trở nên thụ động, kém linh hoạt và hạn chế yếu tố tự nguyện, bình đẳng giữa các bên; cần đưa ra các tình huống và phương án xử sự đối với từng vấn đề, nhóm vấn đề dựa trên thông lệ thực tiễn của từng loại dự án PPP mà pháp luật chưa với tới được.

Mặc dù PPP được coi là một hình thức tạo ra cơ sở hạ tầng với chi phí do khu vực tư nhân chi trả, tiết kiệm nguồn lực của Chính phủ, nhưng quá trình triển khai gặp không ít vướng mắc và khó khăn. Luật PPP 2020 ra đời cùng các văn bản hướng dẫn thi hành Luật đã tạo khung pháp lý đồng bộ, ổn định, song vẫn cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện, từng bước tiếp cận với các chuẩn mực quốc tế và khu vực. Bài báo đã so sánh, đánh giá một số điểm mới về hợp đồng dự án PPP, đi sâu phân tích những vấn đề pháp lý còn bất cập, cần làm rõ theo Luật PPP 2020, từ đó đề xuất các kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả dự án PPP.

Tài liệu tham khảo

- [1]. Trần Thị Lan Anh (2022), Phát triển đô thị Việt Nam – những vấn đề đặt ra trong giai đoạn tới, <https://moc.gov.vn/tl/tin-tuc/74077/phan-trien-do-thi-viet-nam-nhung-van-de-dat-ra-trong-giai-doan-toi>. truy cập ngày 22/2/2024.
- [2]. Nguyễn Thị Thúy Hiền, Nguyễn Quốc Toàn (2020), PPP cho phát triển đô thị bền vững theo hướng tăng trưởng xanh, *Tạp chí Xây dựng*, số 2/2020, trang 48-52.
- [3]. Nguyen Quoc Toan, Dao Thi Nhu (2019), Breakthrough to promote the urban economy of Vietnam urban system in the forthcoming period, *AUC 2019. Advances in 21st Century Human Settlements. Springer, Singapore*. DOI: https://doi.org/10.1007/978-981-15-5608-1_41
- [4]. Nguyễn Văn Bảo, Nguyễn Quốc Toàn, Sử Văn Hoài (2016), Các nhân tố tác động và vai trò của Nhà nước ảnh hưởng tới sự thành công của mô hình đối tác công tư PPP trong đầu tư phát triển cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ, *Tạp chí Kinh tế Xây dựng*, số 1/2016, trang 04-09.
- [5]. Nguyen Quoc Toan, Nguyen Dinh Phong, Nguyen Viet Huong, Nguyen Thi Tuyet Dung, Nguyen Tan Vinh (2021), Regulations on PPP contracts in Vietnam: Status Quos and Solutions, *Journal E3S Web of Conferences (FORM 2021)*, DOI: <https://doi.org/10.1051/e3sconf/202126305004>.
- [6]. Chính phủ (1997), *Nghị định số 77/1997/NĐ-CP ngày 18 tháng 6 năm 1997 về việc ban hành quy chế đầu tư theo hình thức hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (B.O.T) áp dụng cho đầu tư trong nước*.
- [7]. Chính phủ (2007), *Nghị định số 78/2007/NĐ-CP ngày 11 tháng 05 năm 2007 về đầu tư theo hình thức hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao, hợp đồng xây dựng - chuyển giao - kinh doanh, hợp đồng xây dựng - chuyển giao*.
- [8]. Chính phủ (2009), *Nghị định số 108/2009/NĐ-CP ngày 27 tháng 11 năm 2009 về đầu tư theo hình thức hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao, hợp đồng xây dựng - chuyển giao - kinh doanh, hợp đồng xây dựng - chuyển giao*.
- [9]. Thủ tướng chính phủ (2010), *Quyết định số 71/2010/QĐ-TTg ngày 09 tháng 11 năm 2010 về việc ban hành Quy chế thi đấu thầu theo hình thức đối tác công - tư*.
- [10]. Chính phủ (2015), *Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 02 năm 2015 về đầu tư theo hình thức đối tác công tư*.
- [11]. Chính phủ (2015), *Nghị định số 30/2015/NĐ-CP ngày 17 tháng 03 năm 2015 quy định chi tiết thi hành một số điều của luật đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư*.
- [12]. Chính phủ (2018), *Nghị định số 63/2018/NĐ-CP về đầu tư theo hình thức đối tác công tư*.
- [13]. Dương Đăng Huệ (2020), *Chế định hợp đồng PPP còn nhiều khiếm khuyết*, truy cập ngày 20/2/2024: <https://diendanodoanhnghep.vn/che-dinh-hop-dong-ppp-con-nhieu-khiem-khuyet-172706.html>
- [14]. Quốc hội (2014), *Luật Đầu tư số 67/2014/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2014*.
- [15]. Quốc hội (2020), *Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư số 64/2020/QH14 ngày 18 tháng 6 năm 2020*.
- [16]. Nguyễn Tiến Lập (2020), Cần làm rõ quyền tham gia phản biện từ đầu của cộng đồng với dự án PPP, *Báo Một thế giới online*, truy cập ngày 18/11/2020, <https://1thegioi.vn/luat-su-nguyen-tien-lap-can-lam-ro-quyen-tham-gia-phan-bien-tu-dau-cua-cong-dong-voi-du-an-ppp-15827.html>.
- [17]. Quốc hội (2015), *Bộ Luật dân sự số: 91/2015/QH13 ngày 24/11/2015*.
- [18]. Chính phủ (2021), *Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29 tháng 3 năm 2021 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư*
- [19]. Chính phủ (2021), *Nghị định số 28/2021/NĐ-CP ngày 26 tháng 3 năm 2021 quy định cơ chế quản lý tài chính dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư*.
- [20]. Nguyễn Loan (2023), Tháo gỡ vướng mắc, thúc đẩy đầu tư PPP, *Tạp chí Kinh tế Việt Nam* (số 46-2023) phát hành ngày 13-11-2023. ISSN 2734-9675.
- [21]. Liên đoàn thương mại và công nghiệp Việt Nam - VCCI (2023), *Báo cáo rà soát các mẫu hợp đồng BOT, hợp đồng BTL và hợp đồng O&M ở Việt Nam*, tháng 2/2023, nhà xuất bản Công thương.
- [22]. Trà My (2023), Sửa bất cập để thu hút vốn tư nhân, *Báo Sài Gòn giải phóng điện tử*, truy cập ngày 18/07/2023. <https://dtcc.sggp.org.vn/sua-bat-cap-de-thu-hut-von-tu-nhan-post106480.html>.