VCCI
LIÊN ĐOÀN THƯƠNG MẠI VÀ CÔNG NGHIỆP VIỆT NAM

VIAC
TRUNG TÂM TRỌNG TÀI QUỐC TẾ VIỆT NAM

USAID
TỪ NHÂN DÂN MỸ

TÀI LIỆU TỌA ĐÀM

GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG HỢP TÁC CÔNG - TƯ & BÁO CÁO HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI CHO CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

Hà Nội | Thứ Tư, ngày 14 tháng 06 năm 2023

CHƯƠNG TRÌNH TỌA ĐÀM

GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG HỢP TÁC CÔNG – TƯ VÀ BÁO CÁO HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI CHO CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

Hà Nội | Thứ Tư, ngày 14 tháng 06 năm 2023

Thời gian	Nội dung
08:00 – 08:30	Đăng ký đại biểu tại chỗ/Hỗ trợ Đại biểu tham dự trực tuyến
08:30 – 8:45	**Phát biểu Khai mạc** ***TS. Vũ Tiến Lộc**, Chủ tịch Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), Đại biểu Quốc hội, Ủy viên Ủy ban Kinh tế của Quốc hội* ***Ông Phan Vinh Quang**, Trưởng nhóm chuyên gia, Dự án AEO, Cơ quan Hợp tác phát triển quốc tế Hoa Kỳ (USAID)*
08:45 – 09:15	**Dự thảo Báo cáo rà soát các mẫu hợp đồng hợp tác công – tư** ***TS. LS. Lê Đình Vinh**, Giám đốc Công ty Luật Vietthink, Trọng tài viên VIAC*
09:15 – 09:45	**Dự thảo Báo cáo huy động nguồn lực tài chính mới cho các dự án cơ sở hạ tầng tại Việt Nam** ***Ông Phan Vinh Quang**, Trưởng nhóm chuyên gia, Dự án AEO, Cơ quan Hợp tác phát triển quốc tế Hoa Kỳ (USAID)*
09:45 – 11:00	**Góp ý Báo cáo rà soát các mẫu hợp đồng hợp tác công – tư và Báo cáo huy động nguồn lực tài chính mới cho các dự án cơ sở hạ tầng tại Việt Nam** • ***PGS. TS. Trần Chủng**, Chủ tịch Hiệp hội các nhà đầu tư công trình giao thông đường bộ Việt Nam (VARSI), Trọng tài viên VIAC* • ***TS. LS. Lê Nết**, Phó Chủ tịch Hội Pháp luật Xây dựng Việt Nam (SCLVN), Trọng tài viên VIAC* • ***Ông Nguyễn Minh Đức**, Phó Trưởng phòng Xây dựng Pháp luật, Ban pháp chế, Liên đoàn Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI)* • ***TS. Đặng Hoàng Mai**, Phó Trưởng Bộ môn Quản lý dự án & Pháp luật - Khoa Kinh tế và Quản lý Xây dựng Trương Đại học Xây dựng Hà Nội* • ***TS. Nguyễn Thị Hoa**, Giảng viên Khoa luật quốc tế Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh* • ***PGS.TS. Đỗ Tiến Sỹ**, Trưởng Ban Quản lý dự án Đầu tư xây dựng, Trường Đại học Bách Khoa – Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh* • ***PGS.TS. Nguyễn Bá Bình và Ths. Nguyễn Mai Linh**, Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội* • *Đại diện Bộ Kế hoạch và Đầu tư*
11:00 – 11:30	**Thảo luận**
11:30	**Bế mạc**

BÁO CÁO

RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT & HỢP ĐỒNG O&M Ở VIỆT NAM

Người thực hiện:

TS., LS. Lê Đình Vinh – Giám đốc Công ty Luật TNHH Vietthink cùng nhóm tác giả

Tháng 11/2022

MỤC LỤC

A. BỐI CẢNH 5

B. MỤC ĐÍCH VÀ PHẠM VI BÁO CÁO 8

C. NỘI DUNG BÁO CÁO 9

I. KHUNG PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP 9

1. Các nguyên tắc pháp lý điều chỉnh hợp đồng dự án PPP. 9

1.1. Các nguyên tắc chung 9

1.2. Các nguyên tắc đặc thù 10

2. Khái niệm hợp đồng dự án PPP. 14

3. Các loại hợp đồng dự án PPP. 15

4. Nội dung hợp đồng dự án PPP. 18

5. Về việc ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP. 20

II. RÀ SOÁT, ĐÁNH GIÁ NỘI DUNG MẪU HỢP ĐỒNG BOT THUỘC NGÀNH GIAO THÔNG VẬN TẢI VÀ KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG 23

1. Quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong công tác GPMB. 25

1.1. Quy định trong phối hợp tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và hoàn thành các thủ tục đất đai, giám sát, kiểm tra công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư. 25

1.2. Quy định về trách nhiệm và phương án xử lý vi phạm trong công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư, tiến độ giao đất, cho thuê đất 26

2. Quy định liên quan đến vốn đầu tư và giải ngân vốn đầu tư. 29

2.1. Quy định về hỗ trợ thủ tục thu xếp tài chính và giải ngân vốn 29

2.2. Quy định về trách nhiệm đối với vi phạm nghĩa vụ thanh toán phần vốn Nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng 31

3. Quy định liên quan đến quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm trong giai đoạn thiết kế, thi công công trình 31

3.1. Quy định về trách nhiệm trong công tác tổ chức đấu thầu và lựa chọn nhà thầu thiết kế, thi công 32

3.2. Quy định về trách nhiệm trong quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình; giám định và kiểm định chất lượng công trình 33

4. Quy định về chia sẻ doanh thu tăng, giảm của dự án BOT 35

5. Điều khoản liên quan đến chuyển giao công trình cho Nhà nước 37

6. Điều khoản liên quan đến vi phạm và xử lý vi phạm hợp đồng 38

7. Điều khoản liên quan đến điều chỉnh, chấm dứt Hợp đồng BOT 40

III. CÁC CHỈ DẪN, TIÊU CHÍ SOẠN THẢO MẪU HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP O&M. 43

1. Mẫu Hợp đồng BLT (Xây Dựng - Thuê Dịch Vụ - Chuyển Giao). 43
1.1. Khái niệm và các đặc trưng cơ bản của Hợp đồng BLT 43
1.2. Luật điều chỉnh Hợp đồng BLT 45
1.3. Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo Mẫu Hợp đồng BLT 45
2. Mẫu Hợp đồng O&M (Kinh doanh - Quản lý). 56
2.1. Khái niệm và các đặc trưng cơ bản của Hợp đồng O&M 56
2.2. Pháp luật điều chỉnh Hợp đồng O&M 57
2.3. Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo Mẫu Hợp đồng O&M 57
D. KẾT LUẬN 65

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

ADB	Ngân hàng Phát triển châu Á
Báo Cáo	Báo cáo rà soát các Mẫu Hợp đồng BOT, Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M tại Việt Nam.
Chỉ thị 30/CT-TTg	Chỉ thị số 30/CT-TTg ngày 23/11/2021 của Thủ tướng Chính phủ về việc đẩy mạnh triển khai thi hành văn bản quy phạm pháp luật về đầu tư theo phương thức đối tác công tư và đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư.
Công văn 5580	Công văn số 5580/BKHĐT-QLĐT ngày 15/7/2016 của Bộ KHĐT về việc đề nghị góp ý dự thảo mẫu hợp đồng PPP tại Thông tư hướng dẫn lập hồ sơ mời sơ tuyển, hồ sơ mời thầu dự án PPP do Bộ KHĐT ban hành.
CQCTQ	Cơ quan Nhà nước có thẩm quyền.
WB	World Bank - Ngân hàng Thế giới.
DNDA	Doanh nghiệp dự án.
ĐKCT	Điều kiện cụ thể.
GTVT	Giao thông Vận tải.
GPMB	Giải phóng mặt bằng.
Hợp đồng BOT	Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (Build - Operate – Transfer).
Hợp đồng BLT	Hợp đồng Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao (Build - Lease - Transfer).
Hợp đồng O&M	Hợp đồng Kinh doanh - Quản lý (Operate - Manage).
Hợp đồng dự án PPP	Tên gọi chung của các loại hợp đồng dự án theo phương thức đối tác công tư (PPP).
Mẫu Hợp đồng BOT	Mẫu Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao đính kèm tại Phụ lục IV – Mẫu loại Hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT ban hành kèm theo Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022 của Bộ GTVT hướng dẫn một số nội dung về phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn nhà đầu tư theo phương thức đối tác công tư và mẫu loại hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao thuộc ngành GTVT.
KHĐT	Kế hoạch và Đầu tư.
BLDS 2015	Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH13 ngày 24/11/2015.
Luật Đầu tư 2020	Luật Đầu tư số 61/2020/QH14 ngày 17/6/2020.

Luật PPP 2020	Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư số 64/2020/QH14 ngày 18/6/2020.
NĐT	Nhà đầu tư.
Nghị định số 35/2021/NĐ-CP	Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật PPP 2020.
Nghị định số 15/2015/NĐ-CP	Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư.
Nghị định số 06/2021/NĐ-CP	Nghị định số 06/2021/NĐ-CP ngày 26/01/2021 của Chính phủ hướng dẫn về quản lý chất lượng, thi công xây dựng và bảo trì công trình xây dựng.
Nghị định số 28/2021/NĐ-CP	Nghị định số 28/2021/NĐ-CP ngày 26/3/2021 của Chính phủ quy định cơ chế quản lý tài chính dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư.
TNMT	Tài nguyên và Môi trường.
Thông tư 28	Thông tư số 28/2021/TT-BGTVT sửa đổi Thông tư số 35/2016/TT-BGTVT quy định mức giá tối đa dịch vụ sử dụng đường bộ các dự án đầu tư xây dựng đường bộ để kinh doanh do Bộ GTVT quản lý.
Thông tư 09	Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022 của Bộ GTVT hướng dẫn một số nội dung về phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn Nhà đầu tư theo phương thức đối tác công tư và mẫu loại hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT.

A. BỐI CẢNH

01. 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. 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.

02. 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 báo cáo đã có 336 dự án PPP đã ký kết hợp đồng (trong đó: 140 dự án theo hợp đồng BOT, 188 dự án theo hợp đồng BT và 08 dự án được áp dụng các loại hợp đồng khác). Thông qua đó, huy động được khoảng 1.609.295 tỷ đồng vào đầu tư phát triển hệ thống kết cấu hạ tầng quốc gia. Đầu tư PPP đã góp phần hoàn thiện hệ thống cơ sở hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải..., kịp thời giải quyết yêu cầu cấp bách về cơ sở hạ tầng, tạo động lực thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội, tăng năng lực cạnh tranh của nền kinh tế quốc dân và phục vụ nhu cầu thiết yếu về dịch vụ công của người dân.

03. Trước khi Luật PPP 2020 ra đời, các quy định chi tiết về đầu tư PPP mới chỉ dừng ở cấp nghị định, chịu sự điều chỉnh của nhiều Luật khác nhau 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... Do vậy, khung pháp lý điều chỉnh lĩnh vực PPP khá manh mún, thiếu ổn định, gây bất lợi cho cả phía nhà nước, NĐT và DNDA khi thực hiện các dự án PPP. Bên cạnh đó, các Luật và Nghị định điều chỉnh lĩnh vực PPP được xây dựng hướng tới chủ yếu các dự án đầu tư công hoặc đầu tư tư nhân thuần túy, chưa phản ánh đầy đủ 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. Trong khi đó, việc sửa đổi, bổ sung các Luật và Nghị định nêu trên đều có thể gây ảnh hưởng rất lớn đến việc tuân thủ hợp đồng dự án PPP.

04. Luật PPP 2020 được Quốc hội thông qua ngày 18/6/2020, có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2021, đã nhất thể hóa các quy định hiện hành điều chỉnh hoạt động đầu tư PPP tại nhiều Luật và Nghị định được ban hành trước đây. Luật PPP 2020 và các văn bản hướng dẫn thi hành được ban hành trong thời gian qua[1] đã thể chế hóa các

[1] Gồm: Nghị định số 28/2021/NĐ-CP ngày 26/3/2021 của Chính phủ Quy định cơ chế quản lý tài chính dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư; Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ Hướng dẫn Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư; Nghị định số 69/2019/NĐ-CP ngày 15/8/2019 của Chính phủ Quy định về việc sử dụng tài sản công để thanh toán cho nhà đầu tư khi thực hiện dự án đầu tư xây dựng công trình theo hình thức Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao; và các Thông tư hướng dẫn gồm: Thông tư số 08/2022/TT-BTC ngày 09/02/2022 của Bộ Tài chính Quy định về quản lý, sử dụng các khoản thu, chi trong quá trình lựa chọn nhà đầu tư; Thông tư số 09/2021/TT-BKHĐT ngày 16/11/2021 của Bộ KHĐT Hướng dẫn lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư và dự án đầu tư có sử dụng đất; Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022 của Bộ GTVT Hướng dẫn một số nội dung về phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn nhà đầu tư theo phương thức đối tác công tu và Mẫu loại hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao thuộc Ngành giao thông vận tải; Hiện Bộ Xây dựng đang chủ trì xây dựng Thông tư hướng dẫn quản lý các dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư thuộc lĩnh vực hạ tầng kỹ thuật đô thị và đang lấy ý kiến góp ý về dự thảo Thông tư này.

định hướng chỉ đạo của Lãnh đạo Đảng, Nhà nước và Chính phủ về việc phát triển hệ thống cơ sở hạ tầng quốc gia nói chung và huy động nguồn lực tư nhân thông qua phương thức đầu tư PPP nói riêng; góp phần hình thành khung pháp lý đồng bộ, ổn định, thông thoáng cho việc thu hút khu vực tư nhân tham gia đầu tư các dự án xây dựng kết cấu hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải, cung cấp dịch vụ công...; đồng thời nâng cao tính minh bạch, cạnh tranh bình đẳng trong việc lựa chọn NĐT thực hiện các dự án PPP, từng bước tiếp cận với các chuẩn mực quốc tế và khu vực.

05. Tuy nhiên, đầu tư theo phương thức PPP vẫn còn là một lĩnh vực mới ở nước ta và đang có xu hướng phát triển mạnh trong những năm gần đây, nên mặc dù các quy định pháp luật trong lĩnh vực này liên tục được bổ sung, hoàn thiện nhưng vẫn chưa theo kịp với thực tiễn. Bên cạnh đó, đặc điểm của các dự án PPP là quy mô đầu tư lớn, thời gian kéo dài, quá trình triển khai thực hiện làm phát sinh các quan hệ pháp lý phức tạp, liên quan đến nhiều chủ thể khác nhau (trong đó một bên là các CQCTQ), đan xen giữa lợi ích của Nhà nước, NĐT và lợi ích cộng đồng. Do đó, việc thực thi pháp luật trong thu hút và triển khai các dự án PPP trên thực tế thời gian qua còn gặp phải những vướng mắc, bất cập như:

(i) Vẫn còn tình trạng thiếu đồng bộ, mâu thuẫn giữa các quy định của Luật PPP 2020 với các Luật chuyên ngành khác, dẫn đến những cách hiểu và áp dụng khác nhau giữa các CQCTQ về cùng một vấn đề liên quan đến dự án PPP.

(ii) Mặc dù Luật PPP 2020 đã nhất thể hóa các quy định hiện hành điều chỉnh hoạt động đầu tư PPP, nhưng các quy định hướng dẫn thi hành Luật PPP và các quy định có liên quan điều chỉnh hoạt động đầu tư PPP vẫn nằm ở nhiều văn bản khác nhau, dẫn đến khó khăn cho Cơ quan ký kết hợp đồng, NĐT và DNDA trong việc tra cứu, áp dụng trong quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP.

(iii) Nhiều quy định của Luật PPP 2020, Nghị định số 35/2021/NĐ-CP và các Nghị định liên quan khác về quy trình lập, phê duyệt dự án PPP; hình thức, quy trình lựa chọn NĐT; tiêu chí năng lực NĐT, tiêu chuẩn công nghệ áp dụng cho dự án, tiêu chuẩn, phương pháp đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn NĐT; triển khai dự án PPP; bảo đảm đầu tư… khi áp dụng vào từng lĩnh vực cụ thể, có tính đặc thù như xây dựng hạ tầng giao thông, xử lý nước thải, chất thải rắn, v,v… còn gặp nhiều vướng mắc, cần có những hướng dẫn cụ thể từ các cơ quan quản lý chuyên ngành đối với các lĩnh vực đó.

06. Tại khoản 3 Điều 47 Luật PPP 2020 quy định 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 Chỉ thị số 30/CT-TTg ngày 23/11/2021 chỉ đạo các bộ GTVT, Xây Dựng, TNMT ban hành các Thông tư hướng dẫn về dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư trong lĩnh vực thuộc phạm vi quản lý của mình (trong đó có các Mẫu Hợp đồng dự án BOT, BLT và O&M). Nhưng cho đến nay ngoài Bộ GTVT đã ban hành Mẫu Hợp đồng BOT kèm theo Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022 thì các bộ còn lại vẫn chưa thống nhất được cơ quan đầu mối soạn thảo và ban hành các Mẫu Hợp

đồng BLT và Hợp đồng O&M[2].

07. Việc thiếu các quy định hướng dẫn cụ thể thi hành Luật PPP 2020 và thiếu các mẫu hợp đồng dự án PPP đang là nguyên nhân khiến cho các bộ, ngành, địa phương gặp khó khăn, lúng túng trong quá trình nghiên cứu, chuẩn bị, triển khai dự án đầu tư PPP. Điều này khiến các CQCTQ e ngại khi tham gia triển khai dự án PPP tại các bộ, ngành, địa phương và đang có tâm lý chờ đợi cho đến khi có khung pháp lý chi tiết hơn. Theo Báo cáo về việc triển khai nhiệm vụ rà soát, tháo gỡ khó khăn, vướng mắc và thúc đẩy thực hiện dự án PPP tại các bộ, ngành và địa phương kèm theo Công văn số 9488/BKHĐT-PC ngày 31/12/2021 của Bộ KHĐT, tính đến thời điểm cuối năm 2021 chỉ có 04 dự án PPP được phê duyệt chủ trương đầu tư theo quy định của Luật PPP 2020, còn lại một số dự án đang trong quá trình lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi.

08. Về phía NĐT, khung pháp lý về PPP còn thiếu các quy định hướng dẫn cụ thể khiến các quy định mới trong Luật PPP 2020 và các Nghị định hướng dẫn thi hành Luật, như quy định về tiêu chí năng lực nhà đầu tư, tiêu chuẩn công nghệ áp dụng cho dự án, phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn NĐT, cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu dự án… chưa đi vào thực tiễn, làm giảm sự hấp dẫn của các dự án PPP cũng như khiến các NĐT chưa cảm thấy an tâm khi lựa chọn phương thức này. Thực tế, một số dự án lớn trong lĩnh vực xử lý chất thái rắn sinh hoạt như Nhà máy điện rác Sóc Sơn, Nhà máy điện rác Seraphin Xuân Sơn (Hà Nội)… NĐT không lựa chọn hình thức PPP mà chủ động đề xuất đầu tư bằng nguồn vốn tư nhân hoàn toàn. Việc khung pháp lý về PPP chưa hoàn thiện cũng làm giảm vai trò của quản lý nhà nước trong việc định hướng và dẫn dắt các NĐT tư nhân tham gia vào các lĩnh vực ưu tiên và các dự án trọng điểm cần thu hút đầu tư PPP.

09. Một thực tế khác là việc chưa có các quy định hướng dẫn cụ thể về tiêu chí năng lực nhà đầu tư, tiêu chuẩn công nghệ áp dụng cho dự án, phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn nhà đầu tư trong từng lĩnh vực cụ thể khiến cho việc lựa chọn nhà đầu tư dự án PPP thiếu minh bạch, hiệu quả. Thêm vào đó, việc chưa ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng để nhằm thiết lập một mẫu tiêu chuẩn thống nhất cho các hợp đồng dự án PPP (một thành phần có trong hồ sơ mời thầu lựa chọn nhà đầu tư dự án PPP) đã không đảm bảo nguyên tắc cạnh tranh công bằng trong đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư. Đồng thời không cung cấp hướng dẫn về thông lệ quốc tế tốt nhất và điểm tham chiếu cho các CQCTQ và NĐT, DNDA để rút ngắn thời gian đàm phán, ký kết các hợp đồng dự án PPP.

---

[2] Trước đó, tại Công văn số 5580/BKHĐT-QLĐT ngày 15/7/2016, Bộ KHĐT đã gửi gửi lấy ý kiến các bộ, ngành, địa phương về dự thảo 3 mẫu hợp đồng BOT (xây dựng - kinh doanh - chuyển giao), BLT (xây dựng - thuê dịch vụ - chuyển giao) và O&M (kinh doanh - quản lý) để ban hành kèm theo Thông tư hướng dẫn lập hồ sơ mời sơ tuyển (HSMST), hồ sơ mời thầu (HSMT) lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư (PPP) liên quan đến Điều 26 Nghị định số 30/2015/NĐ-CP ngày 17/3/2015 của Chính phủ Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư. Tuy nhiên, vì nhiều lý do nên sau đó các mẫu hợp đồng BOT, hợp đồng BLT và hợp đồng O&M đã không được ban hành kèm theo thông tư hướng dẫn của Bộ KHĐT (Thông tư số 15/2016/TT-BKHĐT ngày 29/9/2016). Cho mục đích tham khảo, trong Báo Cáo này, các dự thảo mẫu hợp đồng trên lần lượt được gọi là **"Dự thảo Mẫu Hợp đồng BOT 2016"**, **"Dự thảo Mẫu Hợp đồng BLT 2016"** và **"Dự thảo Mẫu Hợp đồng O&M 2016"**.

10. Vấn đề đặt ra hiện nay là đa số các bộ, ngành chưa có nhiều thông tin pháp lý và kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực PPP nói chung và các hợp đồng dự án PPP nói riêng, cũng như thiếu đội ngũ cán bộ pháp lý am hiểu sâu hệ thống pháp luật về PPP. Thực tế thì cũng không nhiều cán bộ thuộc các bộ, ngành hiện nay đã qua thực tiễn quản lý các dự án PPP cũng như đã từng tham gia đàm phán, ký kết và triển khai các hợp đồng dự án PPP nên còn khá lúng túng trong việc soạn thảo các văn bản hướng dẫn về PPP và mẫu hợp đồng dự án PPP. Do đó, việc tham gia đồng hành của các tổ chức phi chính phủ, các nhà khoa học và chuyên gia pháp lý độc lập trong việc rà soát, đánh giá các Mẫu Hợp đồng dự án PPP là cần thiết để hỗ trợ các bộ, ngành có thêm thông tin pháp lý, kiến thức và cách tiếp cận phù hợp trong việc soạn thảo, ban hành các văn bản hướng dẫn Luật PPP 2020 và các mẫu hợp đồng PPP trong lĩnh vực mình quản lý. Đồng thời, giúp cho các NĐT, DNDA và CQCTQ có những hiểu biết, nắm bắt đầy đủ, sâu sắc hơn nội dung các Mẫu Hợp đồng dự án PPP và pháp luật có liên quan, từ đó tạo thuận lợi cho việc soạn thảo, đàm phán và ký kết các hợp đồng dự án PPP.

B. MỤC ĐÍCH VÀ PHẠM VI BÁO CÁO

11. Đặt trong bối cảnh trên đây, Báo Cáo này có mục đích rà soát, đánh giá hiện trạng pháp luật về PPP nói chung và các mẫu Hợp đồng BOT, BLT và O&M áp dụng trong các lĩnh vực hạ tầng giao thông, thoát nước và xử lý chất thải, có tham khảo kinh nghiệm pháp luật và thực tiễn triển khai hợp đồng dự án PPP tại Việt Nam cũng như các nước trong khu vực và trên thế giới. Trên cơ sở đó, Báo Cáo sẽ đưa ra những khuyến nghị về việc bổ sung, chi tiết hóa các quy định tại Mẫu Hợp đồng BOT trong quá trình soạn thảo, đàm phán, ký kết các Hợp đồng BOT; đồng thời đưa ra các đề xuất, gợi ý về các tiêu chí xây dựng các Mẫu Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M trong thời gian tới.

12. Cho mục đích nêu tại Đoạn 11, Báo Cáo này sẽ rà soát và đánh giá tập trung vào các vấn đề sau:

(i) Khung pháp luật điều chỉnh hợp đồng dự án PPP, gồm: các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh hợp đồng dự án PPP; khái niệm hợp đồng dự án PPP; các loại hợp đồng dự án PPP; nội dung cơ bản của hợp đồng dự án PPP; vấn đề ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP, từ thực tiễn pháp luật tại Việt Nam và một số nước trên thế giới.

(ii) Rà soát các quy định của pháp luật có liên quan và nội dung Mẫu Hợp đồng BOT do Bộ GTVT ban hành kèm theo Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022, đưa ra những khuyến nghị về việc bổ sung, chi tiết hóa các quy định tại Mẫu Hợp đồng BOT trong quá trình soạn thảo, đàm phán, ký kết các Hợp đồng BOT;

(iii) Rà soát các quy định của pháp luật có liên quan và dự thảo Mẫu Hợp đồng BLT, Hợp đồng O&M do Bộ KHĐT soạn thảo năm 2016, từ đó đưa ra các đề xuất, gợi ý với CQCTQ về các tiêu chí xây dựng các Mẫu Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M (và rộng hơn là các văn bản hướng dẫn thi hành Luật PPP 2020 liên quan đến Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M) trong thời gian tới.

13. Báo Cáo này là kết quả nghiên cứu của tác giả cùng các cộng sự tại Công ty Luật TNHH Vietthink (nhóm tác giả) về hệ thống pháp luật PPP hiện hành của Việt Nam và có tham chiếu đến pháp luật của một số quốc gia trên thế giới. Một phần của

nghiên cứu dựa trên những kinh nghiệm thực tiễn của nhóm tác giả trong hoạt động tư vấn cho các NĐT, DNDA về lĩnh vực hạ tầng giao thông, xử lý nước thải, rác thải tại Việt Nam trong thời gian qua. Các nội dung của Báo Cáo thể hiện quan điểm pháp lý độc lập của nhóm tác giả và chỉ có giá trị tham khảo, không phải là căn cứ cho việc soạn thảo các mẫu hợp đồng dự án PPP cũng như cho việc đàm phán, ký kết và triển khai thực hiện các hợp đồng dự án PPP.

C. NỘI DUNG BÁO CÁO

14. Phù hợp với mục đích và phạm vi nêu tại Đoạn 12 và 13, nội dung Báo Cáo này sẽ gồm các mục sau đây: (i) Khung pháp luật điều chỉnh hợp đồng dự án PPP; (ii) Rà soát, đánh giá nội dung Mẫu Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (Hợp đồng BOT) và đưa ra các kiến nghị đối với các bên trong quá trình áp dụng Mẫu hợp đồng BOT; (iii) Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo Mẫu Hợp đồng BLT (Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao) và Hợp đồng O&M (Kinh doanh - Quản lý).

Sau đây là nội dung chi tiết của Báo Cáo.

I. KHUNG PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

1. Các nguyên tắc pháp lý điều chỉnh hợp đồng dự án PPP.

15. Giống như các loại hợp đồng khác, việc ký kết hợp đồng dự án PPP phải tuân thủ những nguyên tắc pháp lý nhất định. Việc tuân thủ các nguyên tắc này giúp cho quan hệ hợp đồng dự án PPP được thiết lập hợp pháp, đảm bảo sự an toàn pháp lý cho các bên ký kết hợp đồng và là cơ sở để pháp luật bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên khi có tranh chấp xảy ra.

1.1. Các nguyên tắc chung:

16. Mặc dù được ký giữa một bên là CQCTQ và một bên là NĐT, DNDA, nhưng hợp đồng dự án PPP có bản chất là quan hệ dân sự, nên việc giao kết hợp đồng dự án PPP trước hết phải tuân thủ các nguyên tắc về xác lập giao dịch dân sự và giao kết hợp đồng được quy định bởi pháp luật dân sự.

17. BLDS 2015 không có điều khoản, nhóm điều khoản riêng quy định về nguyên tắc cơ bản của hợp đồng, nhưng việc giao kết hợp đồng phải tuân theo những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự trong việc xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự. Các nguyên tắc này được quy định cụ thể tại Điều 3 và Điều 5 BLDS 2015, bao gồm:

- *Nguyên tắc bình đẳng (khoản 1 Điều 3 BLDS 2015):* Trong quan hệ dân sự, mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng trước pháp luật, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; các bên trong quan hệ dân sự được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản.
- *Nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận (khoản 2 Điều 3 BLDS 2015)*: Mọi cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội đều có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được các chủ thể khác tôn trọng.
- *Nguyên tắc thiện chí, trung thực (khoản 3 Điều 3 BLDS 2015):* Cá nhân, pháp nhân

phải xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình một cách thiện chí, trung thực, vì lợi ích của mỗi bên và lợi ích của cả hai bên. Mọi hành vi lừa dối, đe dọa, cưỡng ép của một bên buộc bên kia phải xác lập, thực hiện, chấm dứt nghĩa vụ dân sự của mình trái ý muốn đều dẫn đến giao dịch dân sự bị vô hiệu.

- *Nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác (khoản 4 Điều 3 BLDS 2015):* Việc xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

- *Nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự (khoản 5 Điều 3 BLDS 2015):* Cá nhân, pháp nhân phải tự chịu trách nhiệm về việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự.

- *Nguyên tắc áp dụng tập quán (khoản 2 Điều 5 BLDS 2015):* Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán trong giao dịch dân sự nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

18. Tại Điều 55 Luật PPP 2020 2020 quy định: "*Hợp đồng dự án PPP và các phụ lục hợp đồng, các văn bản có liên quan khác được ký kết giữa cơ quan nhà nước Việt Nam với NĐT, DNDA được điều chỉnh bởi pháp luật Việt Nam. Đối với những vấn đề pháp luật Việt Nam không có quy định, các bên có thể thỏa thuận cụ thể trong hợp đồng dự án PPP trên cơ sở không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam*". Như vậy, Luật PPP 2020 khẳng định các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự Việt Nam cũng điều chỉnh việc giao kết, thực hiện hợp đồng dự án PPP giữa cơ quan nhà nước Việt Nam và với các NĐT, DNDA cũng như chi phối mọi thỏa thuận của các bên trong hợp đồng dự án PPP.

1.2. Các nguyên tắc đặc thù:

19. Bên cạnh việc tuân thủ các nguyên tắc chung về giao kết và thực hiện hợp đồng theo pháp luật dân sự thì việc giao kết hợp đồng dự án PPP còn phải tuân thủ các nguyên tắc pháp lý riêng, được đưa ra hoặc nhấn mạnh để phù hợp với đặc thù của giao dịch hợp đồng trong lĩnh vực PPP. Các nguyên tắc này được quy định trong Luật PPP 2020 2020 và các văn bản pháp luật về đầu tư.

20. Luật PPP 2020 không trực tiếp quy định các nguyên tắc giao kết hợp đồng dự án PPP, nhưng tại Điều 7 Luật PPP 2020 có quy định các nguyên tắc quản lý đầu tư theo phương thức PPP và tại Điều 80 Luật PPP 2020 có quy định về các biện pháp bảo đảm đầu tư. Qua nghiên cứu, chúng tôi nhận thấy các nguyên tắc được quy định tại các điều luật này chi phối xuyên suốt toàn bộ hoạt động đầu tư theo phương thức PPP, trong đó có một số nguyên tắc trực tiếp chi phối việc xác lập và thực hiện hợp đồng dự án PPP, cụ thể như sau:

a) *Nguyên tắc bình đẳng* giữa cơ quan Nhà nước Việt Nam với NĐT, DNDA *(khoản 4 Điều 7 Luật PPP 2020):*

21. Nguyên tắc bình đẳng trong giao kết hợp đồng mặc dù đã được ghi nhận bởi pháp luật dân sự, nhưng cần được nhấn mạnh trong việc giao kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP. Bởi lẽ, một đặc điểm nổi bật của hợp đồng dự án PPP là một bên chủ thể

tham gia là CQCTQ (cơ quan ký hợp đồng), còn một bên là các NĐT, DNDA. Sự khác biệt về địa vị pháp lý của hai bên chủ thể trong hợp đồng có thể là nguyên nhân dẫn đến những sự bất bình đẳng trong việc đàm phán, ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP.

22. Khó khăn lớn nhất trong việc đàm phán, ký kết hợp đồng dự án PPP, kể cả trong việc xây dựng mẫu hợp đồng dự án PPP trong các lĩnh vực cụ thể là phải tìm được điểm cân bằng, hài hòa giữa lợi ích của Nhà nước và lợi ích của NĐT, DNDA để hai bên đều có thể chấp nhận được. Đặc biệt là phải dung hoà được sự khác biệt trong nguyên lý: NĐT, DNDA được làm những gì luật không cấm, nhưng CQCTQ chỉ được làm những gì luật quy định. Trong thực tiễn đàm phán hợp đồng dự án PPP, đôi khi CQCTQ không dùng quyền lực hành chính để áp đặt, mà đơn giản là các cơ quan này "không thể linh hoạt" quyết định những vấn đề mà pháp luật chưa quy định hoặc quy định chưa rõ. Trong những trường hợp đó, NĐT, DNDA thường phải có sự "nhượng bộ" nhất định để có thể đi đến thành công trong việc đàm phán và ký kết hợp đồng dự án PPP.

23. Một thực tế khác trong đàm phán ký kết hợp đồng dự án PPP là về nguyên tắc chỉ có một CQCTQ được giao làm đầu mối đại diện ký kết hợp đồng dự án PPP với NĐT, DNDA ("Cơ quan ký kết hợp đồng"), nhưng quá trình đàm phán hợp đồng lại có sự tham gia của nhiều các cơ quan quản lý chuyên ngành khác nhau (liên ngành) như: quy hoạch, xây dựng, đất đai, môi trường, thuế, tài chính, đấu thầu,… Mỗi cơ quan này lại thực hiện chức năng, thẩm quyền quản lý nhà nước của mình trong từng lĩnh vực và theo một hệ thống văn bản pháp luật điều chỉnh riêng cho lĩnh vực đó. Cho nên, mỗi cơ quan lại có những quan điểm, cách tiếp cận riêng của mình về những vấn đề liên quan trong hợp đồng dự án PPP. Vấn đề là các cơ quan này không phải là một bên chủ thể ký kết hợp đồng dự án PPP, cho nên trong quá trình tham gia đàm phán, họ không đặt mình vào vị trí một bên trong hợp đồng mà thường giữ nguyên quan điểm, cách tiếp cận của mình từ góc độ quản lý nhà nước. Đây là một trở ngại lớn đối với các NĐT, DNDA trong việc đàm phán, ký kết cũng như trong suốt quá trình triển khai thực hiện hợp đồng dự án PPP.

24. Cũng xuất phát từ nguyên lý NĐT, DNDA được làm những gì luật không cấm, nhưng CQCTQ chỉ được làm những gì pháp luật quy định, nên trong hợp đồng dự án PPP, phần quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm của NĐT, DNDA thường rất chặt chẽ kèm theo những chế tài cụ thể nếu có vi phạm. Trong khi đó, quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm và chế tài đối với Cơ quan ký kết hợp đồng thường chỉ chung chung, mang tính nguyên tắc hoặc mô tả, dẫn chiếu đến các quy định của pháp luật có liên quan. Khi xảy ra vi phạm hoặc tranh chấp, việc quy trách nhiệm cho Cơ quan ký kết hợp đồng và đòi bồi thường thiệt lại cho NĐT, DNDA là rất khó khăn, phức tạp. Đây chính là một trong những nguyên nhân khiến cho mô hình đầu tư theo phương thức PPP trở nên kém hấp dẫn với các NĐT.

25. Bởi vậy, việc nhấn mạnh nguyên tắc bình đẳng giữa cơ quan Nhà nước Việt Nam với NĐT, DNDA trong Luật PPP 2020 là rất cần thiết. Tuy nhiên, điều đó chỉ có ý nghĩa khi nguyên tắc này được quán triệt đầy đủ trong mẫu hợp đồng dự án PPP thuộc từng lĩnh vực, cũng như được thể hiện cụ thể trong nội dung các hợp đồng dự án PPP được ký kết. Quan trọng hơn là các Cơ quan ký kết hợp đồng đại diện cho Nhà nước

cần nhận thức đầy đủ và tôn trọng triệt để nguyên tắc này trong quá trình đàm phán, ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP với các NĐT, DNDA. Cơ quan ký kết hợp đồng cũng như các cơ quan liên ngành tham gia đàm phán hợp đồng dự án PPP cần đặt mình ở vào vị trí bình đẳng thực sự với các NĐT, DNDA khi thương lượng, thỏa thuận và xác lập các quyền, nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng dự án PPP. Có như vậy mới đảm bảo tính khả thi của các hợp đồng dự án PPP cũng như hiệu quả của việc triển khai các dự án PPP trên thực tế.

b) Nguyên tắc bảo đảm hài hòa lợi ích giữa Nhà nước, NĐT, người sử dụng và cộng đồng (khoản 5 Điều 7 Luật PPP 2020):

26. Dự án PPP thường được triển khai thực hiện trong các lĩnh vực thiết yếu như cơ sở hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải…. Đây là những lĩnh vực và dự án có phạm vi tác động rộng lớn, liên quan đến lợi ích của nhiều chủ thể khác nhau như Nhà nước, NĐT, người sử dụng và cộng đồng. Về phía Nhà nước, ngoài lợi ích về tài chính khi thu hút các nguồn vốn đầu tư tư nhân vào các lĩnh vực này, thì Nhà nước còn quan tâm đến các quyền lợi khác như quyền sở hữu, quyền quản lý và nhận chuyển giao các tài sản của dự án PPP, cũng như việc bảo đảm các lợi ích quốc gia và công cộng liên quan đến dự án PPP. Về phía NĐT, họ chỉ quan tâm tham gia đầu tư thực hiện dự án PPP nhận thấy an toàn nguồn vốn đầu tư và có lợi ích hấp dẫn, những lợi ích đó phải được ràng buộc và bảo đảm bằng các thỏa thuận tại hợp đồng dự án PPP. Do vậy, việc ký kết hợp đồng dự án PPP chỉ có thể diễn ra khi nó giải quyết được hài hòa, thỏa đáng mối quan hệ lợi ích giữa Nhà nước và NĐT, DNDA.

27. Một yếu tố nữa chi phối việc đàm phán, ký kết và thực hiện các hợp đồng dự án PPP là lợi ích của người sử dụng và cộng đồng, bởi các dự án PPP đều có liên quan trực tiếp hoặc phục vụ cho mục đích công, cung cấp các sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu. Thực tế cho thấy các quyết sách của CQCTQ hay NĐT, DNDA liên quan đến dự án PPP thường chịu rất nhiều áp lực, tác động của xã hội, dư luận. Đặc biệt khi xuất hiện các yếu tố khách quan gây khó khăn cho việc thực hiện, triển khai dự án mà ảnh hưởng tới lợi ích cộng đồng, thì NĐT, DNDA thường là đối tượng chịu thiệt hại nhiều hơn do CQCTQ khó có thể đưa ra các quyết sách kịp thời, phù hợp để vừa hỗ trợ NĐT, DNDA giải quyết vấn đề, trở ngại khách quan vừa hài hòa được lợi ích của cộng đồng. Chẳng hạn, khi xảy ra sự cố hoặc các yếu tố khách quan khác dẫn đến ách tắc tại trạm thu phí BOT thì CQCTQ có thể đưa ra quyết định yêu cầu DNDA xả trạm không thu phí. Quyết định này giúp giải quyết được ngay tình hình ách tắc thực tế, nhưng tại thời điểm ra quyết định trên, CQCTQ lại chưa sẵn sàng phương án hỗ trợ tài chính hay hỗ trợ khác cho NĐT, DNDA để bù đắp thiệt hại do bị hụt nguồn thu từ trạm thu phí.

28. Do vậy, việc Luật PPP 2020 ghi nhận nguyên tắc bảo đảm hài hòa lợi ích giữa Nhà nước, NĐT, người sử dụng và cộng đồng là rất quan trọng và cần thiết, và nó phải trở thành nguyên tắc chủ đạo chi phối toàn bộ quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP. Vấn đề là Nhà nước cần phải đưa ra được các cơ chế, biện pháp cho từng tình huống cụ thể để cùng NĐT, DNDA chia sẻ khó khăn, thiệt hại trong những trường hợp phải ưu tiên đảm bảo lợi ích công cộng.

c) Nguyên tắc *NĐT, DNDA* được bảo lưu và áp dụng chính sách, quy định ưu đãi hơn:

29. Các dự án PPP có đặc điểm chung là thời gian hoạt động khá dài, trong quá trình triển khai thực hiện chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật thuộc nhiều lĩnh vực khác nhau. Do đó, mỗi khi có sự thay đổi về chính sách, pháp luật của nhà nước thường sẽ kéo theo những tác động (cả tích cực lẫn tiêu cực) đến các dự án PPP cũng như có thể đe dọa xâm hại đến các quyền, lợi ích hợp pháp của NĐT, DNDA. Do vậy, để đảm bảo tính ổn định của hợp đồng dự án PPP, tạo yên tâm cho NĐT, DNDA thì pháp luật về PPP cần phải ghi nhận nguyên tắc NĐT, DNDA được bảo lưu và được hưởng các quy định có lợi hơn trong quá trình thực hiện hợp đồng như một nguyên tắc cốt lõi chi phối hợp đồng dự án PPP.

30. Luật PPP 2020 không trực tiếp quy định nguyên tắc NĐT, DNDA được bảo lưu và được hưởng các quy định có lợi hơn trong quá trình thực hiện hợp đồng, mà nguyên tắc này được ghi nhận tại Điều 13 Luật Đầu tư 2020 như một biện pháp bảo đảm đầu tư, cụ thể như sau:

"*1. Trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư mới, ưu đãi đầu tư cao hơn thì nhà đầu tư được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của văn bản pháp luật mới cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án đầu tư, trừ ưu đãi đầu tư đặc biệt đối với dự án đầu tư thuộc trường hợp quy định tại điểm a khoản 5 Điều 20 của Luật này.*

2. Trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư thấp hơn ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư được hưởng trước đó thì nhà đầu tư được tiếp tục áp dụng ưu đãi đầu tư theo quy định trước đó cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án đầu tư".

31. Theo quy định tại khoản 1 Điều 80 Luật PPP 2020 thì "*Nhà đầu tư, DNDA được hưởng các bảo đảm đầu tư theo quy định của Luật này và pháp luật về đầu tư*". Nhưng tại khoản 3 Điều 4 Luật Đầu tư 2020 lại quy định:

"*3. Trường hợp có quy định khác nhau giữa Luật Đầu tư và luật khác đã được ban hành trước ngày Luật Đầu tư có hiệu lực thi hành về trình tự, thủ tục đầu tư kinh doanh, bảo đảm đầu tư thì thực hiện theo quy định của Luật Đầu tư, trừ các trường hợp sau đây:*

.....

c) Thẩm quyền, trình tự, thủ tục đầu tư, thực hiện dự án; pháp luật điều chỉnh hợp đồng dự án; ***bảo đảm đầu tư****, cơ chế quản lý vốn nhà nước áp dụng trực tiếp cho dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư thực hiện theo quy định của Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư;*"

32. Như vậy, theo quy định trên đây thì các nguyên tắc và biện pháp bảo đảm đầu tư theo Luật Đầu tư 2020, trong đó có nguyên tắc NĐT, DNDA được bảo lưu và áp dụng chính sách, quy định ưu đãi hơn khi có sự thay đổi pháp luật sẽ không được áp dụng đối với NĐT, DNDA. Theo chúng tôi thì đây là một điểm mờ trong quá trình xây dựng Luật Doanh nghiệp 2020 và Luật PPP 2020. Vấn đề đặt ra là trong quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng dự án PPP, các bên có thể đưa nguyên tắc này vào nội dung hợp đồng dự án PPP hay không? Theo quan điểm của chúng tôi thì việc các bên

đưa thỏa thuận này vào hợp đồng dự án PPP là hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc tự nguyện trong giao kết hợp đồng. Mặt khác, hoạt động đầu tư PPP cũng phải tuân theo các nguyên tắc của pháp luật về đầu tư. Các NĐT, DNDA cũng có quyền được hưởng các chính sách chung về đầu tư được quy định bởi pháp luật về đầu tư. Do vậy, việc các bên thỏa thuận ghi nhận nguyên tắc NĐT, DNDA được bảo lưu và áp dụng chính sách, quy định ưu đãi hơn trong hợp đồng dự án PPP là hoàn toàn không trái pháp luật.

2. Khái niệm hợp đồng dự án PPP.

33. Theo quy định tại khoản 16 Điều 3 Luật PPP 2020 thì: "*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*".

34. Điểm mới trong nội hàm khái niệm hợp đồng dự án PPP theo Luật PPP 2020 là quy định rõ hơn về chủ thể hợp đồng. Theo đó, hợp đồng dự án PPP được ký kết giữa một bên là Cơ quan ký kết hợp đồng và một bên là NĐT, DNDA. Cơ quan ký kết hợp đồng gồm các CQCTQ được quy định tại khoản 1 Điều 5 Luật PPP 2020 và các cơ quan, đơn vị trực thuộc được CQCTQ ủy quyền ký kết hợp đồng dự án PPP thuộc thẩm quyền của mình (khoản 2, khoản 4 Điều 5 Luật PPP 2020). Quy định mới này nhằm tạo sự linh hoạt trong quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng dự án PPP nhưng vẫn xác định rõ quyền hạn, trách nhiệm pháp lý của từng cơ quan trong quá trình ký kết, thực hiện hợp đồng dự án PPP.

35. Một điểm mới nữa trong khái niệm hợp đồng dự án PPP theo Luật PPP 2020 là làm rõ bản chất quan hệ hợp đồng PPP là việc "*Nhà nước nhượng quyền cho nhà đầu tư, DNDA thực hiện dự án PPP*". Việc bổ sung thành tố "nhượng quyền" trong nội hàm khái niệm hợp đồng dự án PPP là một điểm rất đáng chú ý, nó thể hiện sự thay đổi về chất trong khái niệm về hợp đồng dự án PPP theo hướng phản ánh đúng hơn bản chất của loại hợp đồng này. Về lý thuyết, nguyên do hình thành các hợp đồng dự án PPP xuất phát từ nhu cầu đầu tư các dự án, công trình kết cấu hạ tầng hoặc cung cấp dịch vụ công cộng nhằm phục vụ nhu cầu thiết yếu của đời sống xã hội. Nhìn chung thì những dự án này thường đòi hỏi một lượng vốn dồi dào nhưng lại khó sinh lời. Chính vì thế, trách nhiệm đầu tư các dự án này thuộc về Nhà nước. Thế nhưng nhu cầu sử dụng các công trình, dịch vụ công, đặc biệt là trước sức ép tăng trưởng kinh tế luôn vượt quá khả năng cũng như tiềm lực của Nhà nước. Do đó một trong những giải pháp khắc phục tình trạng này là thu hút các nguồn lực đầu tư vào các dự án, dịch vụ thông qua đối tác nhà nước và tư nhân (PPP). Theo một cách truyền thống thì hợp đồng dự án PPP được hiểu là sự thỏa thuận hợp tác giữa Nhà nước và các doanh nghiệp tư nhân trong đầu tư và phát triển cơ sở hạ tầng đồng thời cung cấp các dịch vụ công cộng. Trong đó một phần hoặc toàn bộ công việc trong hợp đồng PPP sẽ được nhượng quyền (concession) cho NĐT, doanh nghiệp tư nhân thực hiện với sự hỗ trợ của Nhà nước. Vì là quan hệ nhượng quyền nên trong hợp đồng dự án PPP, Nhà nước sẽ không thoái vốn hay từ bỏ quyền quản lý đối với các dự án PPP, mà Nhà nước vẫn giữ quyền sở hữu, quản lý, kiểm soát nhất định, đồng thời có thể đặt ra những chuẩn mực, yêu cầu ràng buộc nhất định về cam kết với chất lượng và dịch vụ đối với nhà cung cấp tư nhân.

36. Qua rà soát, chúng tôi nhận thấy khái niệm hợp đồng dự án PPP theo pháp luật Việt Nam cũng tương đồng với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới. Chẳng hạn, Điều 1.3 Các Quy tắc và Quy định Thực hiện Sửa đổi của R.A. Số 6957, "Đạo luật cho phép tài trợ, xây dựng, vận hành và bảo trì các dự án cơ sở hạ tầng của khu vực tư nhân và cho các mục đích khác", được sửa đổi bởi Đạo luật Cộng hòa số 7718 (IRR) của Philippines quy định: *"Thỏa thuận hợp đồng là đề cập đến bất kỳ thỏa thuận hợp đồng nào sau đây hoặc các kế hoạch, cũng như các biến thể khác được Tổng thống chấp thuận, mà theo đó các dự án cơ sở hạ tầng hoặc phát triển thể được thực hiện theo các quy định của IRR này"*, và đi kèm với đó là liệt kê các loại hợp đồng dự án PPP[3].

37. Tại Hàn Quốc, hợp đồng dự án PPP có tên gọi là "hợp đồng nhượng quyền" (concession agreement) và được định nghĩa tại Đạo luật về Hợp tác công tư trong xây dựng cơ sở hạ tầng sửa đổi 2019 (Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure) tại Điều 2.6. Theo đó, *"hợp đồng nhượng quyền là một hợp đồng được ký kết giữa cơ quan Nhà nước có thẩm quyền và bên được nhượng quyền tiềm năng để thực hiện dự án đầu tư theo mô hình đối tác công tư liên quan đến các điều kiện,...để thực hiện dự án như được nêu tại Đạo luật này"*.

3. Các loại hợp đồng dự án PPP.

38. Về lý thuyết, việc phân loại hợp đồng dự án PPP được dựa trên các tiêu chí nhất định, xoay quanh ba khía cạnh chính của dự án PPP là: (i) Loại tài sản có liên quan đến dự án; (ii) Vai trò của NĐT trong dự án; và (iii) Cơ chế thanh toán cho NĐT. Trong đó, đối với tài sản liên quan đến dự án, thông thường được chia thành hai nhóm là tài sản mới hình thành và tài sản sẵn có. Tài sản mới hình thành phải gắn liền với hoạt động xây dựng (Build) hoặc phát triển (Develop), còn tài sản sẵn có sẽ gắn liền với hoạt động bảo trì (Maintain), khôi phục (Rehabilitate)… Về vai trò của NĐT trong dự án, tùy thuộc vào loại tài sản có liên quan đến dự án mà NĐT có thể đóng những vai trò khác nhau, như bên thuê thực hiện dịch vụ (Lease), bên vận hành (Operate) hay bên sở hữu (Own) tài sản. Về cơ chế thanh toán cho NĐT, tùy thuộc vào loại tài sản liên quan đến dự án và vai trò của NĐT trong dự án PPP mà có thể được thanh toán từ phí thu trực tiếp của người sử dụng dịch vụ công, từ ngân sách Nhà nước hoặc kết hợp cả hai phương thức trên.

39. Dựa trên các tiêu chí phân loại trên đây, tại Điều 45 Luật PPP 2020 quy định phân chia hợp đồng dự án PPP thành 03 nhóm với các loại hợp đồng dự án cụ thể như sau:

a) 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, bao gồm:

- *Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (Hợp đồng BOT)*: là hợp đồng mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được nhượng quyền để xây dựng, kinh doanh, vận hành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng trong thời hạn nhất định; hết thời hạn,

---

[3] Revised Implementing Rules and Regulations of R.A. No. 6957, "An Act Authorizing the Financing, Construction, Operation and Maintenance of Infrastructure Projects by the Private Sector and for Other Purposes", as Amended by Republic Act No. 7718, https://ppp.gov.ph/wp-content/uploads/2022/04/2022-Revised-IRR-of-BOT-Law-RA-6957-as-amended-by-RA-7718.pdf

nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho Nhà nước.

- *Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh (Hợp đồng BTO)*: là hợp đồng mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; sau khi hoàn thành xây dựng, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng cho Nhà nước và được quyền kinh doanh, vận hành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó trong thời hạn nhất định.

- *Hợp đồng Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh (Hợp đồng BOO)*: là hợp đồng mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được nhượng quyền để xây dựng, sở hữu, kinh doanh, vận hành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng trong thời hạn nhất định; hết thời hạn, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chấm dứt hợp đồng.

- *Hợp đồng Kinh doanh - Quản lý (Hợp đồng O&M)*: là hợp đồng mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được nhượng quyền để kinh doanh, quản lý một phần hoặc toàn bộ công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có trong thời hạn nhất định; hết thời hạn, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chấm dứt hợp đồng.

b) Nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế Nhà nước thanh toán trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công, bao gồm:

- *Hợp đồng Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao (Hợp đồng BTL)*: là hợp đồng mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và chuyển giao cho Nhà nước sau khi hoàn thành; được quyền cung cấp sản phẩm, dịch vụ công trên cơ sở vận hành, khai thác công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó trong thời hạn nhất định; cơ quan ký kết hợp đồng thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP.

- *Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Thuê dịch vụ (Hợp đồng BLT)*: là hợp đồng mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và cung cấp sản phẩm, dịch vụ công trên cơ sở vận hành, khai thác công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó trong thời hạn nhất định; cơ quan ký kết hợp đồng thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP; hết thời hạn, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho Nhà nước.

c) Hợp đồng hỗn hợp là hợp đồng kết hợp giữa các loại hợp đồng thuộc nhóm 1 và nhóm 2 trên đây.

40. Như vậy, theo Luật PPP 2020 thì ở Việt Nam hiện nay pháp luật quy định và điều chỉnh 07 loại hợp đồng dự án PPP. So với các văn bản pháp luật trước đây về đầu tư theo hình thức đối tác công tư (Nghị định 63/2018/NĐ-CP) thì Luật PPP 2020 đã loại bỏ hình thức Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao (Hợp đồng BT) khỏi phạm vi điều chỉnh của Luật. Điều này xuất phát từ hai nguyên nhân chủ yếu:

Thứ nhất, về lý thuyết thì loại Hợp đồng BT không đúng về bản chất của hợp đồng dự án PPP (không có yếu tố "nhượng quyền");

Thứ hai, thực tiễn áp dụng hình thức Hợp đồng BT thời gian qua cho thấy đã phát sinh nhiều tiêu cực, gây dư luận xấu, đặc biệt là cơ chế phê duyệt dự án BT và lựa chọn nhà đầu tư, cơ chế giao đất đối ứng dự án BT mà không qua đấu giá cho nhà

đầu tư, gây thất thoát cho ngân sách nhà nước.

Do vậy, việc chấm dứt hình thức Hợp đồng BT trong thời điểm hiện nay là cần thiết, phù hợp với tình hình thực tế tại Việt Nam và nhận được sự đồng thuận cao của cộng đồng xã hội.

41. Theo nghiên cứu của chúng tôi thì quy định về các loại hợp đồng dự án PPP trong Luật PPP 2020 về cơ bản là phù hợp với nhu cầu thực tiễn về thu hút đầu tư tư nhân vào các dự án PPP trong lĩnh vực xây dựng kết cấu hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải, cung cấp dịch vụ công ở Việt Nam hiện nay. Đồng thời cách phân loại hợp đồng dự án PPP theo pháp luật Việt Nam cũng cho thấy sự tương đồng và tiệm cận với quy định của pháp luật một số nước trên thế giới.

42. Chẳng hạn, theo pháp luật Philipines, hợp đồng dự án PPP được chia làm 09 loại, gồm: (i) BOT (Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao); (ii) BT (Xây dựng - Chuyển giao); (iii) BOO (Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh); (iv) BLT (Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao); (v) BTO (Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh); (vi) CAO (Hợp đồng - Bổ sung - Kinh doanh); (vii) DOT (Phát triển - Kinh doanh - Chuyển giao); (viii) ROT (Khôi phục - Kinh doanh - Chuyển giao) và (ix) ROO (Khôi phục - Sở hữu - Kinh doanh)[4].

43. Tương tự, theo pháp luật Hàn Quốc, hợp đồng dự án PPP gồm các loại như: (i) BTO (Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh); (ii) BTL (Xây dựng - Chuyển giao - Thuê dịch vụ); (iii) BOT (Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao); (iv) BOO (Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh); (v) BLT (Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao); (vi) ROT (Khôi phục - Kinh doanh - Chuyển giao); (vii) ROO (Khôi phục - Sở hữu - Kinh doanh); (viii) RTL (Khôi phục - Chuyển giao - Thuê dịch vụ); và (ix) Loại hợp đồng khác do các bên đề xuất và được chấp thuận bởi cơ quan Nhà nước có thẩm quyền)[5].

44. Còn theo pháp luật của Ấn Độ, hợp đồng dự án PPP gồm 05 loại như sau: (i) BOT (Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao); (ii) BOLT (Xây dựng - Kinh doanh - Thuê dịch vụ - Chuyển giao); (iii) DBFOT (Thiết kế - Xây dựng - Cung cấp tài chính - Kinh doanh - Chuyển giao); (iv) BOOT (Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh - Chuyển giao); và (v) BOO (Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh). Trong đó, hình thức hợp đồng BOT là được áp dụng phổ biến nhất trong lĩnh vực đường bộ, vận tải và ngành đường sắt và được chia làm 2 loại là BOT hàng năm (BOT Annuity Model) và BOT thu phí (BOT Toll Model)[6].

45. Như vậy, có thể thấy rằng số lượng và các hình thức hợp đồng dự án PPP được quy định tương đối đa dạng tại các quốc gia, tùy theo nhu cầu, mục tiêu và điều kiện cụ thể của từng quốc gia trong việc thu hút đầu tư tư nhân vào các lĩnh vực xây dựng kết cấu hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải, cung cấp dịch vụ công… Ngoài ra, tùy từng thời điểm khác nhau và nhu cầu thực tế mà luật

---

4 https://ppp.gov.ph/wp-content/uploads/2022/04/2022-Revised-IRR-of-BOT-Law-RA-6957-as-amended-by-RA-7718.pdf

5 https://www.kdevelopedia.org/Resources/view/--04201506020138369.do

6 Sunil Seth, Vasanth Rajakesaran (2107), The Public – Private Partnership Law Review, Chapter 10-India, tr. 112.

pháp của các quốc gia có thể có những điều chỉnh cần thiết cho phù hợp theo hướng thu hẹp hoặc ghi nhận thêm các biến thể mới của hợp đồng dự án PPP.

4. Nội dung hợp đồng dự án PPP.

46. Nội dung hợp đồng dự án PPP là các điều khoản mà các bên thỏa thuận, thống nhất trong hợp đồng, phù hợp với các nguyên tắc điều chỉnh quan hệ hợp đồng dự án PPP và pháp luật hiện hành, đồng thời quy định rõ ràng và chi tiết quyền, nghĩa vụ, lợi ích của mỗi bên trong quan hệ hợp đồng PPP và các cơ chế, giải pháp tài chính, pháp lý cho việc triển khai thực hiện dự án PPP, giải quyết xung đột, tranh chấp phát sinh và chấm dứt hợp đồng.

47. Theo quy định tại khoản 1 Điều 47 Luật PPP 2020, hợp đồng dự án PPP có các nội dung cơ bản sau đây:

- Mục tiêu, quy mô, địa điểm và tiến độ thực hiện dự án; thời gian xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; thời điểm có hiệu lực của hợp đồng; thời hạn hợp đồng;
- Phạm vi và yêu cầu về kỹ thuật, công nghệ, chất lượng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng, sản phẩm, dịch vụ công được cung cấp;
- Tổng mức đầu tư; cơ cấu nguồn vốn; phương án tài chính, trong đó có kế hoạch thu xếp tài chính; giá, phí sản phẩm, dịch vụ công, trong đó có phương pháp và công thức để thiết lập hoặc điều chỉnh; vốn nhà nước trong dự án PPP và hình thức quản lý, sử dụng tương ứng (nếu có);
- Điều kiện sử dụng đất và tài nguyên khác; phương án tổ chức xây dựng công trình phụ trợ; yêu cầu về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; bảo đảm an toàn và bảo vệ môi trường; trường hợp bất khả kháng và phương án xử lý trong trường hợp bất khả kháng;
- Trách nhiệm thực hiện các thủ tục xin cấp phép theo quy định của pháp luật có liên quan; thiết kế; tổ chức thi công; kiểm tra, giám sát, quản lý chất lượng trong giai đoạn xây dựng; nghiệm thu, quyết toán vốn đầu tư và xác nhận hoàn thành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; cung cấp nguyên liệu đầu vào chủ yếu cho các hoạt động sản xuất, kinh doanh của dự án;
- Trách nhiệm trong việc vận hành, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng để sản phẩm, dịch vụ công được cung cấp liên tục, ổn định; điều kiện, trình tự, thủ tục chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng;
- Bảo đảm thực hiện hợp đồng; quyền sở hữu, quyền quản lý, khai thác các loại tài sản liên quan đến dự án; quyền và nghĩa vụ của NĐT, DNDA; thỏa thuận về việc sử dụng dịch vụ bảo lãnh của bên thứ ba đối với nghĩa vụ của cơ quan ký kết hợp đồng;
- Phương án xử lý trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo quy định của pháp luật về dân sự để tiếp tục thực hiện hợp đồng; biện pháp xử lý, bồi thường, xử phạt trong trường hợp một trong các bên vi phạm hợp đồng;
- Trách nhiệm của các bên liên quan đến bảo mật thông tin; chế độ báo cáo; cung cấp thông tin, tài liệu liên quan và giải trình việc thực hiện hợp đồng theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền, cơ quan thanh tra, kiểm tra, kiểm toán, giám sát;

- Các nguyên tắc, điều kiện sửa đổi, bổ sung, chấm dứt hợp đồng trước thời hạn; chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ của các bên; quyền của bên cho vay; thủ tục, quyền và nghĩa vụ của các bên khi thanh lý hợp đồng;
- Ưu đãi, bảo đảm đầu tư, phương án chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu, bảo đảm cân đối ngoại tệ, các loại bảo hiểm (nếu có);
- Pháp luật điều chỉnh hợp đồng và cơ chế giải quyết tranh chấp.

48. Cần lưu ý rằng những nội dung cơ bản trên đây chỉ mang tính chất định hướng cho các bên trong quá trình thương thảo, ký kết hợp đồng dự án PPP. Khoản 2 Điều 47 Luật PPP 2020 cũng nhấn mạnh hợp đồng dự án PPP phải xác định cụ thể quyền và nghĩa vụ của cơ quan ký kết hợp đồng, NĐT và DNDA. Do vậy, trong quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng dự án PPP, các bên sẽ căn cứ vào nội dung cơ bản của hợp đồng được quy định trong Luật PPP 2020, các chỉ dẫn trong các mẫu hợp đồng dự án PPP, đồng thời căn cứ vào tính chất của dự án PPP và nhu cầu, mong muốn của mỗi bên để đưa ra và thương thảo các điều khoản cụ thể của hợp đồng, phù hợp với các nguyên tắc của pháp luật, không trái pháp luật và đạo đức xã hội. Thông thường, các điều khoản chi tiết của hợp đồng PPP được hoàn thiện dựa trên một hệ thống các chế định, quy định pháp luật khác liên quan đến nhiều lĩnh vực, từ đầu tư, đất đai, xây dựng, tài chính, kế toán, kiểm toán, quản lý sử dụng tài sản công đến bảo vệ môi trường,… cũng như dựa trên thông lệ và kinh nghiệm thực tiễn trong việc triển khai các dự án PPP.

49. Mặt khác, ngoài những điều khoản, nhóm điều khoản xuất hiện chung trong nhiều loại hợp đồng dự án PPP, thì đối với mỗi loại hợp đồng cụ thể lại có những điều khoản, nhóm điều khoản then chốt cần được chú trọng hoặc ưu tiên, phù hợp với đặc thù của loại hợp đồng dự án PPP đó. Chẳng hạn, nhóm điều khoản về phương án doanh thu cho NĐT, DNDA cùng xuất hiện trong cả hình thức Hợp đồng BOT và Hợp đồng BLT, nhưng lại có những điểm khác biệt then chốt. Trong Hợp đồng BOT, NĐT thông qua DNDA sẽ thu phí từ người sử dụng để hoàn lại chi phí đầu tư và thu lợi nhuận, do vậy, NĐT phải đối mặt với rủi ro về nhu cầu sử dụng dịch vụ, và cơ chế về Nhà nước chia sẻ doanh thu tăng, giảm trở nên đặc biệt cần thiết. Còn đối với Hợp đồng BLT, doanh thu của NĐT phát sinh từ tiền thuê công trình theo kỳ hạn của CQCTQ, theo đó, rủi ro về nhu cầu được chuyển từ NĐT sang cho Nhà nước. Nhưng ngược lại, việc thanh toán của CQCTQ trong Hợp đồng BLT sẽ phụ thuộc rất lớn vào mức độ thỏa mãn về chất lượng dịch vụ, nói cách khác, các tiêu chí về kiểm soát đầu ra của dự án sẽ được đặt lên hàng đầu và có vai trò quyết định trong phương án thanh toán cho NĐT. Chất lượng dịch vụ thường liên quan tới việc đáp ứng các mức tiêu chuẩn đầu ra được quy định, có thể bao gồm các tiêu chuẩn về bảo trì, các công trình tiện ích, lau dọn vệ sinh và các thành phần dịch vụ khác. CQCTQ có thể áp chế tài phạt vi phạm rất nghiêm ngặt với doanh nghiệp dự án do không đáp ứng được mức tiêu chuẩn đầu ra của dự án đã thỏa thuận.

50. Mô hình cấu trúc nội dung hợp đồng dự án PPP như mô tả trên đây cũng là mô hình được pháp luật của nhiều nước áp dụng. Chẳng hạn, tại Philippines, các nội dung chính của hợp đồng dự án PPP được nêu tại Điều 4.3 IRR về soạn thảo hợp đồng. Theo đó, hợp đồng dự án PPP được soạn thảo phải nêu rõ mối quan hệ giữa hai bên và quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên khi thực hiện dự án. Trong đó đáng chú

ý là so với pháp luật Việt Nam, pháp luật Philippines có quy định rõ về các chỉ tiêu, chỉ số và trình tự, thủ tục đo lường và báo cáo kết quả hoạt động chính của dự án; chi tiết các loại bảo hiểm mà NĐT phải mua như bảo hiểm rủi ro, bảo hiểm xe cơ giới; bảo hiểm cho người lao động; bảo hiểm trách nhiệm toàn diện;…

51. Ngoài quy định riêng của từng quốc gia, theo khuyến nghị của WB, hợp đồng dự án PPP cần quy định đủ chi tiết về quyền và nghĩa vụ của các bên, nhưng phải đảm bảo đưa ra được các nguyên tắc hành xử giữa các bên thay vì liệt kê chi tiết cách thức, trình tự, thủ tục để thực hiện các quyền và nghĩa vụ đó. Trong đó cần tập trung vào các nhóm điều khoản sau:

- *Điều khoản về yêu cầu thực hiện hợp đồng (Performance Requirement):* Xác định cụ thể chất lượng, số lượng cần thiết của hàng hóa, dịch vụ theo hợp đồng; trong đó tập trung chủ yếu vào tiêu chuẩn đầu ra, nghĩa là tiêu chuẩn cuối cùng tại giai đoạn xây dựng và giai đoạn chuyển giao trong Hợp đồng BOT, Hợp đồng BLT chứ không tập trung vào tiêu chuẩn đầu vào, ví dụ như của sắt, thép,… để xây dựng[7]. Tiếp đó là các quy định cụ thể về cơ chế giám sát, báo cáo. Cuối cùng là nhóm quy định về xử lý vi phạm và trình tự, thủ tục xử lý vi phạm khi một bên vi phạm các nghĩa vụ trên.
- *Điều khoản về thanh toán (Payment Mechanism):* Quy định cụ thể phương thức NĐT sẽ nhận các khoản thanh toán - trực tiếp từ Nhà nước hay dựa trên việc thu phí của người dùng; thời hạn thanh toán; hồ sơ thanh toán; quy định về thưởng, phạt trong trường hợp chậm thanh toán…
- *Điều khoản về điều chỉnh hợp đồng (Contract Adjustment):* Xây dựng các quy định về trường hợp được điều chỉnh, thủ tục điều chỉnh, giải quyết tranh chấp trong trường hợp không thống nhất được về việc điều chỉnh… làm cơ sở để thực hiện khi có bất kỳ biến động nào đòi hỏi phải điều chỉnh hợp đồng dự án PPP.
- *Điều khoản về giải quyết tranh chấp (Dispute Resolution):* Xác định cụ thể phương thức giải quyết tranh chấp và luật áp dụng khi giải quyết các tranh chấp liên quan đến hợp đồng dự án PPP. Thực tế cho thấy đối với một hợp đồng dự án PPP có thể áp dụng nhiều cơ chế giải quyết tranh chấp khác nhau tùy thuộc vào loại tranh chấp nên cần làm rõ tranh chấp nào thì áp dụng cơ chế nào, trình tự, thủ tục giải quyết ra sao.
- *Điều khoản về chấm dứt hợp đồng (Contract Termination):* Xác định thời hạn hợp đồng, điều khoản bàn giao, các trường hợp và tác động của việc chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn. Trong đó, việc chấm dứt hợp đồng trước hạn sẽ bao gồm các trường hợp do lỗi của NĐT, DNDA; lỗi của cơ quan ký kết và cần quy định cách thức giải quyết, xác định thiệt hại và việc phạt, bồi thường thiệt hại trong các trường hợp này.

5. Về việc ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP.

52. Khi tiếp cận và nghiên cứu về vấn đề này, có một loạt câu hỏi thường được đặt ra như: Liệu các cơ quan Chính phủ có nên ban hành mẫu các loại hợp đồng dự án PPP hay không? Việc ban hành và áp dụng hợp đồng mẫu có làm ảnh hưởng hoặc hạn chế

[7] PPPLRC (2022), Performance Requirements, https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/performance-requirements

nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng giữa các bên trong việc ký kết hợp đồng dự án PPP? Nội dung hợp đồng mẫu (nếu có) chỉ nên quy định các tiêu chí chung mang tính chỉ dẫn hay quy định chi tiết các điều khoản, nhóm điều khoản chủ yếu phù hợp với từng loại hợp đồng dự án PPP?

53. Qua nghiên cứu, chúng tôi nhận thấy có một điểm chung là ở nhiều quốc gia hiện nay Chính phủ đều ban hành và áp dụng các mẫu hợp đồng dự án PPP. Nhiều tổ chức quốc tế cũng đưa ra một số mẫu hợp đồng dự án PPP để các quốc gia tham khảo. Các bên tham gia quan hệ đầu tư theo mô hình PPP phải tuân thủ các điều khoản có sẵn trong các hợp đồng mẫu. Điều này giúp các bên dễ dàng hình dung được cấu trúc hợp đồng, hạn chế việc thiếu sót các điều khoản, nhóm điều khoản của Hợp đồng dự án PPP và cũng đưa đến nhiều thuận lợi cho việc đàm phán, ký kết hợp đồng PPP giữa các bên. Đặt trong bối cảnh hệ thống pháp luật về PPP ở Việt Nam còn đang trong giai đoạn hoàn thiện, được quy định ở nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh nhiều lĩnh vực khác nhau, nhất là các văn bản dưới luật, với không ít các quy định còn chung chung, không rõ ràng và hay thay đổi, thì việc ban hành và áp dụng mẫu các hợp đồng dự án PPP càng có ý nghĩa thiết thực. Vì thế, tại khoản 3 Điều 47 Luật PPP 2020 đã giao cho Chính phủ quy định về hợp đồng mẫu đối với các loại hợp đồng PPP để áp dụng thống nhất trong từng lĩnh vực. Tại Mục II Phụ lục VI ban hành kèm theo Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ cũng đã quy định hướng dẫn các nội dung cơ bản của hợp đồng dự án PPP.

54. Tuy nhiên, ở chiều hướng ngược lại, có một số quan điểm cho rằng việc tuân thủ các điều khoản có sẵn trong mẫu hợp đồng dự án PPP sẽ làm cho các bên trở nên thụ động, kém linh hoạt trong việc thảo luận, mổ sẻ và thống nhất về tất cả các vấn đề liên quan đến dự án PPP cũng như dự liệu chi tiết các tình huống phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng. Hơn nữa, các điều khoản của hợp đồng mẫu do Chính phủ ban hành thường được xem như một loại quy phạm pháp luật mà các bên buộc phải tuân thủ. Điều này vô hình chung sẽ làm hạn chế yếu tố tự nguyện, bình đẳng giữa các bên trong việc ký kết hợp đồng dự án PPP. Đây sẽ là một gợi ý quan trọng về cách tiếp cận trong xây dựng mẫu hợp đồng dự án PPP. Nếu mẫu hợp đồng dự án PPP chỉ dừng lại ở việc quy định những nguyên tắc, điều khoản chung chung, hoặc chỉ trích dẫn lại hay dẫn chiếu đến các quy định tương ứng trong các văn bản pháp luật về PPP, thì sẽ không phát huy tác dụng trong thực tế, thậm chí gây thêm sự rối rắm phiền hà cho quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng dự án PPP. Nhưng nếu mẫu hợp đồng lại quy định một cách đầy đủ, cụ thể đến mức không cần thỏa thuận chi tiết hơn thì sẽ không còn "dư địa" để các bên thỏa thuận, đàm phán trong quá trình ký kết hợp đồng dự án PPP.

55. Cho nên, chúng tôi cho rằng cách tiếp cận phù hợp về xây dựng mẫu hợp đồng dự án PPP là phải dung hòa giữa các khuynh hướng trên. Cụ thể là:

(i) Đối với những vấn đề pháp luật đã có quy định cụ thể về quy tắc xử sự chung cho các dự án PPP thì không cần đưa vào hoặc dẫn chiếu đến trong hợp đồng mẫu. Đối với các quy định về cùng một vấn đề nhưng đang nằm ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau, thì nên hệ thống hóa và mô tả lại thành các điều khoản tương ứng trong hợp đồng mẫu để các bên dễ dàng, thuận tiện trong việc áp dụng, hạn chế tối đa việc trích dẫn quá nhiều các điều luật liên quan

trong hợp đồng mẫu;

(ii) Đối với những vấn đề pháp luật chỉ quy định mang tính nguyên tắc, còn nội dung chi tiết để các bên tự thỏa thuận hoặc sẽ được quy định trong hợp đồng mẫu đối với từng loại hợp đồng dự án PPP, thì những vấn đề này phải được quy định cụ thể thành các quy tắc xử sự chung trong hợp đồng mẫu đối với từng loại hợp đồng dự án PPP để các bên thực hiện. Vai trò và ý nghĩa quan trọng nhất của hợp đồng mẫu là phải 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 cụ thể mà pháp luật chưa với tới được.

56. Tại các dự thảo Mẫu Hợp đồng BOT, BLT và O&M năm 2016 của Bộ KHĐT đã đề cập việc ban hành các mẫu hợp đồng này là nhằm mục đích tuân thủ quy định của các điều khoản tại Nghị định số 15/2015/NĐ-CP về Đầu tư theo hình thức đối tác công – tư và Nghị định số 30/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư; thiết lập một mẫu tiêu chuẩn cho các hợp đồng BOT, BLT, O&M; bảo đảm các dự án PPP tại Việt Nam có được một sự phân chia rủi ro thương mại cân đối giữa các lợi ích của khu vực công và nhà đầu tư tư nhân; cung cấp hướng dẫn cho các CQCTQ về thông lệ quốc tế tốt nhất; cung cấp điểm tham chiếu cho việc đàm phán hợp đồng; giảm bớt các cuộc đàm phán kéo dài về các loại hợp đồng này… Đáng lưu ý, theo các dự thảo Mẫu Hợp đồng BOT, BLT và O&M năm 2016, kết cấu của mẫu hợp đồng sẽ bao gồm việc đưa ra các quy định then chốt thông dụng của một hợp đồng BOT, BLT, O&M thông thường. Đối với các lĩnh vực cụ thể hoặc từng dự án khác nhau, cần phải có sự tư vấn pháp lý độc lập để bảo đảm việc phân chia rủi ro và giảm nhẹ rủi ro được xem xét đầy đủ, cụ thể về phạm vi dịch vụ; thanh toán dịch vụ; khung thời gian hoặc thời hạn cung cấp dịch vụ. Nhóm tác giả cho rằng quan điểm tiếp cận này cũng có những điểm phù hợp, có thể xem xét, vận dụng trong việc xây dựng các mẫu hợp đồng dự án PPP hiện nay.

57. Về phía các bên tham gia hợp đồng dự án PPP, không nên xem hợp đồng mẫu là chìa khóa vạn năng trong quá trình ký kết, thực hiện hợp đồng dự án PPP. Để bảo vệ tốt nhất các quyền lợi của mình thì mỗi bên vẫn cần phải nghiên cứu kỹ các quy định pháp luật liên quan đến từng khía cạnh của dự án PPP để đưa ra được những phương án, giải pháp đàm phán tốt nhất. Đồng thời phải bằng kinh nghiệm thực tiễn của mình để dự liệu tối đa các tình huống, các quy tắc xử sự phù hợp để cùng thảo luận, thống nhất và đưa vào nội dung hợp đồng dự án PPP.

58. Từ các khung lý thuyết về hợp đồng dự án PPP trên đây, trong các phần tiếp theo của Báo Cáo, chúng tôi sẽ lần lượt rà soát các quy định của pháp luật có liên quan, các thông lệ thực hành về dự án PPP, các dự thảo mẫu Hợp đồng BOT, BLT, O&M năm 2016 của Bộ KHĐT và Mẫu Hợp đồng BOT được Bộ GTVT ban hành tại Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022, từ đó đưa ra những khuyến nghị về việc bổ sung, chi tiết hóa các quy định tại Mẫu Hợp đồng BOT trong quá trình soạn thảo, đàm phán, ký kết các Hợp đồng BOT; đồng thời đưa ra các chỉ dẫn, tiêu chí cho việc soạn thảo và ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành và Mẫu Hợp đồng BLT và O&M.

II. RÀ SOÁT, ĐÁNH GIÁ NỘI DUNG MẪU HỢP ĐỒNG BOT THUỘC NGÀNH GIAO THÔNG VẬN TẢI VÀ KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG

59. Mẫu loại Hợp đồng BOT thuộc ngành giao thông vận tải (sau đây gọi tắt là "**Mẫu Hợp đồng BOT**") được Bộ GTVT ban hành tại Phụ lục IV kèm theo Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT. Nội dung Mẫu Hợp đồng BOT gồm 04 phần chính: Phần I - Văn bản thoả thuận của các bên về Hợp đồng; Phần II - Điều kiện chung của Hợp đồng; Phần III - Điều kiện cụ thể của Hợp đồng; và Phần IV – Phụ lục Hợp đồng.

60. Qua rà soát, nhóm tác giả nhận thấy: Về cấu trúc của Mẫu Hợp đồng BOT cơ bản phù hợp và có sự tương đồng với cấu trúc các hợp đồng dự án đang được sử dụng phổ biến hiện nay. Về nội dung, Mẫu Hợp đồng BOT đã bao hàm đầy đủ các nội dung cơ bản của hợp đồng dự án PPP được quy định tại BLDS 2015 (Điều 398), Luật PPP 2020 (khoản 1 Điều 47) và Phụ lục VI ban hành kèm theo Nghị định số 35/2021/NĐ-CP của Chính phủ (Mục II). Phần II- Điều kiện chung và Phần III - Điều kiện cụ thể của Hợp đồng đã bao gồm các điều khoản, nhóm điều khoản quy định chi tiết các vấn đề liên quan đến việc triển khai xây dựng, vận hành khai thác dự án BOT thuộc ngành GTVT (đây là những vấn đề hoặc đã được quy định trong các văn bản pháp luật hiện hành về PPP cũng như được tổng kết từ kinh nghiệm thực tiễn triển khai các dự án PPP trong thời gian qua). Nội dung các điều khoản của Mẫu Hợp đồng BOT thể hiện khá hài hòa quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên trong quan hệ Hợp đồng BOT và sự phân chia rủi ro tương đối cân bằng giữa các lợi ích của khu vực công và khu vực tư.

61. Khi tham chiếu đến nội dung các Đoạn 52, 53, 54 của Báo Cáo, chúng tôi nhận thấy nội dung Mẫu Hợp đồng BOT tiếp cận theo hướng thiên về hợp đồng khung. Phần II - Điều kiện chung của Hợp đồng chủ yếu trích dẫn hoặc dẫn chiếu đến các quy định tại các văn bản pháp luật hiện hành. Tương tự, Phần III - Điều kiện cụ thể của Hợp đồng cũng thiên về liệt kê và trích dẫn các điều luật liên quan mà còn thiếu những mô tả cụ thể về các tình huống dự liệu và các phương án xử lý đối với từng tình huống đó. Với cách tiếp cận về nội dung mẫu Hợp đồng BOT như trên ít nhiều sẽ gây ra những khó khăn cho Cơ quan ký hợp đồng và NĐT, DNDA trong việc sử dụng mẫu Hợp đồng BOT.

62. Tuy nhiên, khi rà soát các quy định của Luật PPP 2020, Nghị định số 35/2021/NĐ-CP và Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT, chúng tôi thấy rằng không có điều khoản nào trong các văn bản pháp luật nêu trên trực tiếp hoặc gián tiếp quy định rằng Cơ quan ký hợp đồng và NĐT, DNDA bắt buộc phải tuân thủ đúng theo các điều khoản và điều kiện được quy định tại Mẫu Hợp đồng BOT trong quá trình đàm phán, ký kết và thực hiện Hợp đồng BOT. Hợp đồng BOT cũng không phải là loại hợp đồng theo mẫu được quy định tại Điều 405 BLDS 2015[8]. Do vậy, có thể hiểu rằng các điều

[8] **Điều 405. Hợp đồng theo mẫu.**
"1. Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra.
Hợp đồng theo mẫu phải được công khai để bên được đề nghị biết hoặc phải biết về những nội dung của hợp đồng.
Trình tự, thể thức công khai hợp đồng theo mẫu thực hiện theo quy định của pháp luật."

khoản thể hiện trong Mẫu Hợp đồng BOT ban hành kèm theo Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT chỉ đóng vai trò là một hướng dẫn hoặc một điểm bắt đầu về cấu trúc có thể phù hợp đối với một dự án BOT điển hình. Còn đối với một lĩnh vực hoặc một dự án cụ thể thì có thể yêu cầu bổ sung các quy định liên quan khác cho phù hợp. (Đây cũng là cách tiếp cận được thể hiện trong Dự thảo Mẫu Hợp đồng BOT năm 2016 do Bộ KHĐT soạn thảo).

63. Bên cạnh đó, chúng tôi cũng nhận thấy tại Phần III - Điều kiện cụ thể của Hợp đồng trong mẫu Hợp đồng BOT có khá nhiều điều kiện (điều khoản) mang tính chất tùy nghi[9], để ngỏ cho Bên mời thầu quy định chi tiết hoặc hoàn thiện căn cứ vào các quy định pháp luật hiện hành và kết quả thương thảo Hợp đồng. Tại Phần IV - Phụ lục Hợp đồng cũng hướng dẫn như sau: "*Căn cứ quy định pháp luật, tính chất của dự án và kết quả thương thảo hợp đồng, Bên mời thầu hoàn thiện nội dung các Phụ lục Hợp đồng (nếu cần thiết) như: Mặt bằng, bảo hiểm, thông tin về doanh nghiệp dự án, phương án tài chính, danh sách các văn bản chấp thuận phê duyệt, bảo đảm thực hiện hợp đồng và các bảo đảm khác, chức năng của cơ quan được ủy quyền, yêu cầu kỹ thuật về thiết kế, yêu cầu kỹ thuật về thi công, yêu cầu về vận hành, bảo trì, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng…*". Theo quy định tại điểm e khoản 1 Điều 28, điểm c khoản 1 Điều 46 và khoản 1 Điều 49 Luật PPP 2020 thì đàm phán, thương thảo hợp đồng là một khâu trong quy trình lựa chọn NĐT và ký kết Hợp đồng BOT. Theo quy định tại Điều 64 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP, thì CQCTQ và NĐT có thể đàm phán về những nội dung chưa đủ chi tiết, chưa rõ hoặc chưa phù hợp, chưa thống nhất giữa hồ sơ mời thầu và hồ sơ dự thầu, về những sai sót trong hồ sơ dự thầu (điểm a, b khoản 4). Các bên cũng có thể đàm phán về các vấn đề phát sinh trong quá trình lựa chọn nhà đầu tư (nếu có) nhằm mục tiêu hoàn thiện các nội dung chi tiết của dự án (điểm c khoản 4). Ngoài các nội dung trên, bên mời thầu báo cáo cơ quan có thẩm quyền quyết định các nội dung đàm phán, hoàn thiện hợp đồng cần thiết khác phù hợp với loại hợp đồng của dự án (điểm d khoản 4).

64. Dẫn chiếu các phân tích tại các Đoạn 60, 61, 62, 63 của Báo Cáo, qua rà soát pháp luật về PPP hiện hành, nội dung Mẫu Hợp đồng BOT và thông lệ triển khai thực hiện các dự án BOT trong thời gian qua, sau đây chúng tôi xin phân tích sâu một số điều khoản, nhóm điều khoản của Mẫu Hợp đồng BOT và đưa ra những kiến nghị để các CQCTQ, NĐT và DNDA xem xét bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản, nhóm điều khoản này trong quá trình đàm phán, thương thảo Hợp đồng BOT.

[9] Trong lý thuyết về hợp đồng, Điều khoản tùy nghi được hiểu là điều khoản phải thỏa thuận vì tính chất của hợp đồng và những điều khoản mà pháp luật đã quy định trước. Điều khoản tùy tiện là những điều khoản mà các bên tham gia giao kết hợp đồng tự ý lựa chọn và thỏa thuận với nhau để xác định quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên.

1. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong công tác GPMB.

1.1. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong việc phối hợp tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và hoàn thành các thủ tục giao đất, cho thuê đất, giám sát, kiểm tra việc thực hiện bồi thường, hỗ trợ tái định cư.

65. Công tác bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và hoàn thành các thủ tục giao đất, cho thuê đất là một trong những vướng mắc lớn nhất khi triển khai các dự án PPP và là lý do chính khiến dự án bị chậm tiến độ. Việc chậm trễ trong công tác bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, giao đất, cho thuê đất xuất phát từ nhiều nguyên nhân, song nguyên nhân chủ yếu thuộc về các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền, bao gồm cả cơ quan chủ trì và cơ quan phối hợp thực hiện.

66. Theo quy định của pháp luật hiện hành, Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT (Bộ GTVT hoặc cơ quan, đơn vị được BGTVT ủy quyền) không phải là cơ quan chủ trì mà chỉ có trách nhiệm phối hợp với CQCTQ ở địa phương (UBND cấp tỉnh) trong việc tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT[10]. Thực tế cho thấy việc phối hợp giữa Cơ quan ký Hợp đồng BOT và cơ quan quản lý nhà nước tại địa phương trong tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định giao đất, cho thuê đất thời gian vừa qua chưa thực sự hiệu quả do việc phân định thẩm quyền, trách nhiệm còn chung chung, thiếu cụ thể; đồng thời còn thiếu các cơ chế, giải pháp hữu hiệu để tháo gỡ vướng mắc và khắc phục tình trạng chậm tiến độ bồi thường, hỗ trợ, tái định giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT (như tại Dự án đầu tư cải tạo, nâng cấp Quốc lộ 38 đoạn nối Quốc lộ 1 với Quốc lộ 5 qua địa phận tỉnh Bắc Ninh và Hải Dương[11], hay Dự án mở rộng đường 768 qua địa phận tỉnh An Giang[12]).

67. Từ thực tế trên đây, tại Điều 10 Mẫu Hợp đồng BOT có quy định:

"*Căn cứ quy định của pháp luật hiện hành, quyết định phê duyệt dự án, kết quả thương thảo hợp đồng, Bên mời thầu hoàn thiện Điều này với các nội dung như sau:*

- *Cơ quan ký kết hợp đồng có nghĩa vụ phối hợp thực hiện các nội dung liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái định cư theo quy định của pháp luật và các quy định trong Hợp đồng này;*
- *DNDA có trách nhiệm thực hiện các nghĩa vụ của Chủ đầu tư theo quy định của Luật đất đai và các văn bản pháp luật liên quan; phối hợp với Ủy ban nhân dân địa phương nơi có dự án thực hiện các nội dung liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái*

---

10 **Điều 93 Luật PPP 2020. Nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.**
"4. Chủ trì, phối hợp với doanh nghiệp dự án PPP tổ chức bồi thường, giải phóng mặt bằng, hỗ trợ, tái định cư đối với dự án PPP thuộc phạm vi quản lý của địa phương; chủ trì, phối hợp với Bộ, cơ quan trung ương, cơ quan khác, doanh nghiệp dự án PPP tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định cư đối với dự án PPP thuộc phạm vi quản lý của các cơ quan này."

11 Báo điện tử Đầu tư ngày 01/02/2021, "Bộ GTVT lên tiếng về khoản nợ giải phóng mặt bằng tại Dự án BOT Quốc lộ 38", https://baodautu.vn/bo-gtvt-len-tieng-ve-khoan-no-giai-phong-mat-bang-tai-du-an-bot-quoc-lo-38-d137425.html

12 Báo Đồng Nai điện tử ngày 22/9/2014, "*Đường 768 trễ hẹn hai năm*", link: http://baodongnai.com.vn/kinhte/201409/duong-768-tre-hen-hai-nam-2340041/

định cư cho dự án này và tổ chức thực hiện nhằm đảm bảo yêu cầu về tiến độ, chất lượng và hiệu quả dự án.

- ……..”

68. Có thể thấy quy định về nghĩa vụ của Cơ quan ký kết hợp đồng như tại Điều 10 Mẫu Hợp đồng BOT vẫn còn khá chung chung. Bởi vậy, trong quá trình thương thảo Hợp đồng BOT, các bên cần chi tiết hóa các điều khoản Mẫu Hợp đồng BOT và bổ sung các quy định để làm rõ nghĩa vụ, trách nhiệm của Cơ quan ký kết Hợp đồng trong công tác GPMB theo hướng như sau:

(i) Bổ sung quy định chi tiết làm rõ phạm vi các vấn đề, công việc cụ thể liên quan đến việc tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định giao đất, cho thuê đất thực hiện Dự án BOT mà Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT cần phối hợp với CQCTQ tại địa phương để xử lý, giải quyết, đặc biệt là các khó khăn, vướng mắc từ cơ chế, chính sách pháp luật và từ thực tiễn mà các Dự án BOT đang gặp phải hiện nay.

(ii) Bổ sung quy định chi tiết về các cơ chế, cách thức và biện pháp phối hợp cụ thể mà Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT sẽ thực hiện để phối hợp với cơ quan quản lý nhà nước tại địa phương trong công tác bồi thường, hỗ trợ, tái định giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT nhằm đảm bảo việc phối hợp giữa các bên đem lại hiệu quả thiết thực, tránh chung chung, hình thức.

(iii) Bổ sung quy định về trách nhiệm của Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT trong việc giám sát, kiểm tra việc thực hiện bồi thường, hỗ trợ tái định cư, thu hồi, giao đất, cho thuê đất thực hiện Dự án BOT và đôn đốc cơ quan quản lý nhà nước tại địa phương đẩy mạnh công tác này, đảm bảo tiến độ bàn giao mặt bằng Dự án BOT cho NĐT, DNDA.

69. Ngoài ra, hiện nay Chính phủ đang thí điểm việc tách khâu GPMB thành một dự án riêng[13] với mục đích phân định rõ, tăng cường thẩm quyền và trách nhiệm của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và NĐT trong công tác GPMB nhằm giúp đẩy nhanh tiến độ và giảm thiểu thiệt hại, chi phí cho NĐT. Bởi vậy, trong Hợp đồng BOT cần dự liệu tình huống trong quá trình triển khai Dự án BOT, cơ quan Nhà nước có thẩm quyền quyết định tách khâu GPMB thành một dự án riêng, từ đó Hợp đồng BOT cần quy định các giải pháp xử lý đối với tình huống này để tránh bị động cho các bên, nhất là đối với NĐT, DNDA.

1.2. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm của các bên và phương án xử lý trong trường hợp có vi phạm trong công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư, tiến độ giao đất, cho thuê đất thực hiện Dự án BOT.

70. Tại Điều 15 Mẫu Hợp đồng BOT quy định: “*Căn cứ các quy định pháp luật hiện hành, kết quả thương thảo hợp đồng về tiến độ triển khai thực hiện dự án, Bên mời thầu hoàn thiện nội dung này*”.

---

[13] Nghị quyết 141/NQ-CP về phiên họp Chính phủ chuyên đề tháng 11 năm 2021 do Chính phủ ban hành.

Viết Long, Chân Luận (2021), “Lý do cần tách giải phóng mặt bằng ra khỏi dự án đầu tư”, https://plo.vn/ly-do-can-tach-giai-phong-mat-bang-ra-khoi-du-an-dau-tu-post656810.html

71. Như chúng tôi đã đề cập, việc Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT không thực hiện đúng nghĩa vụ, trách nhiệm phối hợp trong công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư, giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án là một trong nguyên nhân dẫn đến chậm triển khai Dự án BOT. Điều này đã và đang gây ra những rủi ro, thiệt hại cho NĐT và DNDA, như: làm tăng chi phí lãi vay, chi phí đầu tư xây dựng do trượt giá, ảnh hưởng đến chất lượng công trình (thi công không đồng bộ), chi phí giải quyết tranh chấp, khiếu nại với các nhà thầu, ngân hàng dừng cấp vốn, làm thay đổi phương án tài chính của NĐT, DNDA…

72. Để khắc phục tình trạng nêu trên, trong Hợp đồng BOT cần bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm của Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT trong trường hợp có vi phạm trong công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư, giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT theo hướng như sau:

(i) Bổ sung, chi tiết hóa các loại vi phạm cụ thể của Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT trong công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư, giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT;

(ii) Bổ sung, chi tiết hóa các quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do hành vi vi phạm của Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT;

(iii) Bổ sung, chi tiết hóa các nguyên tắc chứng minh thiệt hại phát sinh, phương pháp giám định thiệt hại bởi các đơn vị định giá, giám định độc lập.

(iv) Ngoài trách nhiệm bồi thường thiệt hại, trong Hợp đồng BOT cần chi tiết hóa các quy định về phạt vi phạm đối với Cơ quan ký kết hợp đồng khi có vi phạm trong công tác bồi thường, hỗ trợ tái định cư, giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT. Việc chi tiết hóa quy định về phạt vi phạm vừa bảo đảm nguyên tắc bình đẳng trong quan hệ đối tác công - tư, đồng thời làm tăng tính chủ động, trách nhiệm và các hành động rốt ráo của chính quyền địa phương trong công tác GPMB, bàn giao mặt bằng sạch cho NĐT. Điều này cũng phù hợp với quy định của BLDS 2015, Luật PPP 2020, Mẫu Hợp đồng BOT và thông lệ quốc tế.

73. Ngoài ra, trong Hợp đồng BOT cần bổ sung, chi tiết hóa quy định về các biện pháp xử lý trong trường hợp tiến độ GPMB dự án BOT bị chậm do Cơ quan ký kết hợp đồng không thực hiện đúng nghĩa vụ, trách nhiệm phối hợp, giám sát, đôn đốc cơ quan quản lý Nhà nước tại địa phương sự để thúc đẩy công tác GPMB, như: (i) không coi việc chậm triển khai Dự án BOT do chậm GPMB là vi phạm của NĐT, DNDA; (ii) thời gian chậm GPMB mà không do lỗi của NĐT, DNDA không tính vào thời hạn triển khai dự án; các bên thỏa thuận các nguyên tắc điều chỉnh thời hạn thực hiện dự án (liên quan đến quy định tại Điều 7 Mẫu Hợp đồng BOT; khoản 1 Điều 50, khoản 3 Điều 51 Luật PPP 2020), điều chỉnh phương án tài chính của dự án…; (iv) các cơ chế, chính sách, phương án được áp dụng để tháo gỡ khó khăn, chia sẻ rủi ro, thiệt hại cho NĐT, DNDA trong trường hợp tiến độ GPMB dự án bị chậm, v.v...

74. Dưới đây là một số quy định trong các mẫu hợp đồng BOT quốc tế mà Việt Nam có thể tham khảo:

(i) Điều 7.2 Mẫu Hợp đồng BOT dự án nhiệt điện do Ngân hàng Thế giới ban hành quy định *"Việc chậm trễ dẫn đến hoãn bất kỳ hoạt động xây dựng nào hoặc ngày khai*

trương hoặc ngày thu phí, NĐT được gia hạn thời hạn hoàn thành của công trình xây dựng đó và (nếu quá 28 ngày liên tiếp hoặc hơn) được Nhà nước bồi thường toàn bộ chi phí và/hoặc lỗ trên doanh thu, nếu có, mà NĐT phải gánh chịu bởi hậu quả của việc chậm giải phóng mặt bằng"[14].

(ii) Điều 7.2.2 Mẫu Hợp đồng BOT[15] do Ngân hàng Thế giới soạn thảo quy định trường hợp CQCTQ không bàn giao theo đúng tiến độ quy định trong hợp đồng và việc chậm trễ này dẫn tới việc công trình dự án hoặc ngày dự kiến vận hành dự án để thu phí bị chậm trễ thì NĐT, trừ trường hợp do lỗi của NĐT, được quyền kéo dài thời gian thực hiện dự án và được CQCTQ bồi thường cho các chi phí tăng thêm/bị mất do sự chậm trễ đó. Tuy nhiên, để cân bằng quyền lợi giữa hai bên, khoản 7.2.4 và 7.2.5 Điều này bổ sung quy định trong đó nêu rõ việc bàn giao mặt bằng "chưa sạch" cho NĐT trong thời hạn quy định sẽ không được coi là sự vi phạm hợp đồng của CQCTQ nếu nó không làm ảnh hưởng tới khả năng thực hiện các quyền khác của NĐT, cũng như không làm tăng đáng kể chi phí xây dựng. NĐT cũng có trách nhiệm thực hiện mọi biện pháp có thể trong khả năng để hạn chế, ngăn chặn và tránh việc tăng chi phí khi xảy ra việc chậm bàn giao mặt bằng bởi CQCTQ.

75. Trách nhiệm về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng cũng cần được bổ sung, chi tiết hóa. Theo đó, để tăng tính minh bạch và công bằng, có cơ sở rõ ràng xác định giá trị thiệt hại thực tế của NĐT, các bên có thể thoả thuận về các nguyên tắc chứng minh và giám định thiệt hại, các trường hợp lựa chọn một đơn vị định giá, giám định độc lập để xác định giá trị thiệt hại thực tế.

76. Về phương thức thanh toán vi phạm và bồi thường thiệt hại: Thực tế cho thấy kể cả trong trường hợp hợp đồng có quy định về trách nhiệm chịu phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại của CQCTQ thì CQCTQ cũng chỉ có thể thanh toán các khoản phạt vi phạm/bồi thường thiệt hại cho NĐT dựa trên các Quyết định hành chính/ Bản án có hiệu lực của cơ quan tài phán, tức là NĐT phải đối mặt và thực hiện cả một quy trình xử lý vi phạm rất phức tạp, tốn kém thời gian và chi phí. Bởi vậy, chúng tôi cho rằng cần bổ sung các phương thức xử lý linh hoạt hơn trong trường hợp này như sau:

(i) CQCTQ có thể lựa chọn phương án gia hạn thời gian khai thác, kinh doanh của Dự án cho NĐT, DNDA để bù đắp khoản thiệt hại. Tuy nhiên trong trường hợp này, chúng tôi cho rằng việc thoả thuận điều chỉnh phương án tài chính (tăng giá thu phí, kéo dài thời gian thu phí) nên cân nhắc bởi các phương án tác động trực tiếp vào quyền lợi của người dân thường sẽ gặp phải phản đối từ người dân và khó triển khai trên thực tế;

(ii) CQCTQ bù đắp cho NĐT, DNDA bằng các lợi ích khác theo thoả thuận của các bên;

(iii) Giá trị thiệt hại được xác định để bù đắp theo các phương án trên là Giá trị thiệt hại

---

[14] Worldbank, "*BOT Contract between The Ministry of Industry and Trade of the Socialist Republic of Vietnam (MOIT) and […]*",

https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/2021-08/2.2%20-%20Sample%202%20-%20BOT%20Contract%20%28coal-fired%20plant%29.pdf

[15] Worldbank (2009), PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Law and Regulations (PPPIRC).

đã được giám định, định giá độc lập phù hợp với quy định.

77. Hợp đồng BOT nên có quy định đối với các trường hợp chậm GPMB mà NĐT không còn khả năng tiếp tục triển khai thực hiện dự án BOT thì Nhà nước có trách nhiệm nhận lại dự án BOT để trực tiếp tự đầu tư xây dựng hoặc lựa chọn NĐT khác tiếp tục thực hiện dự án.

78. Ngoài ra, nếu xác định vi phạm nghĩa vụ GPMB cũng là vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng, thì cần thỏa thuận bổ sung quy định cho phép NĐT, DNDA được quyền chấm dứt Hợp đồng BOT trước hạn, trong đó quy định rõ về điều kiện, trình tự, thủ tục để NĐT, DNDA được đơn phương chấm dứt hợp đồng do vi phạm của CQCTQ trong GPMB; cũng như quyền và nghĩa vụ của mỗi bên khi chấm dứt hợp đồng trong trường hợp này.

2. Bổ sung, chi tiết hóa các quy định liên quan đến vốn đầu tư và giải ngân vốn đầu tư.

79. Các dự án PPP nói chung, đặc biệt là các dự án BOT giao thông đòi hỏi nguồn vốn đầu tư lớn, thời gian triển khai kéo dài nên việc quản lý vốn đầu tư và tiến độ giải ngân vốn của các dự án này là vô cùng cần thiết. Các nội dung này hiện đã được cụ thể hoá tại Mẫu Hợp đồng BOT, cụ thể là tại Mục VII - Tổng mức đầu tư, Cơ cấu nguồn vốn, Phương án tài chính (Điều 19 - Điều 25) và Mục VIII - Vốn Nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng (trường hợp áp dụng) (Điều 26 - Điều 31).

Trong quá trình đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT, các bên có thể thỏa thuận bổ sung, chi tiết hóa các quy định liên quan đến vốn đầu tư và giải ngân vốn đầu tư theo hướng:

2.1. Bổ sung quy định về trách nhiệm của CQCTQ, Cơ quan ký Hợp đồng BOT trong việc hỗ trợ NĐT, DNDA về thủ tục thu xếp tài chính cho dự án và giải ngân nguồn vốn:

80. Luật PPP 2020 (Điều 76) và Mẫu Hợp đồng BOT (Điều 24, 25) quy định NĐT, DNDA có nghĩa vụ thu xếp tài chính cho dự án BOT bằng nguồn vốn chủ sở hữu và các nguồn vốn huy động hợp pháp; đồng thời quy định rõ về kế hoạch, tiến độ thu xếp tài chính, biện pháp xử lý trong trường hợp NĐT, DNDA vi phạm tiến nghĩa vụ thu xếp tài chính cho dự án.

81. Mặc dù vậy, thực tiễn cho thấy việc thu xếp tài chính cho các dự án BOT luôn là vấn đề khó khăn, ít có dự án BOT nào không gặp vướng mắc về thủ tục thu xếp tài chính và tiến độ giải ngân vì nhiều nguyên nhân khác nhau. Trong đó có nguyên nhân do không có sự hỗ trợ kịp thời từ phía CQCTQ, dẫn đến NĐT, DNDA gặp khó khăn trong việc tiếp cận các nguồn vốn và bị chậm tiến độ giải ngân.

Chẳng hạn, Dự án BOT cao tốc Diễn Châu - Bãi Vọt thuộc Dự án PPP cao tốc Bắc - Nam phía Đông giai đoạn 2017-2020, NĐT, DNDA đã vi phạm Hợp đồng BOT ký kết với Nhà nước do không thu xếp vốn theo đúng tiến độ. Cụ thể, sau 15 tháng kể từ ngày Hợp đồng BOT được ký kết, NĐT vẫn mới trong quá trình đàm phán mà chưa chính thức ký kết hợp đồng tín dụng với Ngân hàng TMCP Đầu tư và Phát triển Việt Nam (BIDV) cho khoản vay 4.000 tỷ đồng. Một trong những lý do được đưa ra là

BIDV đã yêu cầu NĐT trao đổi với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền là Bộ GTVT để đưa điều khoản chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu theo quy định tại Điều 82 Luật PPP 2020 vào hợp đồng dự án như là một điều kiện tiên quyết để giải ngân tín dụng. Tuy nhiên, do Hợp đồng BOT này đã được ký kết trước khi Luật PPP 2020 có hiệu lực nên NĐT không thể thực hiện được yêu cầu của BIDV[16].

82. Theo kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới, do việc đầu tư vào lĩnh vực giao thông đòi hỏi một lượng lớn, nên pháp luật thường quy định nhà nước phải có những chính sách hỗ trợ trực tiếp và gián tiếp về tài chính cho các NĐT. Chẳng hạn:

(i) Theo Đạo luật Tài chính và Đổi mới cơ sở hạ tầng giao thông của Hoa Kỳ (TIFIA – Transportation Infrastructure Finance and Innovation Act) cho phép các NĐT tư nhân có thể vay nợ công với chi phí thấp để nâng cấp, cải thiện hệ thống giao thông liên bang. Chính phủ cũng sẽ hỗ trợ các bảo lãnh vay vốn, các quỹ tín dụng dự phòng.

(ii) Theo pháp luật của Mexico, các dự án PPP sẽ được vay vốn từ chương trình tín dụng dài hạn tiêu chuẩn cung cấp bởi BANOBRAS, Ngân hàng phát triển quốc gia Mexico và Quỹ tăng hỗ trợ thanh toán Hợp đồng (CPEG). Các quỹ và chính sách này nhằm nâng cao vai trò và sự hỗ trợ của phía Nhà nước đối với doanh nghiệp tư nhân trong việc thu xếp nguồn vốn.

(iii) Theo pháp luật của Philippines, cơ quan ký kết hợp đồng BOT và Chính phủ sẽ đưa ra hai cam kết cho NĐT là: Đảm bảo trách nhiệm trực tiếp (Guarantee for direct liability) và Đảm bảo trách nhiệm dự phòng (Guarantee for Contingent Liability). Đảm bảo trách nhiệm trực tiếp là văn bản đảm bảo do Bộ Tài chính ban hành nhằm đảm bảo về trách nhiệm của Chính phủ với các khoản nợ phát sinh trong trường hợp cơ quan ký kết vi phạm nghĩa vụ về tài chính theo hợp đồng. Văn bản này sẽ được đính kèm với Hợp đồng BOT và có hiệu lực khi cần thiết. Đảm bảo trách nhiệm dự phòng được quy định tại Mục 13.3.b Luật BOT và IRR sửa đổi năm 2012. Theo đó, Chính phủ có thể đảm bảo việc thực hiện các nghĩa vụ của NĐT khi xảy ra các sự kiện/ rủi ro nhất định mà các bên đã thoả thuận trong Hợp đồng BOT[17].

83. Trong khi đó tại Việt Nam hiện nay, pháp luật chưa có quy định về việc Nhà nước hỗ trợ trực tiếp bằng nguồn vốn ngân sách hoặc có các quỹ tài chính riêng dành cho các dự án PPP nói chung và dự án BOT nói riêng. Điều này xuất phát từ thực tế là nguồn ngân sách nhà nước còn hạn hẹp trong khi phải dành ưu tiên cho các chương trình, dự án đầu tư công và các chương trình trọng điểm quốc gia khác. Pháp luật về PPP và Mẫu Hợp đồng BOT cũng chưa có cơ chế ràng buộc cụ thể nào để đảm bảo sự hỗ trợ của nhà nước với NĐT, DNDA về thủ tục thu xếp tài chính cho dự án và giải ngân nguồn vốn. Từ đó, khi có yêu cầu hỗ trợ thì các CQCTQ thường chậm trễ trong

---

16 https://baodautu.vn/thu-xep-tin-dung---bao-dong-do-cho-du-an-ppp-cao-toc-dien-chau---bai-vot-d150108.html

17 Japan International Cooperation Agency (2017), Publuc-Private Partnership (PPP) in the Philippines: A handbook for International Private Investors, tr. 15-16, https://openjicareport.jica.go.jp/pdf/1000035289_02.pdf

việc ban hành các văn bản hoặc tiến hành các biện pháp hỗ trợ NĐT, DNDA trong việc hoàn thiện thủ tục thu xếp tài chính cho dự án và giải ngân nguồn vốn.

84. Tuy nhiên, theo quan điểm của chúng tôi thì các bên vẫn có thể xem xét, thỏa thuận bổ sung trong Hợp đồng BOT các quy định về trách nhiệm của CQCTQ, Cơ quan ký Hợp đồng BOT trong việc hỗ trợ NĐT, DNDA về thủ tục thu xếp tài chính cho dự án và giải ngân nguồn vốn. Ngoài ra, các bên còn có thể thỏa thuận về các hình thức, biện pháp hỗ trợ cụ thể của CQCTQ, Cơ quan ký kết hợp đồng cũng như thủ tục và thời hạn tiến hành các biện pháp hỗ trợ đó.

2.2. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ thanh toán cho DNDA đối với phần vốn Nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng.

85. Điều 70 Luật PPP 2020, các Điều 7, 8, 9 Nghị định 28/2021/NĐ-CP và các Điều 26, 27, 28, 29, 30 Mẫu Hợp đồng BOT đã quy định về giá trị vốn nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng, về tiến độ thanh toán cũng như nghĩa vụ của Cơ quan ký kết hợp đồng trong việc thanh toán khoản vốn trên cho DNDA. Tại Điều 31 Mẫu Hợp đồng BOT cũng quy định về việc các bên có thể đàm phán, thương thảo các quy định về trách nhiệm của Cơ quan ký kết Hợp đồng trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ thanh toán cho DNDA.

86. Thực tế cho thấy, việc chậm thanh toán thanh toán cho DNDA đối với phần vốn Nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng cũng là một trong những nguyên nhân gây chậm tiến độ dự án BOT cũng như chậm trễ trong việc đưa dự án đi vào khai thác. Tại một số dự án BOT đã xảy ra tình trạng NĐT, DNDA đã hoàn thành xây dựng công trình, nhưng các hạng mục phụ trợ được đầu tư bằng vốn nhà nước chưa hoàn thành do chậm giải ngân nên dự án chưa thể đưa vào vận hành, gây thiệt hại cho NĐT, DNDA. Vì vậy, trong Hợp đồng BOT các bên có thể thỏa thuận bổ sung, chi tiết hóa quy định về cơ chế bồi thường thiệt hại cho NĐT, DNDA trong trường hợp Cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm nghĩa vụ thanh toán cho DNDA đối với phần vốn nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng.

87. Việc bồi thường của Cơ quan ký kết hợp đồng có thể được áp dụng theo hai hình thức: (i) Cơ quan ký kết hợp đồng thanh toán trực tiếp khoản thiệt hại phải bồi thường cho NĐT, DNDA; hoặc (ii) Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT, DNDA xem xét điều chỉnh gia hạn thời gian thực hiện hợp đồng để đảm bảo cho NĐT, DNDA bù đắp lại khoản thiệt hại thông qua việc thu phí sản phẩm, dịch vụ công.

3. Bổ sung, chi tiết hóa các quy định liên quan đến quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của các bên trong giai đoạn thiết kế, thi công công trình.

88. Nhóm các quy định về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các bên trong giai đoạn thiết kế, thi công công trình được quy định tại Mục XIII. Quyền và nghĩa vụ các bên trước giai đoạn xây dựng (Điều 44 đến Điều 47); Mục XIV. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong giai đoạn xây dựng (Điều 48 đến Điều 55). Trong quá trình đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT, các bên có thể thỏa thuận bổ sung, chi tiết hóa nhóm quy định này với các nội dung sau:

3.1. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm của các bên trong công tác tổ chức đấu thầu và lựa chọn nhà thầu thiết kế, thi công.

89. Nguyên tắc của Hợp đồng PPP nói chung và Hợp đồng BOT nói riêng là nhà nước quản lý trên cơ sở kết quả đầu ra. DNDA chịu trách nhiệm lựa chọn nhà thầu thiết kế, thi công để đảm bảo kết quả đầu ra theo hợp đồng. Điều 50 Mẫu Hợp đồng mẫu BOT quy định DNDA có trách nhiệm ban hành quy định về lựa chọn nhà thầu để áp dụng thống nhất trong doanh nghiệp trên cơ sở tuân thủ các nguyên tắc quy định tại Điều 58 Luật PPP 2020[18]. Bên cạnh đó, Điều 50 Mẫu Hợp đồng mẫu BOT và điểm a khoản 8 Điều 19 Nghị định số 06/2021/NĐ-CP Quy định chi tiết một số nội dung về quản lý chất lượng, thi công xây dựng và bảo trì công trình xây dựng ("**Nghị định số 06/2021/NĐ-CP**") cũng quy định Cơ quan ký kết hợp đồng có trách nhiệm kiểm tra yêu cầu về năng lực, kinh nghiệm của các nhà thầu trong hồ sơ mời thầu hoặc hồ sơ yêu cầu và kiểm tra kết quả lựa chọn nhà thầu đối với các gói thầu của dự án (nếu có).

90. Mặc dù vậy, thực tế cho thấy các DNDA ban hành quy định về lựa chọn nhà thầu vẫn chưa có sự chưa thống nhất và chưa đảm bảo phù hợp với pháp luật về đấu thầu. Điều này dẫn tới tình trạng phổ biến là NĐT, DNDA chỉ định thầu và lựa chọn các nhà thầu thiết kế, thi công không đủ năng lực tham gia thi công dự án. Ví dụ, tại Dự án đầu tư nâng cấp tuyến đường Pháp Vân - Cầu Giẽ năm 2014, các gói thầu triển khai dự án này chủ yếu đều được chỉ định thầu, trong đó có cả những nhà thầu không đủ năng lực thi công, dẫn đến ảnh hưởng đến tiến độ và chất lượng công trình. Nguyên nhân dẫn đến tình trạng trên đây là thiếu sự hướng dẫn kịp thời cũng như sự kiểm tra giám sát của Cơ quan ký kết hợp đồng với NĐT, DNDA trong việc đánh giá năng lực, kinh nghiệm của các nhà thầu trong hồ sơ mời thầu hoặc hồ sơ yêu cầu và kiểm tra kết quả lựa chọn nhà thầu đối với các gói thầu của dự án.

91. Do vậy, để kiểm soát chặt chẽ hơn quy trình lựa chọn nhà thầu thực hiện xây dựng công trình và trách nhiệm của DNDA, Nhà nước trong công tác này, trong Hợp đồng BOT cần bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong việc hướng dẫn ban hành quy định về lựa chọn nhà thầu để áp dụng thống nhất trong doanh nghiệp, đồng thời đảm bảo tuân thủ các nguyên tắc được quy định trong Luật Đấu thầu và Điều 58 Luật PPP 2020; đồng thời giám sát DNDA trong công tác tổ chức đấu thầu và lựa chọn nhà thầu thiết kế, thi công để đảm bảo lựa chọn các nhà thầu có đủ năng lực.

92. Hợp đồng BOT cũng cần quy định rõ trách nhiệm và chế tài xử lý đối với DNDA khi nhà thầu được lựa chọn bị phát hiện không đủ năng lực, kinh nghiệm. Mặt khác, DNDA có trách nhiệm lập quy chế và thực hiện toàn bộ quá trình lựa chọn nhà thầu, nhưng Cơ quan ký kết hợp đồng có trách nhiệm kiểm tra yêu cầu về năng lực, kinh nghiệm của các nhà thầu trong hồ sơ mời thầu hoặc hồ sơ yêu cầu và kiểm tra kết quả lựa chọn nhà thầu đối với các gói thầu của dự án (nếu có) theo điểm a khoản 8 Điều 19 Nghị định số 06/2021/NĐ-CP. Vì vậy, trong trường hợp này cũng cần quy định những ràng buộc pháp lý nhằm nâng cao trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp

[18] Đây không phải là một nội dung mới mà đã được quy định trước đó tại khoản 2 Điều 3 Luật Đấu thầu 2013, Điều 44 Nghị định 15/2015/NĐ-CP.

đồng khi nhà thầu được lựa chọn thi công dự án không đáp ứng tiêu chuẩn đề ra.

3.2. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm của các bên trong việc quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; giám định và kiểm định chất lượng công trình xây dựng.

93. Bên cạnh trách nhiệm trong việc lựa chọn nhà thầu, Mẫu Hợp đồng BOT còn quy định trách nhiệm của các bên trong việc quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng (Điều 51); giám định và kiểm định chất lượng công trình xây dựng (Điều 54). Trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong việc quản lý lượng và giám sát, nghiệm thu công trình được quy định cụ thể tại khoản 8 Điều 19 và Điều 23 Nghị định số 06/2021/NĐ-CP. Trách nhiệm của các bên trong việc tổ chức thực hiện các nội dung giám sát, kiểm định công trình được quy định cụ thể tại Điều 5, Điều 6 Nghị định số 06/2021/NĐ-CP. Tại Điều 55 Mẫu Hợp đồng BOT cũng quy định các bên có trách nhiệm thỏa thuận về cơ chế phối hợp trong việc thực hiện các nghĩa vụ quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, giám định và kiểm định chất lượng công trình.

94. Theo các quy định hiện hành và Mẫu Hợp đồng BOT, DNDA có nghĩa vụ tổ chức quản lý toàn diện chất lượng công trình xây dựng và giám sát, nghiệm thu công trình hệ thống cơ sở hạ tầng từ giai đoạn chuẩn bị, thực hiện dự án đến khi bàn giao đưa công trình dự án vào khai thác, sử dụng và trong giai đoạn bảo hành theo đúng pháp luật liên quan và các quy định khác. Còn Cơ quan ký kết hợp đồng có trách nhiệm tổ chức lập, phê duyệt đề cương kiểm tra bao gồm phạm vi kiểm tra, nội dung kiểm tra, số lượng đợt kiểm tra và các yêu cầu khác phù hợp với công việc cần thực hiện và thỏa thuận tại hợp đồng dự án; kiểm tra việc thực hiện công tác giám sát thi công xây dựng công trình theo nội dung đề cương, nhiệm vụ giám sát và quy định của Nghị định này; kiểm tra sự tuân thủ các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật áp dụng cho công trình, các quy định kỹ thuật của hồ sơ thiết kế trong quá trình thi công xây dựng công trình.

95. Tuy nhiên, trên thực tế tại nhiều dự án BOT, công tác quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng thuộc trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng được triển khai chậm và không thường xuyên, kịp thời, thậm chí bị buông lỏng. Nhiều trường hợp DNDA không thực hiện đúng quy trình quản lý chất lượng công trình, nhưng vẫn không bị phát hiện hoặc tạm dừng thi công để khắc phục. Khi vật liệu, sản phẩm xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình hoặc công trình được thi công xây dựng có dấu hiệu không đảm bảo chất lượng theo yêu cầu của hồ sơ thiết kế, nhưng không tổ chức kiểm định kịp thời để có những biện pháp khắc phục. Trong khi đó, tại một số dự án BOT, mặc dù đã hoàn thành công tác thi công, nhưng việc nghiệm thu công trình đưa vào sử dụng không kịp thời, gây ra thiệt hại đáng kể cho NĐT, DNDA.

96. Do đó, trong Hợp đồng BOT, các bên cần bổ sung, chi tiết hóa các nội dung về trách nhiệm của các bên trong việc quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; giám định và kiểm định chất lượng công trình xây dựng. Đồng thời, trong Hợp đồng BOT cần quy định rõ trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng phải bồi thường các thiệt hại gây ra cho DNDA khi không thực hiện đúng trách nhiệm trong việc quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, hệ

thống cơ sở hạ tầng; giám định và kiểm định chất lượng công trình xây dựng.

3.3. Bổ sung, chi tiết hóa các quy định về kiểm toán và quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng.

97. Sau khi kết thúc giai đoạn xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng thì DNDA và CQCTQ có trách nhiệm cùng thực hiện kiểm toán và quyết toán vốn đầu tư. Việc tổ chức quyết toán đúng thời hạn sẽ tạo điều kiện cho DNDA sớm ổn định hoạt động kinh doanh, đồng thời là căn cứ để các bên xem xét điều chỉnh mức phí, thời gian thu phí hoàn vốn cho dự án BOT (nếu có). Thế nhưng thực tế cho thấy việc quyết toán các dự án BOT tại Việt Nam thời gian qua vẫn còn gặp nhiều vướng mắc, chưa đáp ứng được đúng quy định về thời hạn, trình tự, thủ tục quyết toán theo các quy định tại Nghị định 28/2021/NĐ-CP.

98. Việc chậm kiểm toán, quyết toán các dự án PPP trong thời gian qua thường xuất phát từ một số nguyên nhân sau đây:

(i) Do trong quá trình triển khai thi công, công tác quản lý chi phí đầu tư xây dựng không được kiểm tra, giám sát chặt chẽ, thường xuyên nên các hồ sơ về khối lượng, chất lượng vật tư đầu vào có thể bị thiếu. Đến khâu quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình thì DNDA phải thực hiện theo đúng các quy định pháp luật về quản lý chi phí dự án và quản lý tài chính, do vậy DNDA thường phải mất nhiều thời gian để bổ sung, hoàn thiện hồ sơ quyết toán và kiểm toán theo yêu cầu của CQCTQ.

(ii) Do phía các Cơ quan ký kết hợp đồng thường chậm trễ trong việc tiếp nhận, xem xét hồ sơ quyết toán và phê duyệt giá trị quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình, làm kéo dài thời gian quyết toán, gây phiền hà cho NĐT, DNDA. Do vậy, tại Điều 14 Nghị định số 28/2021/NĐ-CP đã bổ sung quy định Cơ quan ký kết hợp đồng phải chấp thuận giá trị quyết toán trong vòng 01 tháng kể từ khi nhận đủ hồ sơ quyết toán.

(iii) Do thời gian trước đây pháp luật không có quy định cụ thể về các hình thức xử lý và biện pháp chế tài đối với các bên trong trường hợp chậm tổ chức kiểm toán báo cáo quyết toán, chậm quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình, nên chưa tạo được áp lực để các bên phải rốt ráo trong công tác quyết toán, nhất là về phía Cơ quan ký kết hợp đồng. Đến Luật PPP 2020 và Mẫu Hợp đồng BOT mới quy định rõ hơn về trách nhiệm và các hình thức chế tài do vi phạm của Cơ quan ký kết hợp đồng (trong đó có vi phạm về trách nhiệm quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình). Nhưng đến nay hầu như vẫn chưa có dự án PPP nào thực hiện quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình theo quy định tại Luật PPP 2020, nên chưa thể đánh giá được mức độ tuân thủ các quy định này trong thực tiễn.

99. Từ các nguyên nhân nêu trên, chúng tôi đề xuất trong quá trình thương thảo Hợp đồng BOT, các bên cần bổ sung, chi tiết hóa các quy định tại Điều 53 Hợp đồng mẫu BOT về: Tổ chức kiểm toán báo cáo quyết toán; Tổ chức lập, trình hồ sơ quyết toán; Chấp thuận hoặc phê duyệt quyết toán; Thời hạn nộp hồ sơ quyết toán; Cách thức, hình thức xử lý trong trường hợp chậm nộp hồ sơ quyết toán (nếu có). Trong đó, cần quy định rõ trình tự, thủ tục, hồ sơ cụ thể đối với từng công đoạn trên và thời hạn thực hiện. Đồng thời quy định cụ thể về cách thức, hình thức xử lý trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ, trách nhiệm về tổ chức kiểm toán báo cáo quyết toán, quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình, đặc biệt là đối với Cơ quan ký kết hợp đồng trong

trường hợp chậm xử lý hồ sơ quyết toán và chấp nhận giá trị quyết toán công trình so với thời hạn quy định tại Điều 14 Nghị định số 28/2021/NĐ-CP.

4. Bổ sung, chi tiết hóa các quy định về chia sẻ doanh thu tăng, giảm của dự án BOT.

100. Cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu của dự án là một trong những nội dung mới của Luật PPP 2020 (Điều 82) và được quy định hướng dẫn cụ thể tại Nghị định số 28/2021/NĐ-CP. Trong Mẫu Hợp đồng mẫu BOT cũng bao gồm nhóm quy định về chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu dự án (trường hợp áp dụng) tại Mục IX (Điều 32 đến Điều 35). Quy định này thể hiện sự công bằng, bình đẳng về lợi ích và cùng chia sẻ rủi ro giữa CQCTQ và NĐT, DNDA, từ đó tăng mức độ hấp dẫn để thu hút đầu tư vào các dự án PPP nói chung và dự án BOT nói riêng.

101. Mặc dù đã có các quy định của pháp luật, nhưng các quy định này còn nhiều điểm chưa cụ thể, khi áp dụng vào thực tiễn chắc chắn sẽ gặp những vướng mắc. Mặt khác, đây là một quy định mới lần đầu tiên được quy định tại Luật PPP 2020 nên chưa có kinh nghiệm thực tiễn để đúc kết. Do vậy, trong quá trình thực hiện có thể phát sinh những vướng mắc sau:

(i) Về thời điểm và căn cứ xác định phần doanh thu tăng, giảm: Theo quy định tại khoản 1 Điều 20 của Nghị định số 28/2021/NĐ-CP và Điều 32.1 Mẫu Hợp đồng BOT thì trong vòng 10 ngày kể từ ngày doanh nghiệp PPP nộp hồ sơ quyết toán thuế năm theo quy định của pháp luật về quản lý thuế, DNDA có văn bản báo cáo Cơ quan ký kết hợp đồng về doanh thu thực tế năm tài chính để làm cơ sở thực hiện cơ chế chia sẻ phần doanh thu tăng, giảm (nếu có). Theo quy định của pháp luật về quản lý thuế hiện hành thì thời hạn nộp hồ sơ quyết toán thuế năm chậm nhất là ngày cuối cùng của tháng thứ 3 kể từ ngày kết thúc năm tài chính (31/3 hoặc 30/6 tùy theo năm tài chính do doanh nghiệp áp dụng). Đồng thời, theo quy định tại Điều 82 Luật PPP 2020 và điểm c khoản 1 Điều 17 Nghị định 28/2021/NĐ-CP thì phần doanh thu tăng, giảm phải được Kiểm toán nhà nước thực hiện kiểm toán. Nhưng pháp luật hiện hành chưa quy định cụ thể về thời hạn kiểm toán phần doanh thu tăng, giảm để có cơ sở thực hiện.

(ii) Về điều kiện áp dụng việc chia sẻ phần doanh thu tăng, giảm: Theo quy định tại khoản Điều 82 Luật PPP 2020 và Điều 33 Mẫu Hợp đồng BOT thì việc chia sẻ phần doanh thu tăng, giảm được áp dụng sau khi đã thực hiện các biện pháp điều chỉnh mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ công, điều chỉnh thời hạn hợp đồng dự án theo quy định tại các Điều 50, 51 và 65 của Luật PPP 2020. Theo quy định tại khoản 3 Điều 65 Luật PPP 2020 thì việc thỏa thuận điều chỉnh giá, phí sản phẩm, dịch vụ công cho từng thời kỳ trong hợp đồng dự án PPP phải phù hợp với quy định của pháp luật về giá, phí và các bên phải sửa đổi Hợp đồng dự án PPP. Theo quy định tại Điều 50, 51 Luật PPP 2020 thì việc sửa đổi nội dung hoặc điều chỉnh thời hạn hợp đồng dự án PPP phải được các bên đàm phán và ký kết thành phụ lục hợp đồng. Pháp luật hiện hành không quy định cụ thể về thời hạn đàm phán sửa đổi, điều chỉnh thời hạn hợp đồng để có cơ sở thực hiện.

(iii) Về chi phí xử lý: Theo quy định tại Điều 82 Luật PPP 2020 thì chi phí xử lý cơ chế chia sẻ phần giảm doanh thu được sử dụng từ nguồn dự phòng ngân sách trung ương

hoặc ngân sách địa phương. Việc chi từ nguồn dự phòng ngân sách phải tuân theo trình tự, thủ tục, hồ sơ chặt chẽ và phải được cấp có thẩm quyền phê duyệt theo quy định của pháp luật về ngân sách và quy định tại khoản 4 Điều 17 Nghị định 28/2021/NĐ-CP.

102. Từ những quy định được trích dẫn tại Đoạn 101 của Báo Cáo cho thấy, thời điểm xác định được mức doanh thu tăng, giảm để áp dụng cơ chế chia sẻ là khá lâu; trình tự, thủ tục xem xét xác định điều kiện áp dụng chia sẻ doanh thu tăng giảm, trình tự thủ tục phê duyệt ngân sách để làm chi phí xử lý cơ chế chia sẻ phần giảm doanh thu rất chặt chẽ và phức tạp và kéo dài. Vậy nên quy định về tiến độ thực hiện cơ chế chia sẻ phần doanh thu tăng, giảm tại khoản 4 Điều 82 Luật PPP 2020 là rất khó thực hiện[19], gây thiệt hại cho cả Nhà nước và NĐT, DNDA.

103. Do vậy, để đảm bảo hài hòa lợi ích của nhà nước, NĐT và DNDA, trong Hợp đồng BOT, các bên cần thỏa thuận chi tiết các quy định về áp dụng cơ chế chia sẻ doanh thu tăng, giảm của dự án theo hướng sau:

(i) Cần quy định chi tiết về thời hạn các bên yêu cầu Kiểm toán Nhà nước hoàn thành việc kiểm toán phần doanh thu tăng, giảm để rút ngắn thời gian xác định mức doanh thu tăng, giảm; quy định chi tiết về thời hạn các bên phải hoàn thành đàm phán sửa đổi, điều chỉnh thời hạn hợp đồng liên quan đến xử lý phần doanh thu tăng, giảm theo quy định tại Điều 50, 51 và 65 Luật PPP 2020;

(ii) Bổ sung quy định về trách nhiệm của các bên trong việc đẩy nhanh thủ tục xác định doanh thu tăng, giảm của Dự án và thủ tục đàm phán sửa đổi, điều chỉnh thời hạn thực hiện Hợp đồng BOT liên quan đến xử lý phần doanh thu tăng, giảm.

(iii) Bổ sung, chi tiết hóa quy định về các phương án, giải pháp xử lý trách nhiệm của các bên trong trường hợp các thủ tục trên đây bị chậm trễ và gây thiệt hại cho một hoặc các bên.

104. Về thời hạn thanh toán phần chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu: Theo quy định tại khoản 3 Điều 17 Nghị định 28/2021/NĐ-CP, đối với phần doanh thu tăng mà DNDA chia sẻ với nhà nước, doanh nghiệp dự án PPP có trách nhiệm nộp phần doanh thu này vào ngân sách nhà nước theo quy định trong thời hạn 60 ngày kể từ thời điểm

105. Kiểm toán nhà nước ban hành báo cáo kiểm toán xác định phần doanh thu tăng. Theo quy định tại khoản 4 Điều 17 Nghị định 28/2021/NĐ-CP, đối với phần doanh thu giảm mà Nhà nước chia sẻ với DNDA sẽ được thanh toán trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày cơ quan tài chính nhận được đầy đủ hồ sơ đề nghị thực hiện chia sẻ doanh thu theo quy định.

106. Tuy nhiên, pháp luật chưa quy định về chế tài đối với các bên khi không thực hiện đúng thời hạn thanh toán phần chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu. Đối với DNDA, phần doanh thu tăng mà DNDA chia sẻ với Nhà nước sau khi được xác định thì có được coi là một khoản nghĩa vụ tài chính của doanh nghiệp với Nhà nước hay không, và liệu có được áp dụng các hình thức chế tài chậm nộp như trường hợp doanh

[19] Khoản 4 Điều 82 Luật PPP 2020: "Định kỳ hàng năm, các bên trong hợp đồng dự án PPP xác định doanh thu thực tế, gửi cơ quan tài chính có thẩm quyền thực hiện cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu".

nghiệp chậm nộp thuế hay không. Còn đối với phần doanh thu giảm mà Nhà nước chia sẻ với doanh nghiệp dự án PPP, trong trường hợp Nhà nước chậm thanh toán gây thiệt hại cho DNDA thì CQCTQ có trách nhiệm phải bồi thường thiệt hại cho doanh nghiệp hay không. Do vậy, trong Hợp đồng BOT, các bên cần thỏa thuận bổ sung, chi tiết hóa các quy định về chế tài đối với các bên khi không thực hiện đúng thời hạn thanh toán phần chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu, làm căn cứ áp dụng khi có vi phạm, đồng thời hạn chế tranh chấp phát sinh khi thực hiện cơ chế chia chia sẻ doanh thu tăng, giảm.

5. Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến chuyển giao công trình cho Nhà nước.

107. Việc chuyển giao công trình trong dự án BOT được tiến hành khi cả DNDA và Nhà nước hoàn tất các công việc liên quan đến kiểm toán, quyết toán hoàn thành công trình. Theo quy định tại Điều 77, 78 Nghị định 35/2021/NĐ-CP, một dự án PPP trước khi chuyển giao phải đáp ứng các điều kiện như công trình phù hợp các quy chuẩn, tiêu chuẩn kỹ thuật, chất lượng, không là tài sản bảo đảm cho giao dịch khác, đáp ứng công năng sử dụng, công suất cần thiết,... Khoản 3 Điều 85 Luật PPP 2020 cũng quy định phải kiểm toán toàn bộ giá trị tài sản của dự án PPP khi được chuyển giao cho Nhà nước.

108. Theo quy định tại Điều 62.1 Mẫu Hợp đồng BOT và khoản 1 Điều 77 Nghị định số35/2021/NĐ-CP thì công trình BOT chỉ được tiếp nhận khi DNDA bảo đảm đáp ứng đầy đủ các nguyên tắc và điều kiện sau: a) Việc xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng phù hợp quy chuẩn, tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật về xây dựng, pháp luật khác có liên quan; tuân thủ quy định hợp đồng dự án; b) Công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng thuộc dự án PPP không trong tình trạng cầm cố, thế chấp hoặc bất kỳ hạn chế về quyền sở hữu nào khác; c) Công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đáp ứng đầy đủ công năng sử dụng, công suất cần thiết và chất lượng theo đúng yêu cầu về kỹ thuật, công nghệ, chất lượng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng quy định tại hợp đồng dự án tại thời điểm chuyển giao, đủ điều kiện tiếp tục sử dụng theo quy định của pháp luật; d) Việc chuyển giao, tiếp nhận công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng bảo đảm không làm ảnh hưởng tới tính liên tục, chất lượng của việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành và Mẫu Hợp đồng BOT không có quy định chi tiết về các tài đối với DNDA khi tại thời điểm chuyển giao không đáp ứng các nguyên tắc và điều kiện chuyển giao công trình xây dựng như đã quy định và DNDA không thực hiện được việc sửa chữa, bảo trì công trình BOT theo yêu cầu của CQCTQ. Vấn đề này cần được các bên bổ sung, chi tiết hóa trong quá trình đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT.

109. Theo quy định tại Điều 63 Mẫu Hợp đồng BOT và khoản 1 Điều 78 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP, chậm nhất 01 năm trước ngày chấm dứt Hợp đồng dự án PPP theo thời hạn quy định tại hợp đồng, DNDA phải đăng báo công khai việc chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng, thủ tục, thời hạn thanh lý hợp đồng, thanh toán các khoản nợ; đồng thời, gửi hồ sơ đề nghị chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đến cơ quan ký kết hợp đồng. Tuy nhiên, theo kinh nghiệm một số nước thì thời gian tối thiểu để doanh nghiệp thực hiện các thủ tục trên thường kéo dài hơn (ví dụ: tại Trung Quốc, các dự án BOT giao thông sẽ thực hiện thủ tục chuyển giao trước

khi hết hạn hợp đồng là 02 năm). Do vậy, trong Hợp đồng BOT các bên có thể thỏa thuận thời gian DNDA thực hiện các thủ tục chuyển giao công trình BOT dài hơn so với thời hạn tối thiểu 01 năm để DNDA có thể chủ động hơn trong việc thực hiện các thủ tục chuyển giao công trình, giải quyết thỏa đáng các vấn đề phát sinh liên quan đến thủ tục chuyển giao và bảo đảm đầy đủ quyền lợi của khách hàng, ngân hàng và các bên liên quan (nhất là trong trường hợp công trình BOT đang được dùng để thế chấp vay vốn tại ngân hàng); đồng thời CQCTQ cũng có đủ thời gian phối hợp, giám sát việc tuân thủ các nguyên tắc và điều kiện chuyển giao công trình BOT theo quy định của pháp luật.

110. Tại điểm b khoản 1 Điều 78 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định: Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ đề nghị chuyển giao, Cơ quan ký kết hợp đồng chủ trì, phối hợp với cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành về tài sản, cơ quan tài chính và các cơ quan khác có liên quan (nếu cần) thực hiện: Tổ chức giám định chất lượng, giá trị, tình trạng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng theo nguyên tắc, điều kiện thỏa thuận tại hợp đồng dự án; Lập danh mục tài sản chuyển giao; Lập biên bản xác định các hư hại của tài sản (nếu có) để yêu cầu DNDA thực hiện việc sửa chữa, bảo trì tài sản; Báo cáo cơ quan có thẩm quyền về việc giao một cơ quan, đơn vị vận hành, kinh doanh và bảo trì công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng… Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không quy định rõ thời hạn tối thiểu DNDA phải gửi hồ sơ đề nghị chuyển giao cho Cơ quan ký kết hợp đồng là bao nhiêu ngày trước ngày chấm dứt hợp đồng dự án PPP. Cho nên có thể dẫn đến trường hợp DNDA gửi hồ sơ để nghị chuyển giao công trình BOT cho Cơ quan ký kết hợp đồng sát với thời điểm chấm dứt Hợp đồng BOT khiến cho Cơ quan ký kết hợp đồng không còn đủ thời gian để thực hiện các công việc trên đây. Trong khi đó, thời hạn của Hợp đồng BOT đã hết thì cũng khó ràng buộc trách nhiệm của NĐT, DNDA phải hoàn tất các công việc và trách nhiệm còn lại để đảm bảo công trình BOT đáp ứng các nguyên tắc và điều kiện chuyển giao theo quy định. Do vậy, trong Hợp đồng BOT các bên cần bổ sung quy định về thời hạn tối thiểu DNDA phải gửi hồ sơ đề nghị chuyển giao cho Cơ quan ký kết hợp đồng trước ngày chấm dứt hợp đồng dự án PPP.

111. Tại điểm c khoản 1 Điều 78 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định: Cơ quan ký kết hợp đồng có trách nhiệm đề nghị Kiểm toán nhà nước thực hiện kiểm toán giá trị tài sản của dự án PPP, làm cơ sở để hạch toán tăng tài sản theo quy định của pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công. Tuy nhiên, pháp luật không quy định rõ việc kiểm toán giá trị tài sản dự án PPP phải được thực hiện trước thời điểm chuyển giao như là một điều kiện chuyển giao, hay có thể thực hiện sau khi CQCTQ đã hoàn thành việc tiếp nhận công trình. Pháp luật cũng không quy định cụ thể về thời hạn phải hoàn thành công việc kiểm toán giá trị tài sản và trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong việc thúc đẩy hoàn thành công việc kiểm toán trong thời hạn nhất định. Những vấn đề này có thể được các bên thỏa thuận chi tiết trong Hợp đồng BOT.

6. Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến vi phạm và xử lý vi phạm hợp đồng.

112. Điều 72 Mẫu Hợp đồng BOT quy định các trường hợp phạt hợp đồng khi các bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, đồng thời để mở cho các bên thương thảo và quy định cụ thể về các trường hợp vi phạm nghĩa vụ hợp đồng theo nguyên tắc "*Vi phạm nghĩa*

vụ là việc bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ đúng thời hạn, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hoặc không đúng nội dung của nghĩa vụ". Có thể nói đây là một quy định rất thông thoáng của Luật PPP 2020 và Mẫu Hợp đồng BOT trên cơ sở tôn trọng nguyên tắc tự do, tự nguyện trong giao kết hợp đồng và nguyên tắc bình đẳng trong quan hệ đối tác công - tư. Việc dự liệu đầy đủ các trường hợp vi phạm hợp đồng để áp dụng chế tài đối với bên vi phạm có ý nghĩa quan nhằm nâng cao ý thức của các bên trong việc tuân thủ và thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ hợp đồng, giúp cho hợp đồng được thực hiện một cách nghiêm túc, bảo đảm tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của các bên, đảm bảo sự tuân thủ pháp luật trong quá trình thực hiện dự án PPP. Do vậy, trong quá trình đàm phán Hợp đồng BOT, các bên căn cứ vào quy định của pháp luật, nội dung quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong hợp đồng để dự liệu đầy đủ, chi tiết các trường hợp vi phạm nghĩa vụ hợp đồng làm căn cứ để áp dụng, đồng thời hạn chế các tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện Hợp đồng BOT.

113. Điều 73 Hợp đồng mẫu BOT quy định các hình thức phạt hợp đồng BOT, bao gồm: phạt tiền; tạm dừng việc khai thác, kinh doanh công trình, hệ thống hạ tầng; các hình thức khác do các bên thỏa thuận. Tuy nhiên theo thực tiễn đàm phán các hợp đồng dự án PPP nói chung và Hợp đồng BOT nói riêng cho thấy rất khó để có thể thỏa thuận việc phạt vi phạm hợp đồng đối với Cơ quan ký kết hợp đồng, nhất là đối với hình thức phạt tiền. Các quy định về vi phạm, xử lý vi phạm Hợp đồng dự án PPP tại Điều 98 Luật PPP 2020, Điều 85, Điều 86 Nghị định 35/2021/NĐ-CP cũng không quy định về các trường hợp Cơ quan ký kết vi phạm hợp đồng cũng như chế tài xử lý trong các trường hợp đó mà chỉ quy định đối với DNDA. Điều này khiến các DNDA không có cơ sở pháp lý để đàm phán khi ký kết hợp đồng với CQCTQ và phần nào thể hiện vị thế không cân bằng giữa các bên tham gia, chưa đáp ứng nguyên tắc bình đẳng trong giao kết hợp đồng dự án PPP.

114. Từ thực tiễn ký kết và thực hiện các Hợp đồng BOT hiện nay, khi Cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm các nghĩa vụ đã cam kết trong hợp đồng như chậm trễ giải phóng mặt bằng, chậm giải ngân vốn Nhà nước, không hoàn thành các tuyến giao thông kết nối để đảm bảo lưu lượng xe,... Nhà nước sẽ tiến hành điều chỉnh kéo dài thời gian thực hiện dự án BOT để bù đắp cho thiệt hại của DNDA và xem đây là một giải pháp tối ưu đối với các bên so với các hình thức phạt vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Tuy nhiên, cần phải xác định thời gian hợp đồng được kéo dài không phải khoảng thời gian mà nhà nước vi phạm các nghĩa vụ, mà phải quy đổi thành thời gian thu phí để bù đắp các khoản thiệt hại đối với DNDA. Như đã phân tích ở các mục giải phóng mặt bằng, giải ngân vốn phía trên, DNDA không chỉ có nghĩa vụ với phía nhà nước, mà còn có nghĩa vụ đối với các bên nhà thầu, ngân hàng, bảo hiểm,... Vì vậy, cần xem xét tổng thiệt hại của các bên để có thể điều chỉnh thời gian dự án phù hợp. Đây là những gợi ý, khuyến nghị đối với NĐT, DNDA trong việc đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT với CQCTQ.

115. Mặt khác, theo quy định tại Điều 7 Mẫu Hợp đồng BOT dẫn chiếu đến Điều 51 Luật PPP 2020, các trường hợp điều chỉnh thời hạn hợp đồng hiện nay không trực tiếp đề cập đến trường hợp Cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Điều khoản có thể áp dụng trong trường hợp này là điểm d khoản 3 Điều 51 Luật PPP

2020: *"d) Khi có sự thay đổi về quy hoạch, chính sách, pháp luật có liên quan làm giảm doanh thu dưới 75% so với mức doanh thu trong phương án tài chính quy định tại hợp đồng;"*. Như vậy, chỉ khi xảy ra trường hợp doanh thu trong phương án tài chính giảm xuống dưới 75%, DNDA mới có đủ cơ sở để yêu cầu Cơ quan ký kết hợp đồng thực hiện điều chỉnh thời hạn hợp đồng. Mặt khác, cho dù Cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm các nghĩa vụ nhưng không làm giảm doanh thu của DNDA xuống dưới 75% thì DNDA hiện không có cơ chế để đảm bảo quyền lợi của mình.

116. Bên cạnh đó, Mẫu Hợp đồng BOT cũng thiếu các quy định về trình tự, thủ tục xử lý khi một bên vi phạm các nghĩa vụ hoặc cam kết. Để có thể áp dụng các biện pháp xử lý vi phạm hợp đồng, một quy trình về thông báo cũng như nghĩa vụ đàm phán, thương lượng để giải quyết vi phạm là cần thiết. Trình tự có thể quy định như sau: (i) thông báo về việc một bên đang vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng, (ii) trong thời hạn nhất định kể từ thời điểm một bên vi phạm, các bên tiến hành đàm phán để sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng, các khoản phạt vi phạm. Đây cũng là những gợi ý, khuyến nghị đối với các bên trong quá trình đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT.

117. Cũng cần lưu ý rằng, một dự án BOT tồn tại lợi ích không chỉ của Nhà nước, NĐT mà còn của người dân và cộng đồng. Vì DNDA thu phí trực tiếp từ người dân sử dụng dịch vụ công của dự án BOT, nên Cơ quan ký kết hợp đồng cần thận trọng trong việc áp dụng các biện pháp điều chỉnh hợp đồng như tăng thời hạn hợp đồng hay thay đổi mức phí. Việc thay đổi này rất có thể dẫn đến những phản ứng từ phía người dân và cộng đồng như các trường hợp đã xảy ra tại trạm BOT Cai Lậy, Tiền Giang hay trạm BOT Bắc Thăng Long – Nội Bài. Việc cân bằng lợi ích của ba bên là điều kiện lý tưởng cần đạt được để một dự án BOT trở nên hấp dẫn.

118. Việc vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ Hợp đồng BOT được quy định tại Điều 72 của Hợp đồng mẫu BOT và dẫn chiếu đến Điều 423 BLDS 2015, đây là căn cứ để một bên chấm dứt hợp đồng trước thời hạn (Điều 52 Luật PPP 2020). Theo quy định tại khoản 2 Điều 423 BLDS 2015, một vi phạm nghiêm trọng được hiểu là việc không thực hiện đúng nghĩa vụ của một bên đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Từ quy định trên, trong quá trình đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT, mỗi bên phải xác định rõ ràng mục đích của mình, từ đó cần mô tả trong hợp đồng các trường hợp cụ thể được coi là vi phạm nghiêm trọng của mỗi bên để tránh cho hợp đồng không bị đơn phương chấm dứt ngoài ý muốn. (Xem thêm tại Đoạn 112 và Đoạn 120 của Báo Cáo).

7. Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến điều chỉnh, chấm dứt Hợp đồng BOT.

7.1. Về điều chỉnh hợp đồng:

119. Các trường hợp điều chỉnh Hợp đồng BOT được quy định từ Điều 85 đến Điều 106 Mẫu Hợp đồng BOT, bao gồm điều chỉnh do hoàn cảnh thay đổi cơ bản, điều chỉnh do bất khả kháng, điều chỉnh do thay đổi chính sách pháp luật, quy hoạch. Như đã phân tích tại Đoạn 114 của Báo Cáo, việc điều chỉnh hợp đồng là giải pháp tối ưu đối với các bên khi Cơ quan ký hợp đồng vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Tuy nhiên, khi điều chỉnh thời hạn hợp đồng BOT cần phải hết sức quan tâm đến phản ứng của người dân và cộng đồng. Trong trường hợp không thể điều chỉnh hợp đồng do ảnh

hưởng lớn đến quyền và lợi ích của người dân thì các bên phải xem xét áp dụng các hình thức phạt và bồi thường thiệt hại khác cho các hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

7.2. Về chấm dứt hợp đồng trước thời hạn:

120. Các trường hợp được xem xét chấm dứt Hợp đồng BOT trước thời hạn được quy định tại Điều 102 Mẫu Hợp đồng BOT và khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020, bao gồm các trường hợp chấm dứt bởi Cơ quan ký kết hợp đồng và chấm dứt bởi NĐT, DNDA. Trong đó đáng chú ý là trường hợp quy định tại điểm d khoản 2 Điều 52 Luật PPP: Khi một trong các bên trong hợp đồng vi phạm nghiêm trọng việc thực hiện các nghĩa vụ quy định tại hợp đồng. Mặc dù khoản 2 Điều 423 BLDS 2015 đã định nghĩa thế nào là vi phạm nghiêm trọng, nhưng việc xác định một vi phạm nghĩa vụ hợp đồng có phải là vi phạm nghiêm trọng hay không vẫn có thể có tranh cãi trong quá trình áp dụng. Vì vậy, trong Hợp đồng BOT, các bên cần mô tả chi tiết các vi phạm được coi là vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng theo gợi ý dưới đây:

a) Cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ theo hợp đồng khi: Chậm trễ trong việc (i) hỗ trợ NĐT, DNDA nhận được các giấy phép cần thiết để triển khai dự án; (ii) phối hợp thực hiện nghĩa vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng, hỗ trợ, tái định cư; (iii) thực hiện nghĩa vụ thanh toán phần vốn hỗ trợ xây dựng công trình, phần vốn thanh toán cho DNDA cung cấp sản phẩm, dịch vụ công… sau khi đã được gia hạn thực hiện các nghĩa vụ trên nhưng vẫn không khắc phục được vi phạm; hoặc Cơ quan ký kết hợp đồng có hành vi cản trở việc thực hiện các nghĩa vụ hợp đồng của NĐT, DNDA dẫn đến kết quả NĐT, DNDA không hoàn thành được các nghĩa vụ hợp đồng.

b) NĐT, DNDA vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ theo hợp đồng khi: (i) Chậm tiến độ thực hiện dự án quá thời hạn cam kết mà không do lỗi của Cơ quan ký kết hợp đồng gây ảnh hưởng đến hiệu quả đầu tư của dự án; (ii) thi công, xây dựng công trình không đạt chất lượng...

121. Về mức chi phí xử lý trong trường hợp chấm dứt Hợp đồng BOT trước thời hạn khi một bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng được quy định tại Điều 103 Mẫu Hợp đồng BOT và Điều 82 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP. Tại Điều 103 Mẫu Hợp đồng BOT đưa ra các công thức xác định mức chi phí xử lý tương ứng các trường hợp chấm dứt hợp đồng trước thời hạn, tuy nhiên lại không đề cập đến công thức xác định mức chi phí xử lý trong trường hợp chấm dứt hợp đồng trước thời hạn do một bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng được quy định tại điểm d khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020, cũng không đưa ra nguyên tắc về việc các bên thỏa thuận, đàm phán xác định mức chi phí xử lý trong trường hợp chấm dứt hợp đồng trước thời hạn quy định tại điểm d khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020. (chỉ có quy định tại khoản 3 Điều 82 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP: "Thủ tục và kinh phí mua lại doanh nghiệp dự án PPP thực hiện theo quy định của pháp luật về quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp").

122. Tại khoản 3 Điều 81 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định các bên có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng dự án trước thời hạn khi một trong các bên trong hợp đồng vi phạm nghiêm trọng việc thực hiện các nghĩa vụ hợp đồng quy định tại điểm

d khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020. Nhưng pháp luật cũng không quy định cụ thể về phương thức xử lý hậu quả và cách thức xác định mức chi phí xử lý trong trường hợp chấm dứt hợp đồng trước thời hạn quy định tại Điều luật này. Trong khi trên thực tế, đây là vấn đề có thể làm phát sinh vướng mắc và là cản trở lớn nhất cho việc xử lý đơn phương chấm dứt hợp đồng PPP khi một bên có vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng.

Do vậy, trong Hợp đồng PPP, các bên cần bổ sung thỏa thuận cụ thể về phương thức xử lý hậu quả và cách thức xác định mức chi phí xử lý trong trường hợp chấm dứt hợp đồng trước thời hạn do một bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng.

123. Về chi phí xử lý khi chấm dứt hợp đồng trước thời hạn được quy định tại Điều 82 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP. Khoản 2 Điều 82 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định: Trường hợp dự án PPP phải chấm dứt hợp đồng trước thời hạn do cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm nghiêm trọng việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, việc chi trả bồi thường cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án thực hiện như sau: a) Hình thành dự án sử dụng vốn đầu tư công. Trình tự phê duyệt quyết định chủ trương đầu tư và quyết định đầu tư dự án thực hiện theo quy định của Luật Đầu tư công; b) Sử dụng dự phòng vốn đầu tư công; c) Nguồn vốn hợp pháp khác.

Khoản 4 Điều 82 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định: "*Sau khi các bên thỏa thuận, thống nhất điều kiện chấm dứt hợp đồng dự án trước thời hạn, cơ quan ký kết hợp đồng báo cáo cơ quan có thẩm quyền xem xét, quyết định các trường hợp phải chi trả chi phí xử lý khi chấm dứt hợp đồng trước thời hạn; cách thức, giá trị, nguồn vốn được sử dụng để chi trả cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án nếu thuộc trách nhiệm của phía Nhà nước*".

124. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, trong các trường hợp Nhà nước xem xét mua lại DNDA hoặc mua lại, tiếp quản lại dự án BOT thì vấn đề bố trí nguồn vốn để chi trả khoản chi phí mua lại, tiếp quản lại luôn là vấn đề khó khăn phức tạp. Bởi lẽ:

Thứ nhất, giá trị DNDA hoặc giá trị mua lại dự án BOT thường rất lớn, vượt quá khả năng bố trí của vốn đầu tư công và vốn dự phòng của vốn đầu tư công, trong khi việc tìm kiếm, bố trí bằng các nguồn vốn khác cũng không dễ dàng.

Thứ hai, thủ tục phê duyệt và thanh toán bằng nguồn vốn đầu tư công thường rất chặt chẽ, phức tạp và kéo dài, nhất là trong điều kiện nhà nước thắt chặt và kiểm soát nghiêm ngặt nguồn vốn đầu tư công như hiện nay. Việc kéo dài quá trình phê duyệt chi phí xử lý khi chấm dứt hợp đồng trước thời hạn kiến cho quá trình đàm phán, chấm dứt Hợp đồng BOT thường kéo dài, gây thiệt hại lớn cho NĐT, DNDA.

Do vậy, trong Hợp đồng BOT, các bên cần bổ sung quy định cụ thể về thời hạn Cơ quan ký kết hợp đồng phải thanh toán khoản chi phí xử lý khi chấm dứt hợp đồng trước thời hạn cho NĐT, DNDA.

125. Một vấn đề nữa là việc xác định giá trị mua lại DNDA hoặc mua lại dự án BOT thường nảy sinh mâu thuẫn, bất đồng giữa các bên. Trong khi NĐT muốn DNDA hoặc dự án BOT được mua lại với mức giá ngang bằng chi phí đầu tư xây dựng và các thiệt hại, chi phí phát sinh do vi phạm của Cơ quan ký kết hợp đồng, thì về phía Cơ quan ký kết hợp đồng chỉ muốn mua lại DNDA hoặc dự án BOT với mức giá bằng với chi phí đầu tư xây dựng công trình đã được quyết toán sau khi trừ đi khấu

hao đã phân bổ, không bao gồm các các thiệt hại, chi phí phát sinh của NĐT. Đây là vướng mắc lớn nhất trong quá trình đàm phán chấm dứt hợp đồng BOT trước thời hạn. Chẳng hạn, trường hợp dự án BOT Cai Lậy, các bên đã đàm phán trong khoảng 4 năm về việc chấm dứt hợp đồng BOT trước thời hạn nhưng không thành công do không đạt được sự thống nhất về mức chi phí nhà nước hoàn trả cho NĐT, DNDA cộng với khó khăn trong việc bố trí nguồn kinh phí từ phía CQCTQ. Kết quả là các bên phải chuyển sang phương án điều chỉnh hợp đồng BOT để NĐT, DNDA tiếp tục vận hành, khai thác dự án BOT Cai Lậy. Do vậy, trong Hợp đồng BOT, các bên cần quy định rõ công thức xác định mức giá nhà nước mua lại DNDA hoặc mua lại dự án BOT trong trường hợp chấm dứt hợp đồng BOT trước thời hạn mà không phải do lỗi của NĐT, DNDA theo nguyên tắc thị trường. Mức giá mua lại tối thiểu ngang bằng chi phí đầu tư xây dựng và các thiệt hại, chi phí phát sinh đối với NĐT, DNDA.

III. CÁC CHỈ DẪN, TIÊU CHÍ SOẠN THẢO MẪU HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP O&M.

126. Như đã đề cập tại Đoạn 06 của Báo Cáo, tại Chỉ thị số 30/CT-TTg ngày 23/11/2021, Thủ tướng Chính phủ giao các Bộ, cơ quan ngang bộ chủ trì hướng dẫn chi tiết các nội dung trong hoạt động đầu tư theo phương thức đối tác công - tư thuộc phạm vi quản lý của bộ, ngành mình và ban hành các Mẫu Hợp đồng BOT, BLT và O&M, hoàn thành trong Quý II năm 2022. Nhưng đến nay ngoài Mẫu Hợp đồng BOT đã được Bộ GTVT ban hành, đối với Mẫu Hợp đồng BLT và O&M vẫn chưa thống nhất được về cơ quan đầu mối soạn thảo và thời điểm ban hành.

127. Do đó, trong Phần này của Báo Cáo, trên cơ sở rà soát các quy định của pháp luật có liên quan, Mẫu Hợp đồng BOT năm 2022, dự thảo Mẫu Hợp đồng BLT, Hợp đồng O&M năm 2016 và thông lệ về các loại hợp đồng này, nhóm tác giả sẽ đưa ra những đề xuất, gợi ý với CQCTQ về các tiêu chí xây dựng Mẫu Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M.

1. Mẫu Hợp đồng BLT (Xây Dựng - Thuê Dịch Vụ - Chuyển Giao).

1.1. Khái niệm và các đặc trưng cơ bản của Hợp đồng BLT:

128. Theo quy định tại điểm b, khoản 2, Điều 45 Luật PPP 2020: "*Hợp đồng BLT là hợp đồng mà NĐT, DNDA được nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và cung cấp sản phẩm, dịch vụ công trên cơ sở vận hành, khai thác công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó trong thời hạn nhất định; Cơ quan ký kết hợp đồng thuê dịch vụ và thanh toán cho NĐT, DNDA; hết thời hạn, NĐT, DNDA chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho Nhà nước*".

129. Từ khái niệm trên đây có thể thấy, Hợp đồng BLT giống với phần lớn các loại hợp đồng dự án PPP khác (trừ Hợp đồng O&M) về quy trình thực hiện. Theo đó, một dự án PPP được triển khai theo phương thức Hợp đồng BLT sẽ bao gồm các công đoạn: NĐT, DNDA được nhà nước "nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng"; NĐT, DNDA được "vận hành, khai thác công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó trong thời hạn nhất định"; hết thời hạn, NĐT, DNDA phải "chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho Nhà nước". Do vậy, Hợp đồng BLT sẽ phải bao hàm đầy đủ các quy định về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của NĐT, DNDA và

CQCTQ trong từng công đoạn "xây dựng", "vận hành, khai thác" và "chuyển giao" dự án nói trên.

130. Tuy nhiên, điểm khác biệt giữa Hợp đồng BLT so với Hợp đồng BOT và O&M (cũng như các Hợp đồng BTO, BOO) là ở cơ chế bù đắp chi phí đầu tư xây dựng. Trong khi Hợp đồng BOT và O&M được bù đắp chi phí đầu tư bằng cơ chế thu phí trực tiếp từ người sử dụng sản phẩm, dịch vụ công (khoản 1 Điều 45 Luật PPP 2020), thì Hợp đồng BLT (cùng với Hợp đồng BTL) được bù đắp chi phí đầu tư thông qua cơ chế nhà nước ký hợp đồng thuê dịch vụ và thanh toán cho NĐT, DNDA trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp (khoản 2 Điều 45 Luật PPP 2020). Vốn nhà nước thanh toán cho NĐT, DNDA trong Hợp đồng BLT được bố trí từ nguồn vốn nhà nước trong dự án PPP và nguồn vốn hợp pháp khác theo quy định của pháp luật (Điều 71 Luật PPP 2020).

131. Một điểm đáng chú ý khác là các sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp trong Hợp đồng BLT thường là những sản phẩm, dịch vụ thiết yếu, nên việc đảm bảo tình trạng sẵn sàng cung cấp các sản phẩm, dịch vụ này của DNDA cũng như đảm bảo chất lượng sản phẩm, dịch vụ sẽ là những vấn đề được CQCTQ quan tâm hàng đầu. Đây là một tiêu chí cơ bản và quan trọng nhất để CQCTQ xem xét duy trì việc thuê dịch vụ và thanh toán cho NĐT, DNDA.

132. Cần lưu ý rằng phương thức Hợp đồng BLT không thực sự phổ biến trên thế giới. Phương thức này chỉ được áp dụng ở một số quốc gia như Hàn Quốc, Nhật Bản, Philippines, Anh… và thường được áp dụng cho các dự án vì mục tiêu xã hội, giáo dục, y tế, môi trường hoặc các dự án giao thông tại các khu vực miền núi, hẻo lánh mà các doanh nghiệp tư nhân ít quan tâm. Trong khi đó ở Việt Nam, phương thức này đang được kỳ vọng là kênh thu hút đầu tư tư nhân vào lĩnh vực xử lý nước thải, xử lý chất thải. Hiện nay có khá nhiều dự án về xử lý chất thải rắn sinh hoạt đang được các địa phương kêu gọi, thu hút đầu tư tư nhân theo hình thức hợp đồng BLT như: Dự án Nhà máy xử lý chất thải rắn sinh hoạt 1.000 tấn/ngày đêm tại Khu Liên hợp xử lý chất thải rắn thành phố Đà Nẵng theo hình thức hợp đồng BLT; Dự án xây dựng nhà máy xử lý nước thải lớn, công suất 650.000 m3/ngày cho khu vực phía tây thành phố Hồ Chí Minh do Liên doanh Lotte E&C – Huvis Water – Honor Shine Global (liên doanh Lotte E&C) đề xuất đầu tư theo hình thức Hợp đồng BLT .

133. Bên cạnh đó, thực tiễn thời gian qua có một số dự án về lĩnh vực xử lý chất thải rắn sinh hoạt, NĐT đã lựa chọn hình thức Hợp đồng dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt với các nội dung, điều kiện hợp đồng tương tự Hợp đồng BLT thay vì lựa chọn hình thức Hợp đồng BLT, như: Dự án Nhà máy điện rác Sóc Sơn thuộc Khu liên hợp xử lý chất thải Nam Sơn, Sóc Sơn, Hà Nội; Dự án Nhà máy điện rác Seraphin thuộc Khu xử lý chất thải rắn Xuân Sơn, Sơn Tây, Hà Nội; Dự án Nhà máy xử lý rác thải sinh hoạt, phát điện tại xã Trạm Thản, huyện Phù Ninh, tỉnh Phú Thọ… Điều này cho thấy hình thức Hợp đồng BLT chưa thực sự hấp dẫn các nhà đầu tư tư nhân tại Việt Nam. Trong đó, một trong những nguyên nhân quan trọng là việc còn thiếu các quy định hướng dẫn chi tiết về Hợp đồng BLT để tháo gỡ những vướng mắc mà NĐT, DNDA đang gặp phải, cũng như việc chậm ban hành Mẫu Hợp đồng BLT.

1.2. Luật điều chỉnh Hợp đồng BLT:

134. Do các yếu tố đặc trưng kể trên nên ngoài hệ thống pháp luật về PPP, Hợp đồng BLT còn chịu sự điều chỉnh của nhiều luật chuyên ngành khác có liên quan, như: Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Đấu thầu, Luật Giá (liên quan đến giá sản phẩm, dịch vụ công và thanh toán cho NĐT, DNDA); Luật Xây dựng, Luật Công nghệ (liên quan đến hoạt động xây dựng và đầu tư thiết bị công nghệ của dự án); Luật Điện lực (liên quan đến một số dự án xử lý chất thải rắn sinh hoạt có hoạt động sản xuất và bán điện), v.v… Không những thế, quá trình ký kết, thực hiện Hợp đồng BLT còn chịu sự quản lý của nhiều CQCTQ khác nhau, cũng như có sự tham gia hoặc ảnh hưởng/tác động tới nhiều chủ thể có liên quan khác. Chính bởi tính chất phức tạp này nên các CQCTQ hiện đang gặp nhiều khó khăn, vướng mắc trong việc đàm phán, ký kết Hợp đồng BLT với NĐT, DNDA do chưa có các văn bản hướng dẫn chi tiết.

1.3. Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo Mẫu Hợp đồng BLT:

135. Hợp đồng BLT là một trong những hình thức hợp đồng dự án PPP, do vậy, Mẫu Hợp đồng BLT trước hết phải tuân thủ các nguyên tắc pháp lý điều chỉnh hợp đồng dự án PPP như đã được đề cập tại Mục I của Báo Cáo này. Sau nữa, do các cấu phần về "xây dựng", "vận hành, khai thác" và "chuyển giao" công trình trong Hợp đồng BLT về cơ bản giống với Hợp đồng BOT, nên các nhóm điều khoản liên quan đến những cấu phần này tại Mẫu Hợp đồng BOT do Bộ GTVT ban hành cũng có thể áp dụng cho Mẫu Hợp đồng BLT. Ngoài ra, các nội dung của Dự thảo Mẫu Hợp đồng BLT năm 2016 của Bộ KHĐT tuy chưa được ban hành chính thức nhưng cũng có thể được tham khảo khi xây dựng Mẫu Hợp đồng BLT. Đối với các nội dung cụ thể của Mẫu Hợp đồng BLT, cơ quan soạn thảo cần lưu ý thêm những vấn đề dưới đây.

1.3.1. Về thời hạn dự án và thời hạn cung cấp sản phẩm, dịch vụ công của DNDA:

136. Từ kinh nghiệm thực tiễn, chúng tôi thấy rằng đang có một vướng mắc chung đối với các dự án xây dựng nhà máy xử lý chất thải rắn sinh hoạt hiện nay là sự chưa thống nhất giữa hệ thống quy định về lựa chọn nhà cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích với hệ thống pháp luật về đầu tư PPP. Cụ thể: Cung cấp sản phẩm, dịch vụ công thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Đấu thầu, Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Giá và các văn bản hướng dẫn thi hành. Trong đó, Nghị định số 32/2019/NĐ-CP[20] quy định về các phương thức lựa chọn đơn vị cung cấp sản phẩm dịch vụ công sử dụng vốn ngân sách nhà nước gồm các phương thức: giao nhiệm vụ; đặt hàng hoặc đấu thầu. Tùy vào loại sản phẩm, dịch vụ công mà Chính phủ sẽ quy định các phương thức lựa chọn cụ thể, ví dụ: dịch vụ xử lý chất thải thuộc danh mục dịch vụ sự nghiệp công thực hiện đấu thầu hoặc đặt hàng theo Biểu 02 Phụ lục I Nghị định số 32/2019/NĐ-CP.

137. Theo Nghị định số 32/2019/NĐ-CP thì nguồn kinh phí thực hiện cung ứng sản phẩm, dịch vụ công gồm nguồn kinh phí ngân sách nhà nước chi thường xuyên trong các lĩnh vực sự nghiệp và các hoạt động kinh tế theo quy định của Luật Ngân sách Nhà

[20] Nghị định 32/2019/NĐ-CP ngày 10/4/2019 của Chính phủ quy định về giao nhiệm vụ, đặt hàng hoặc đấu thầu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công sử dụng ngân sách nhà nước từ nguồn kinh phí chi thường xuyên.

nước. Tuy nhiên, theo Luật Ngân sách Nhà nước, thì nguồn chi cho sản phẩm, dịch vụ công phải phù hợp với kế hoạch tài chính 05 năm và hàng năm của địa phương và kế hoạch tài chính phải do hội đồng nhân dân địa phương phê duyệt theo kỳ 05 năm và hàng năm. Ngoài ra, việc phê duyệt và điều chỉnh giá dịch vụ công cũng phải tuân thủ quy định về Luật Giá và các văn bản hướng dẫn thi hành. Trong đó hiện tại chưa có quy định hướng dẫn chi tiết về việc phê duyệt giá dịch vụ công cho suốt thời hạn của Hợp đồng BLT (thường dài hơn thời gian phê duyệt và điều chỉnh giá dịch vụ công và phê duyệt kế hoạch thu/chi ngân sách theo kỳ 05 năm và hàng năm của địa phương).

138. Vì vậy, khi đàm phán về thời hạn cung cấp sản phẩm, dịch vụ của dự án thường xẩy ra tình trạng sau: Một mặt, NĐT muốn nhận được cam kết chắc chắn của Cơ quan ký kết hợp đồng về việc thuê dịch vụ do DNDA cung cấp với mức giá thuê ổn định trong suốt thời hạn của dự án hoặc thời hạn của Hợp đồng BLT để đảm bảo sự ổn định và hiệu quả của phương án tài chính cho dự án cũng như đảm bảo quyền lợi của NĐT. Nhưng mặt khác, Cơ quan ký kết hợp đồng lại bị vướng các quy định về điều kiện, thời hạn lựa chọn đơn vị cung cấp sản phẩm, dịch vụ công và xác định, điều chỉnh giá dịch vụ công theo quy định của Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Giá và các quy định có liên quan khác. Trong thực tế, để tháo gỡ vướng mắc này thì Cơ quan ký kết hợp đồng thường phải thực hiện thêm bước quy trình là báo cáo CQCTQ thông qua chủ trương chấp thuận đặt hàng dịch vụ công của DNDA trước khi ký kết Hợp đồng với NĐT.

139. Về vấn đề này, Luật PPP 2020 đã có một số quy định xác lập nguyên tắc điều chỉnh các thỏa thuận về giá cả và thời hạn cung cấp dịch vụ công trong các hợp đồng dự án PPP nói chung, trong đó có Hợp đồng BLT.

Điều 65 Luật PPP 2020 quy định: "*1. Giá, phí sản phẩm, dịch vụ công và điều kiện, thủ tục, điều chỉnh được quy định tại hợp đồng dự án PPP theo nguyên tắc bảo đảm lợi ích của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP, người sử dụng và Nhà nước, tạo điều kiện để nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP thu hồi vốn và có lợi nhuận. Phương án giá, khung giá sản phẩm, dịch vụ công theo thời hạn hợp đồng dự án PPP phải xác định cụ thể mức giá khởi điểm và mức giá cho từng thời kỳ bảo đảm tính đúng, tính đủ và công khai, minh bạch các yếu tố hình thành giá; ...";*

Điều 80 Luật PPP về bảo đảm đầu tư quy định: *"... 3. Bảo đảm cung cấp dịch vụ công được quy định như sau:a) Doanh nghiệp dự án PPP được sử dụng công trình công cộng và công trình phụ trợ khác để thực hiện dự án theo quy định của pháp luật; b) Trường hợp có sự khan hiếm về dịch vụ công hoặc có sự hạn chế về đối tượng được sử dụng công trình công cộng, doanh nghiệp dự án PPP được ưu tiên cung cấp dịch vụ công hoặc được ưu tiên cấp quyền sử dụng công trình công cộng để thực hiện dự án; c) Cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm hỗ trợ doanh nghiệp dự án PPP thực hiện thủ tục cần thiết để được ưu tiên sử dụng dịch vụ công và công trình công cộng."*

140. Từ các quy định trên đây của Luật PPP 2020 có thể đưa đến các gợi ý, chỉ dẫn cho việc xây dựng các văn bản hướng dẫn chi tiết về Hợp đồng BLT và Mẫu Hợp đồng BLT như sau:

Một là, về điều kiện ký kết Hợp đồng BLT: Khi NĐT đã được lựa chọn đầu tư dự án theo hình thức Hợp đồng BLT thì có thể được hiểu là CQCTQ đã đặt hàng cung cấp sản phẩm, dịch vụ công cho cả thời gian thực hiện Hợp đồng BLT. Theo đó, trong quá trình đàm phán ký kết Hợp đồng BLT, Cơ quan ký kết hợp đồng không cần xin chấp thuận chủ trương về việc đặt hàng đối với dịch vụ do DNDA cung cấp như thực tiễn hiện nay. Cách tiếp cận này phù hợp với nguyên tắc về bảo đảm đầu tư quy định tại Điều 80 Luật PPP 2020, đồng thời cũng đảm bảo phù hợp với nguyên tắc Cơ quan ký kết hợp đồng thuê dịch vụ và thanh toán cho NĐT, DNDA quy định tại điểm b khoản 2 Điều 45 Luật PPP 2020.

Hai là, về thời hạn cung cấp sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT: cần có quy định cho phép NĐT, DNDA và CQCTQ được chủ động đàm phán về thời hạn của Hợp đồng BLT đảm bảo nguyên tắc: Thời hạn tối thiểu cung ứng sản phẩm, dịch vụ của DNDA bằng với thời hạn Hợp đồng hoặc bằng thời hạn do NĐT đề xuất tại phương án tài chính của dự án được CQCTQ phê duyệt. Tuy nhiên khi kết thúc thời hạn trên mà NĐT chưa thu hồi được vốn đầu tư hoặc việc để DNDA tiếp tục quản lý, vận hành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng của dự án vẫn mang lại hiệu quả, thì DNDA được ưu tiên gia hạn Hợp đồng thay vì phải bàn giao lại công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho nhà nước, hoặc nhà nước phải tổ chức đấu thầu, đặt hàng lại.

1.3.2. Về giá, phí sản phẩm, dịch vụ công và thanh toán:

a. Về xác định giá, phí sản phẩm, dịch vụ công:

141. Như đã đề cập ở trên, việc xác định, phê duyệt giá, phí sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp phải đảm bảo phù hợp với quy định của Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Giá và các văn bản hướng dẫn thi hành. Nhưng mặt khác, việc quy định giá, phí sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp trong Hợp đồng BLT cũng phải tuân thủ các nguyên tắc được quy định tại Điều 65 và Điều 80 Luật PPP 2020.

142. Theo quy định tại khoản 1 Điều 65 Luật PPP 2020: Phương án giá, khung giá sản phẩm, dịch vụ công theo thời hạn hợp đồng dự án PPP phải xác định cụ thể mức giá khởi điểm và mức giá cho từng thời kỳ bảo đảm tính đúng, tính đủ và công khai, minh bạch các yếu tố hình thành giá. Tuy nhiên, kinh nghiệm thực tiễn cho thấy việc xác định cụ thể mức giá khởi điểm và mức giá cho từng thời kỳ bảo đảm tính đúng, tính đủ và công khai, minh bạch các yếu tố hình thành giá cũng đang gặp phải rất nhiều khó khăn vướng mắc, bởi:

Thứ nhất, phương án tài chính mà NĐT lập tại thời điểm ký kết Hợp đồng dự án PPP là phương án tài chính dự kiến được lập dựa trên tính toán của NĐT về chi phí đầu tư, chi phí công nghệ và doanh thu từ cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích. Nhưng chi phí đầu tư thì thường xuyên biến động theo diễn biến giá cả thị trường và tiêu chuẩn công nghệ áp dụng cho từng dự án PPP thì lại rất khác nhau. Tại Việt Nam hiện chưa có cơ quan chuyên trách có thể thẩm định và đánh giá chính xác về tiêu chuẩn, chất lượng công nghệ, chi phí về công nghệ, làm cơ sở để thẩm định và đánh giá sự phù hợp với giá sản phẩm, dịch vụ công ích và phương án tài chính của dự án do NĐT lập.

Thứ hai, vì dự án chưa đi vào giai đoạn xây dựng tại thời điểm ký kết Hợp đồng PPP nên khi dự án chưa hoàn thành quyết toán giai đoạn xây dựng, thì các CQCTQ quản

lý về xây dựng và thẩm định giá dịch vụ không có cơ sở để xây dựng, thẩm định và phê duyệt giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung ứng theo nguyên tắc đảm bảo nguyên tắc tính đúng, tính đủ các yếu tố hình thành giá.

Ví dụ: Theo thông tư số 07/2017/TT-BXD ngày 15/05/2017 của Bộ Xây dựng hướng dẫn phương pháp định giá dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt thì một yếu tố chính xác định giá dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt là chi phí hợp lý, hợp lệ thực hiện dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt (C_T) và chi phí này bao gồm: Chi phí vật tư trực tiếp (C_{vt}), Chi phí nhân công trực tiếp (C_{NC}), Chi phí máy, thiết bị trực tiếp (C_M), Chi phí sản xuất chung (C_{SXC}), Chi phí quản lý doanh nghiệp (C_q). Việc xác định được các chi phí trên đảm bảo nguyên tắc tính đúng, tính đủ theo Điều 65 Luật PPP 2020 là rất khó khăn đối với Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT, DNDA trong quá trình đàm phán, ký kết và thực hiện Hợp đồng BLT.

143. Để khắc phục các vướng mắc về xác định giá, phí sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung ứng, nhóm tác giả xin đưa ra gợi ý cho việc soạn thảo, ban hành văn bản hướng dẫn Hợp đồng BLT và mẫu Hợp đồng BLT như sau:

Thứ nhất, cho phép Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT, DNDA đàm phán về giá cung ứng sản phẩm, dịch vụ công tạm tính tại thời điểm ký Hợp đồng BLT. Giá tạm tính được xác định trên cơ sở thẩm định sự phù hợp về giá đề xuất trong hồ sơ đề xuất, phương án tài chính đề xuất của NĐT.

Thứ hai, cho phép Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT, DNDA đàm phán về các nguyên tắc xác định giá cung ứng sản phẩm, dịch vụ công tại thời điểm dự án đủ điều kiện đưa vào kinh doanh, vận hành. Trong đó, tùy theo mức giá cung ứng sản phẩm, dịch vụ công được duyệt mà Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT, DNDA được điều chỉnh thời hạn của Hợp đồng BLT để đảm bảo phương án tài chính của dự án và khả năng thu hồi vốn của NĐT;

Thứ ba, cho phép Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT, DNDA đàm phán về các trường hợp điều chỉnh giá và nguyên tắc điều chỉnh giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung ứng. Theo đó, NĐT, DNDA có thể chủ động đề xuất điều chỉnh giá khi xuất hiện các yếu tố tác động, ảnh hưởng đến phương án tài chính của dự án mà không bắt buộc phải đợi đến kỳ điều chỉnh giá dịch vụ công theo quy định của Luật Giá, Luật Ngân sách Nhà nước. Nguyên tắc này phù hợp với khoản 3 Điều 99 Luật PPP 2020 sửa đổi đổi, bổ sung khoản 2 Điều 20 của Luật Giá số 11/2012/QH13 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Luật số 61/2014/QH13 như sau: *"2. Kịp thời điều chỉnh giá khi các yếu tố hình thành giá thay đổi, riêng giá sản phẩm, dịch vụ công trong dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư được điều chỉnh theo từng thời kỳ quy định tại hợp đồng dự án;"* và là cơ sở quan trọng để áp dụng các quy định về cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu được quy định tại Điều 82 Luật PPP 2020.

b. Về nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công:

144. Việc nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp làm cơ sở để CQCTQ thanh toán cho NĐT, DNDA theo Hợp đồng BLT là vấn đề được cả NĐT, DNDA và CQCTQ quan tâm trong quá trình đàm phán, ký kết, thực hiện Hợp đồng BLT. Một mặt, NĐT, DNDA mong muốn quy định về điều kiện, thủ tục nghiệm thu sản phẩm,

dịch vụ công đơn giản, thuận tiện để việc thanh toán được thực hiện nhanh chóng, đảm bảo phương án tài chính của dự án và quyền lợi của NĐT. Nhưng mặt khác, quá trình nghiệm thu và thanh toán sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung ứng hiện nay có sự tham gia của nhiều CQCTQ, gồm: Cơ quan quản lý, giám sát Hợp đồng là người xác nhận, nghiệm thu về khối lượng thực hiện của DNDA; Cơ quan quản lý chuyên ngành là người kiểm định, giám sát, nghiệm thu chất lượng của sản phẩm, dịch vụ công ích. Trong hồ sơ nghiệm thu phải có ý kiến xác nhận của các CQCTQ nêu trên thì Cơ quan tài chính mới có cơ sở để thanh toán cho NĐT, DNDA.

145. Bên cạnh đó, các tiêu chí nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp cũng rất chặt chẽ và phức tạp. Trong đó, tiêu chí về "chất lượng sản phẩm, dịch vụ công" của doanh nghiệp cung ứng là một tiêu chí mang tính định tính hơn là định lượng (nhất là trong điều kiện hệ thống tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật công nghệ, tiêu chuẩn môi trường ở Việt Nam còn chưa đầy đủ và đồng bộ), do vậy có thể gây ra những tranh cãi giữa các bên trong quá trình thực hiện. Ngoài ra, sự chậm trễ trong việc vận hành cơ chế hành chính trong nghiệm thu và thành toán sản phẩm, dịch vụ công cũng là một nguyên nhân gây ra những bức xúc cho NĐT, DNDA, thậm chí dẫn đến tranh chấp giữa DNDA và CQCTQ.

146. Do đó, để tránh các vướng mắc, xung đột tiềm tàng trong quy trình nghiệm thu , thanh toán sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp thì Mẫu Hợp đồng BLT ngoài quy định các nguyên tắc chung cần phải đưa ra các quy định hoặc chỉ dẫn chi tiết về những nội dung sau:

- Các điều kiện, tiêu chí nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT;

  Ví dụ: Căn cứ nghiệm thu đảm bảo tuân thủ theo quy định của pháp luật hiện hành và thỏa thuận của các bên trong hợp đồng; DNDA đáp ứng đầy đủ các quy chuẩn kỹ thuật về môi trường và/hoặc các quy chuẩn, tiêu chuẩn kỹ thuật khác với từng dự án nói riêng; DNDA không vi phạm bất kỳ nghĩa vụ nào tính tới thời điểm nghiệm thu khối lượng dịch vụ hoàn thành; ...

- Thành phần và quy cách của hồ sơ nghiệm thu;

  Ví dụ: Hồ sơ nghiệm thu đảm bảo tuân thủ quy định pháp luật theo từng dự án cụ thể. Một số thành phần hồ sơ mà các bên lưu ý cần có như Biên bản xác nhận khối lượng dịch vụ thực tế mà DNDA đã thực hiện theo yêu cầu của CQCTQ và có chữ ký của đại diện có thẩm quyền của hai bên; Báo cáo bảo trì, bảo dưỡng các trang thiết bị; Báo cáo thể hiện DNDA đã đáp ứng các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật, ví dụ như Báo cáo số liệu về các tiêu chí phát thải môi trường, Biên bản kiểm tra định kỳ hoặc đột xuất tình hình hoạt động của các trang thiết bị bảo vệ môi trường của nhà máy (áp dụng đối với dự án nhà máy xử lý chất thải, nước thải),...

- Các chủ thể tham gia nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT;

  Ví dụ: Thành phần bắt buộc của NĐT, DNDA; Các CQCTQ có trách nhiệm tham gia nghiệm thu, các đơn vị tư vấn quản lý/tư vấn giám sát, các đơn vị kiểm định chất lượng sản phẩm, dịch vụ (nếu có),...

- Trình tự, thủ tục nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT;

  Ví dụ: Để đảm bảo sự công bằng, rõ ràng trong quá trình nghiệm thu và cũng để phù

hợp với thông lệ về nghiệm thu nói chung, cần quy định rõ về (i) số lần nghiệm thu và thời gian nghiệm thu; (ii) thời gian hai bên cùng đối chiếu, sửa đổi, bổ sung và chốt số liệu chính thức; (ii) xử lý trong trường hợp quá thời hạn mà hai bên không hoàn thành việc nghiệm thu.

c. Về thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công:

147. Điều 71 Luật PPP 2020 quy định: Vốn nhà nước thanh toán cho doanh nghiệp dự án PPP được sử dụng trong Hợp đồng BLT, Hợp đồng BLT trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công được bố trí từ nguồn vốn nhà nước trong dự án PPP và nguồn vốn hợp pháp khác theo quy định của pháp luật.

148. Về phương thức thanh toán, theo kinh nghiệm quốc tế thì ở các nước hiện nay đang áp dụng hai mô hình khác nhau trong việc thanh toán sản phẩm, dịch vụ công trong các dự án BLT:

Mô hình thứ nhất là Nhà nước thanh toán tiền thuê dịch vụ công thành một khoản riêng để bù đắp chi phí xây dựng cho NĐT, DNDA (i) và Nhà nước tiếp tục thanh toán cho DNDA trên cơ sở khối lượng, chất lượng dịch vụ để bù đắp chi phí vận hành, bảo trì (ii). Mô hình này được áp dụng tại một số quốc gia như Hàn Quốc, Nhật Bản[21] hay Thổ Nhĩ Kỳ[22].

Mô hình thanh toán trên đây được đánh giá là dễ thực hiện với Nhà nước do chi phí xây dựng được xác định căn cứ hồ sơ quyết toán công trình, nhưng Nhà nước có thể gặp phải rủi ro khi không kiểm soát hết được mức độ trung thực của hồ sơ quyết toán và giá trị quyết toán đầu tư xây dựng công trình. Mô hình này cũng có lợi hơn cho NĐT vì họ có thể sớm thu hồi được khoản kinh phí đầu tư xây dựng, qua đó giảm thiểu nguy cơ rủi ro về tài chính cho dự án. Tuy nhiên, việc lựa chọn mô hình thanh toán này còn phụ thuộc vào sự xem xét, đánh giá về nhu cầu cấp bách của sản phẩm, dịch vụ công và khả năng đảm bảo chi trả của ngân sách nhà nước trong từng thời kỳ.

Mô hình thứ hai là Nhà nước thanh toán giá, phí sản phẩm, dịch vụ công trên cơ sở khối lượng, chất lượng dịch vụ thực tế mà DNDA cung cấp mà không phân chia thành hai khoản thanh toán riêng biệt như ở mô thứ nhất. Mô hình thanh toán này – còn gọi là mô hình đơn nhất được áp dụng đầu tiên tại Anh theo chương trình Sáng kiến Tài chính tư nhân (Private Finance Initiative – PFI)[23]. Theo mô hình này, Nhà nước đẩy rui ro và gánh nặng tài chính sang phía NĐT, DNDA, đồng thời nhà nước hạn chế được những bất lợi do mức độ thiếu trung thực trong hoạt động xây dựng, quyết toán công trình của NĐT. Đổi lại, việc không được thanh toán trước khoản chi phí đầu tư sẽ khiến cho chi phí tài chính của dự án bị đội lên và được phân bổ trong giá thành sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp. Điều này khiến giá sản phẩm, dịch vụ công tăng cao và thời hạn dự án phải kéo dài hơn để đảm bảo tính khả thi của phương án tài chính và lợi nhuận hợp lý cho NĐT, DNDA.

---

21 Liên danh tư vấn Công ty TNHH Ernst & Young Solution LLP và Công ty cổ phần Tư vấn quốc tế Giao thông vận tải cùng tư vấn phụ Công ty cổ phần Công nghệ thông tin địa lý eK, "Hướng dẫn Hợp đồng – Chương 4", tr. 6-7.

22 https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33724/9781464815850.pdf, tr. 22

23 Tlđd số 19, tr. 7.

149. Tại Việt Nam, theo quy định tại điểm b, khoản 2, Điều 45 Luật PPP 2020 thì việc thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công trong Hợp đồng BLT được áp dụng theo mô hình thứ hai. Chúng tôi cho rằng việc Luật PPP lựa chọn áp dụng mô hình thanh toán này trong Hợp đồng BLT là phù hợp trong điều kiện ngân sách còn nhiều khó khăn hiện nay, đồng thời phù hợp với các quy định có liên quan về thanh toán giá, phí sản phẩm dịch vụ công ích được quy định tại Luật Ngân sách Nhà nước. Do vậy, phương thức thanh toán này cần được tiếp tục thể hiện trong Dự thảo Mẫu hợp đồng BLT sẽ được soạn thảo và ban hành trong tương lai.

150. Về thời điểm thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp, theo thông lệ thì thời điểm thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công sẽ phụ thuộc vào phương thức thanh toán được áp dụng. Chẳng hạn, theo mô hình thứ nhất thì việc thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công của dự án BLT phát sinh tại thời điểm dự án hoàn thành cấu phần xây dựng và kiểm toán công trình theo quy định, còn chi phí vận hành, bảo trì công trình sẽ được thanh toán định kỳ trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ do DNDA cung cấp. Còn theo mô hình thứ hai, cũng là mô hình được áp dụng tại Việt Nam theo Luật PPP 2020, thì việc thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công phát sinh từ thời điểm dự án hoàn thành xây dựng, được nghiệm thu và đưa vào vận hành thương mại, và được Nhà nước thanh toán định kỳ cho NĐT, DNDA theo thỏa thuận trong Hợp đồng BLT, phù hợp với quy định về quản lý, sử dụng ngân sách nhà nước. Tiến độ thanh toán sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp theo nguyên tắc trên đây phải được quy định rõ trong Mẫu Hợp đồng BLT.

151. Tuy nhiên, đối với dự án BLT là cơ sở xử lý chất thải rắn sinh hoạt thì theo quy định phải trải qua giai đoạn vận hành thử nghiệm để kiểm tra mức độ đảm bảo các tiêu chuẩn về môi trường trước khi được nghiệm thu và đi vào vận hành thương mại chính thức. Thời gian vận hành thử nghiệm thường kéo dài từ 6 đến 9 tháng tùy theo từng dự án. Vấn đề đặt ra là Nhà nước có thanh toán phí dịch vụ xử lý chất thải cho NĐT, DNDA trong giai đoạn vận hành thử nghiệm hay không? Nếu Nhà nước không thanh toán khoản phí này thì NĐT, DNDA sẽ gặp khó khăn và thiệt hại rất lớn. Còn nếu Nhà nước thanh toán thì căn cứ để nghiệm thu, thanh toán và mức phí thanh toán được xác định như thế nào? Thông lệ cho thấy trong các hợp đồng dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt ký giữa CQCTQ và NĐT, DNDA thì vẫn quy định CQCTQ nghiệm thu và thanh toán phí dịch vụ đối với phần khối lượng chất thải rắn sinh hoạt được xử lý trong thời gian vận hành thử nghiệm của cơ sở xử lý chất thải rắn sinh hoạt. Do vậy, Mẫu Hợp đồng BLT cũng cần quy định rõ nguyên tắc và các điều kiện để CQCTQ nghiệm thu, thanh toán cho NĐT, DNDA phí dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt trong thời gian vận hành thử nghiệm cơ sở xử lý chất thải rắn sinh hoạt, phù hợp với quy định của Luật Giá, Luật Ngân sách Nhà nước và các văn bản pháp luật quy định về kiểm định, nghiệm thu và thanh toán sản phẩm, dịch vụ công ích có liên quan.

d. Về đồng tiền trong thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công:

152. Về đồng tiền dùng để tính toán đơn giá và thanh toán sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp, theo kinh nghiệm thực tiễn cho thấy, phần lớn các NĐT ký hợp đồng dự án PPP (kể cả trường hợp là nhà đầu tư trong nước) đều luôn mong muốn sử dụng đồng ngoại tệ mạnh (thường là đồng USD) làm đồng tiền tính toán đơn giá và

thanh toán giá, phí sản phẩm dịch vụ công. Điều này xuất phát từ một số lý do sau:

Thứ nhất, hầu hết các dự án PPP có cấu phần xây dựng đều có sự tham gia tài trợ vốn của các ngân hàng, định chế tài chính lớn của quốc tế. Các khoản tài trợ vốn nước ngoài thường được sử dụng bằng đồng USD hoặc một số ngoại tệ mạnh khác. Hồ sơ xin tài trợ vốn và phương án tài chính cũng sử dụng tiền tệ là ngoại tệ để tính toán doanh thu, chi phí, lợi nhuận của dự án. Do vậy, nếu lấy đồng ngoại tệ làm đồng tiền tính toán và thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp thì sẽ đảm bảo sự tương thích về đơn vị tiền tệ giữa hồ sơ dự án và hồ sơ xin tài trợ vốn, tạo điều kiện thuận lợi trong quá trình các ngân hàng, định chế tài chính xem xét, thẩm định hồ sơ, phương án tài chính của dự án và phê duyệt khoản tài trợ vốn.

Thứ hai, đối với dự án có dây chuyền thiết bị, công nghệ chính phải nhập khẩu và thanh toán bằng ngoại tệ và/hoặc có các hợp đồng đầu vào như hợp đồng thầu thi công xây lắp, hợp đồng chuyển giao công nghệ, hợp đồng hỗ trợ kỹ thuật, hợp đồng thuê chuyên gia quản lý vận hành dự án có yếu tố nước ngoài thông thường cũng sử dụng ngoại tệ để tính đơn giá và thanh toán. Trong trường hợp này, nếu lấy đồng nội tệ để tính đơn giá và thanh toán sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp sẽ tạo ra sự "khập khiễng", không tương thích giữa các hợp đồng đầu vào và hợp đồng đầu ra của dự án.

Thứ ba, việc CQCTQ sử dụng đồng ngoại tệ để thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp còn đảm bảo sự thuận tiện cho NĐT, DNDA trong việc trả nợ, thanh toán các chi phí với nhà thầu nước ngoài, đồng thời giảm thiểu rủi ro về tỷ giá trong trường hợp phải chuyển đổi từ đồng nội tệ sang ngoại tệ.

Thứ tư, so với các tiền tệ khác thì tiền Đồng Việt Nam (VND) hiện tại vẫn là một đồng tiền tương đối yếu và thường có xu hướng mất giá so với các ngoại tệ mạnh khác. Do đó, việc sử dụng các ngoại tệ mạnh như đồng USD để tính toán đơn giá sản phẩm, dịch vụ công sẽ đảm bảo sự ổn định của phương án tài chính của dự án, đồng thời đảm bảo lợi ích cho NĐT, DNDA trong trường hợp có sự biến động mạnh về tỷ giá giữa đồng nội tệ và các đồng ngoại tệ mạnh.

153. Trong khi đó, pháp luật hiện hành về quản lý ngoại hối quy định chỉ cho phép sử dụng ngoại tệ làm đơn vị tiền tệ tính toán và thanh toán trong các hợp đồng, giao dịch trên lãnh thổ Việt Nam trong một số trường hợp nhất định[24]. Trong các ngoại lệ đó không có Hợp đồng BLT khi các bên ký kết đều là thể nhân, pháp nhân Việt Nam. Chính quy định này đã đem đến những khó khăn, vướng mắc lớn trong việc ký kết, thực hiện hợp đồng dự án PPP. Trên thực tế, nó trở thành vấn đề khó khăn, phức tạp nhất khiến cho quá trình đàm phán các hợp đồng dự án PPP thường kéo dài. Kết quả của quá trình đàm phán này thương đưa lại những cách thức xử lý khác nhau trong từng hợp đồng dự án PPP cụ thể. Trong một số trường hợp, CQCTQ và NĐT đạt được thỏa thuận về việc sử dụng đồng ngoại tệ (USD) làm đồng tiền để tính giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp, nhưng việc thanh toán sẽ phải sử dụng đồng nội tệ (VND) trên cơ sở quy đổi theo tỷ giá tương ứng tại thời điểm thanh toán. Tất

[24] Đó là các trường hợp được quy định tại Điều 4 Thông tư 32/2013/TT-NHNN của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước hướng dẫn thực hiện quy định hạn chế sử dụng ngoại hối trên lãnh thổ Việt Nam.

nhiên điều này cần phải được phê duyệt chính thức của CQCTQ trong quyết định chủ trương đầu tư dự án PPP và/hoặc trong phương án tài chính của dự án. Nhưng trong nhiều trường hợp khác, CQCTQ chỉ chấp nhận sử dụng VND là đồng tiền duy nhất để tính đơn giá và thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công. Tuy nhiên, các bên có tham chiếu đến đơn giá quy đổi từ VND sang đồng ngoại tệ như một đảm bảo ngầm về đơn giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp để NĐT không bị thiệt hại. Đồng thời các bên thỏa thuận khi tỷ giá giữa VND và USD có biến động mạnh thì đó sẽ là căn cứ để NĐT, DNDA đề xuất Cơ quan ký kết hợp đồng xem xét, điều chỉnh đơn giá sản phẩm, dịch vụ công.

154. Từ thực tiễn nêu trên, nhóm tác giả khuyến nghị trong Dự thảo Mẫu Hợp đồng BLT cần quy định rõ về nguyên tắc lựa chọn đồng tiền được sử dụng để tính đơn giá và thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ trong Hợp đồng BLT, theo hướng cho phép NĐT và CQCTQ có thể thỏa thuận sử dụng đồng ngoại tệ (USD) làm đồng tiền để tính đơn giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp. Còn việc thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công cho NĐT, DNDA sẽ được áp dụng thống nhất bằng VND. Điều này vừa đảm bảo sự phù hợp với các quy định hiện hành về quản lý ngoại hối, đồng thời phù hợp với tính chất đặc thù của các dự án BLT nhằm đảm bảo nhu cầu, lợi ích chính đáng của NĐT, DNDA. Bên cạnh đó, việc quy định đơn giá sản phẩm, dịch vụ công bằng đồng ngoại tệ không phải là chưa có tiền lệ ở tại Việt Nam. Chẳng hạn, tại Quyết định số 31/2014/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về cơ chế hỗ trợ phát triển dự án phát điện sử dụng chất thải rắn tại Việt Nam có quy định giá bán điện của các nhà máy điện rác cho Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN) là 10.05 cent/kWh.

1.3.3. Về tiêu chuẩn kỹ thuật, công nghệ áp dụng cho dự án:

155. Theo thông lệ, Hợp đồng BLT chủ yếu được áp dụng cho các dự án PPP trong lĩnh vực môi trường, giáo dục, y tế… Còn tại Việt Nam, hình thức Hợp đồng BLT đang được Chính phủ và các địa phương sử dụng để kêu gọi nguồn vốn tư nhân tham gia vào các dự án thuộc lĩnh vực xử lý chất thải rắn sinh hoạt. Xử lý chất thải rắn sinh hoạt đang là một vấn đề môi trường nhức nhối hiện nay. Tình trạng chôn lấp chất thải, rác thải tự phát, thủ công vẫn còn xảy ra phổ biến trên cả nước, thậm chí ngay cả ở các thành phố lớn và các trung tâm kinh tế lớn, gây ô nhiễm về không khí, nguồn nước ngầm trong khu vực. Nguyên nhân cơ bản là do năng lực xử lý chất thải rắn sinh hoạt trên cả nước nhìn chung còn hạn chế, chưa có nhiều cơ sở xử lý chất thải quy mô lớn, áp dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật, công nghệ hiện đại để góp phần thay đổi hiện trạng. Mô hình Hợp đồng BLT được kỳ vọng tạo ra cơ hội để tiếp cận không chỉ nguồn vốn mà còn với cả kỹ thuật, công nghệ hiện đại và phương thức quản lý tiên tiến, góp phần xử lý triệt để các vướng mắc hiện nay.

156. Một trong những vấn đề cần quan tâm trong việc thẩm định dự án và đàm phán ký kết Hợp đồng BLT là thẩm định, đánh giá sự phù hợp, tính khả thi của các tiêu chuẩn kỹ thuật, dây chuyền công nghệ mà NĐT đề xuất sử dụng trong dự án BLT liên quan đến môi trường. Hiện tại các CQCTQ chưa ban hành đầy đủ bộ tiêu chí đánh giá công nghệ môi trường làm cơ sở để xem xét, lựa chọn công nghệ phù hợp và tốt nhất. Chẳng hạn, liên quan đến xử lý chất thải rắn sinh hoạt hiện nay đang có rất nhiều công nghệ xử lý khác nhau đang lưu hành (như: đốt phát điện, khí hóa phát điện, lên men tạo khí biogas phát điện, chế biến phân vi sinh, thiêu đốt, tái chế, chế tạo thành

nhiên liệu đốt…[25]), nhưng do chưa có bộ tiêu chí đánh giá công nghệ môi trường hoàn thiện nên trong thực tế các CQCTQ thường lúng túng trong việc xác định công nghệ do NĐT đề xuất trong các dự án PPP có thực sự phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh thực tế của Việt Nam nói chung, cũng như của từng địa phương nói riêng hay không. Về quy trình, thủ tục thẩm định, đánh giá công nghệ môi trường cũng còn nhiều bất cập, chưa đảm bảo sự chặt chẽ, chính xác trong quá trình thẩm định, đánh giá và lựa chọn công nghệ cho các dự án về xử lý môi trường. Do vậy, nhiều dự án về xử lý môi trường được đầu tư mới nhưng chưa thực sự phát huy được công năng, hiệu quả trên thực tế do công nghệ chưa phù hợp.

157. Từ thực tế nêu trên, nhóm tác giả khuyến nghị cơ quan soạn thảo Mẫu Hợp đồng BLT cần lưu ý các vấn đề sau:

(i) Tham khảo Điều 16 và ĐKCT 16.3 của Mẫu Hợp đồng BOT quy định yêu cầu về kỹ thuật, quy chuẩn, tiêu chuẩn kỹ thuật, công nghệ áp dụng cho dự án, trong đó có các nội dung như: Nguyên tắc áp dụng quy chuẩn, tiêu chuẩn (i); điều kiện áp dụng tiêu chuẩn (ii) và các quy định về điều chỉnh, bổ sung tiêu chuẩn áp dụng cho dự án (iii)…

(ii) Đưa điều kiện áp dụng các tiêu chuẩn phải đảm bảo theo tiêu chí đã được Hội đồng thẩm định các cấp có liên quan đến dự án BLT lập và trình lên cấp có thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư dự án[26] vào Dự thảo Hợp đồng mẫu BLT;

(iii) Bổ sung nội dung Hội đồng thẩm định công nghệ và quy chế hoạt động của Hội đồng. Nội dung này phù hợp với các quy định của Luật PPP 2020, cụ thể: Luật PPP đã có các quy định về Hội đồng thẩm định dự án PPP (Điều 6), quy trình thực hiện dự án PPP (Điều 11), trình tự quyết định chủ trương đầu tư dự án PPP (Điều 13), Lựa chọn dự án và lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi dự án PPP (Điều 14) và thẩm định báo cáo nghiên cứu tiền khả thi dự án PPP (Điều 15), trong đó đã quy định chi tiết về chức năng của Hội đồng thẩm định, nội dung của báo cáo nghiên cứu tiền khả thi và nội dung thẩm định báo cáo nghiên cứu tiền khả thi mà một trong những nội dung chủ yếu của báo cáo nghiên cứu tiền khả thi là "thuyết minh sơ bộ về phương án kỹ thuật, công nghệ".

158. Bên cạnh đó, do sự phát triển nhanh chóng của công nghệ trên thế giới hiện nay, nên để đảm bảo cơ chế linh hoạt và hiệu quả trong việc cập nhật và áp dụng các công nghệ tiên tiến, hiện đại trong các dự án về xử lý môi trường, chúng tôi khuyến nghị CQCTQ xem xét đưa vào các văn bản hướng dẫn về Hợp đồng BLT và Mẫu hợp đồng BLT các quy định sau:

(i) Quy định cho phép một trong các bên hoặc cả hai bên được thỏa thuận để điều chỉnh hoặc chấm dứt Hợp đồng BLT trước hạn nếu công nghệ áp dụng cho dự án không còn phù hợp, không đảm bảo an toàn về môi trường, xã hội;

(ii) Quy định cho phép NĐT, DNDA được đề xuất điều chỉnh, cải tiến công nghệ của dự

---

25 Tạp chí Khoa học và Công nghệ Việt Nam ngày 30/3/2022, "Công nghệ xử lý chất thải rắn sinh hoạt: Những vấn đề cần quan tâm", http://vjst.vn/vn/tin-tuc/5975/cong-nghe-xu-ly-chat-thai-ran-sinh-hoat--nhung-van-de-can-quan-tam.aspx

26 Điều 13 Luật PPP 2020.

án về xử lý môi trường; và trong trường hợp này, NĐT, DNDA được đề xuất điều chỉnh các nội dung của Hợp đồng BLT đảm bảo phù hợp với các nội dung điều chỉnh dự án được CQCTQ phê duyệt.

159. Ngoài ra, phù hợp với các quy định về thực hiện chức năng giám sát, thanh tra, kiểm tra của nhà nước đối với hoạt động của dự án và chất lượng sản phẩm, dịch vụ công, cũng như chất lượng công nghệ của dự án BLT, chúng tôi kiến nghị cần phải đưa các quy định về trách nhiệm tuân thủ cam kết về tiêu chuẩn công nghệ và trách nhiệm giám sát của CQCTQ đối với việc áp dụng, điều chỉnh công nghệ của NĐT, DNDA trong suốt quá trình thực hiện Hợp đồng BLT.

1.3.4. Về quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên trong đầu tư, xây dựng và quản lý vận hành dự án:

160. Do quy trình triển khai thực hiện dự án BLT về cơ bản tương tự như dự án BOT, nên cơ quan soạn thảo Mẫu Hợp đồng BLT có thể tham khảo các nhóm điều khoản liên quan tại Mẫu Hợp đồng BOT do Bộ GTVT ban hành và các ý kiến kiến nghị, đề xuất của Nhóm tác giả tại Mục II Phần B Báo Cáo này trong quá trình xây dựng các quy định mẫu về quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên trong đầu tư, xây dựng và quản lý vận hành dự án BLT.

1.3.5. Về điều chỉnh, tạm dừng, chấm dứt Hợp đồng:

161. Do tính chất tương đồng giữa Hợp đồng BLT và Hợp đồng BOT nên CQCTQ có thể tham khảo nhóm quy định về điều chỉnh, tạm dừng và chấm dứt hợp đồng tại Mẫu Hợp đồng BOT năm 2022 do Bộ GTVT ban hành để áp dụng cho Mẫu Hợp đồng BLT. Ngoài ra, xuất phát từ đặc trưng của Hợp đồng BLT nên cơ quan soạn thảo Mẫu Hợp đồng BLT cần xem xét, bổ sung các quy định về điều chỉnh, tạm dừng và chấm dứt Hợp đồng BLT về những vấn đề sau:

162. *Một là*, do đặc thù về công nghệ và sự thay đổi thường xuyên về công nghệ của dự án BLT, cần có cơ chế và quy định cho phép một trong hai bên được thỏa thuận điều chỉnh, chấm dứt Hợp đồng trong trường hợp: (i) Công nghệ không còn phù hợp, không đảm bảo an toàn về môi trường, hiệu quả tài chính và tác động tới xã hội, kinh tế; hoặc (ii) phải điều chỉnh, cải tiến công nghệ để đảm bảo hiệu quả khai thác của dự án; hoặc (iii) phải đánh giá lại hoặc/và thay thế toàn bộ công nghệ để đảm bảo an toàn môi trường, năng lượng, xã hội, an ninh, quốc phòng …

163. *Hai là,* xuất phát từ đặc thù của cơ chế thanh toán trong Hợp đồng BLT là Nhà nước thanh toán cho NĐT, DNDA trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung cấp, do vậy, Mẫu Hợp đồng BLT cần quy định rõ và cho phép các bên được thỏa thuận về các nguyên tắc bình ổn giá, điều chỉnh giá sản phẩm, dịch vụ công như sau:

(i) Điều chỉnh giá trong mọi trường hợp phải bảo đảm lợi ích của NĐT, DNDA, phù hợp với các nguyên tắc về bảo đảm đầu tư theo Luật PPP 2020 và Luật Đầu tư 2020;

(ii) Điều chỉnh giá trong trường hợp có thay đổi chính sách, pháp luật tác động đến phương án tài chính và phương pháp xác định giá, các yếu tố cấu thành giá. Trong đó việc đề xuất điều chỉnh giá trong Hợp đồng BLT là quyền của cả CQCTQ lẫn NĐT, DNDA;

(iii) Điều chỉnh giá theo kỳ phù hợp với Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Giá và các văn bản pháp luật điều chỉnh lĩnh vực cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích.

164. *Ba là,* quy định cụ thể các trường hợp, điều kiện và trình tự, thủ tục, thẩm quyền quyết định hỗ trợ giá và cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu theo Điều 82 Luật PPP 2020 trong trường hợp đã áp dụng điều chỉnh giá dịch vụ công theo Điều 50, 51 và 65 Luật PPP 2020.

2. Mẫu Hợp đồng O&M (Kinh doanh - Quản lý).

2.1. Khái niệm và các đặc trưng cơ bản của Hợp đồng O&M:

165. Theo kinh nghiệm của các nước, một dự án PPP thông thường sẽ bao gồm các hợp đồng hoặc các hợp đồng thầu phụ riêng biệt cho giai đoạn xây dựng và sau đó là giai đoạn kinh doanh. Giai đoạn kinh doanh là khi các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sau khi được xây dựng (có thể thông qua các phương thức như Hợp đồng BOT, Hợp đồng BTL…) sẽ được tiếp nhận và quản lý bởi các NĐT, DNDA có kinh nghiệm và kỹ năng chuyên môn trong lĩnh vực liên quan đến dịch vụ được cung cấp (thông qua phương thức Hợp đồng O&M). NĐT, DNDA ký Hợp đồng O&M với CQCTQ sẽ chịu trách nhiệm thực hành, kiểm soát và giám sát việc sử dụng và bảo trì các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng bởi cộng đồng sử dụng dịch vụ, bao gồm cả việc thu giá, phí, lệ phí của người dùng (nếu có). Nói cách khác, theo thông lệ trên thế giới thì Hợp đồng O&M không phải là một phương thức độc lập mà thường nằm trong tổ hợp các hợp đồng PPP liên quan đến một dự án PPP.

166. Tuy nhiên, theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 45 Luật PPP 2020 thì: "*Hợp đồng O&M là hợp đồng mà NĐT, DNDA được nhượng quyền để kinh doanh, quản lý một phần hoặc toàn bộ công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có trong thời hạn nhất định; hết thời hạn, NĐT, DNDA chấm dứt hợp đồng*". Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam thì Hợp đồng O&M không gắn với các Hợp đồng BOT hay BLT mà NĐT đã ký với CQCTQ, thay vào đó NĐT, DNDA chịu trách nhiệm về kinh doanh và quản lý theo Hợp đồng O&M riêng biệt với CQCTQ. Điều này cũng có nghĩa rằng nếu CQCTQ đã ký Hợp đồng BOT, Hợp đồng BLT với NĐT, DNDA mà trong đó đã bao gồm quy định về việc kinh doanh công trình dự án và phạm vi dịch vụ đã được mô tả trong Hợp đồng BOT, BLT thì sẽ không áp dụng Hợp đồng O&M trong cùng một dự án đó.

167. Đặc trưng cơ bản đầu tiên để phân biệt giữa Hợp đồng O&M với Hợp đồng BOT, BLT (và các loại Hợp đồng dự án PPP khác) là trong Hợp đồng O&M, quyền sở hữu các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và tài sản thuộc dự án O&M không được chuyển giao cho NĐT, DNDA mà thuộc về nhà nước trong suốt thời hạn hợp đồng. Các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và tài sản thuộc dự án BLT thường không được hình thành từ hoạt động đầu tư xây dựng của NĐT, DNDA mà là các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và tài sản có sẵn, do nhà nước đầu tư hoặc sở hữu. Do đó, Hợp đồng O&M thường không có các điều khoản về chuyển giao công trình dự án giữa CQCQT và NĐT, DNDA.

168. Đặc trưng tiếp theo là Hợp đồng O&M thường không liên quan đến các hoạt động xây dựng đáng kể như trong trường hợp một dự án xây dựng mới hoàn toàn hoặc dự án xây dựng nâng cấp cải tạo lớn về công trình hạ tầng. Khác với hình thức Hợp

đồng BOT trong đó yếu tố chính bao gồm việc NĐT, DNDA được Nhà nước nhượng quyền xây dựng các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng, Hợp đồng O&M tập trung vào tính hiệu quả mà NĐT, DNDA có thể mang lại trong việc vận hành các công trình có sẵn của Nhà nước. Do vậy, pháp luật không quy định về quy mô tổng mức đầu tư tối thiểu đối với dự án triển khai theo hình thức Hợp đồng O&M (điểm c khoản 2 Điều 4 Luật PPP 2020[27]). Tuy nhiên, điều này không loại trừ trong Hợp đồng O&M có thể bao gồm một số hoạt động xây dựng liên quan đến việc NĐT, DNDA nâng cấp, cải tạo hoặc tân trang các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có của nhà nước để tăng cường khả năng cung cấp sản phẩm, dịch vụ công của DNDA.

169. Như vậy, trọng tâm của Hợp đồng O&M là nằm ở giai đoạn kinh doanh dự án khi các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng do Nhà nước đầu tư xây dựng được tiếp nhận, quản lý vận hành bởi NĐT, DNDA trên cơ sở nhượng quyền. Điều này đòi hỏi NĐT, DNDA được lựa chọn phải có năng lực, kinh nghiệm vận hành, kinh doanh công trình dự án để thực hiện phạm vi dịch vụ đã thỏa thuận trong Hợp đồng O&M (đối với các loại hợp đồng khác, NĐT, DNDA có thể thỏa thuận hợp tác với đối tác có kinh nghiệm vận hành, kinh doanh; không nhất thiết bản thân phải có kinh nghiệm). Xuất phát từ đặc trưng này nên nội dung chủ yếu của Hợp đồng O&M là tập trung vào việc phân định rõ vai trò của CQCTQ đối với quyền sở hữu được duy trì và việc cung cấp các sản phẩm, dịch vụ công bởi DNDA cũng như ràng buộc trách nhiệm, nghĩa vụ của các bên trong quá trình NĐT, DNDA tiến hành kinh doanh, quản lý dự án.

2.2. Pháp luật điều chỉnh Hợp đồng O&M:

170. Với các đặc trưng nêu trên nên thì Hợp đồng O&M trước hết và chủ yếu được điều chỉnh bởi Luật PPP 2020 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Ngoài ra, trong quá trình quản lý, sử dụng, cải tạo, sửa chữa, vận hành và khai thác công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng thuộc dự án, NĐT, DNDA vẫn phải tuân thủ các quy định của pháp luật có liên quan (Luật Quản lý, sử dụng tài sản công; Luật Đầu tư, Luật Xây dựng, Luật Giao thông đường bộ…) cũng như chịu sự giám sát, quản lý của các CQCTQ. Đáng lưu ý là do Hợp đồng O&M có nhiều điểm tương đồng nên dễ bị xem là một loại hợp đồng liên kết, hợp tác khai thác tài sản công theo quy định của Luật Quản lý, sử dụng tài sản công. Do vậy hiện nay đang có nhiều quan điểm khác nhau liên quan đến trình tự, thủ tục lựa chọn NĐT thực hiện dự án và luật điều chỉnh hợp đồng giữa CQCTQ và NĐT.

2.3. Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo Mẫu Hợp đồng O&M:

171. Tương tự như Mẫu Hợp đồng BLT, Mẫu Hợp đồng O&M cũng phải tuân thủ các nguyên tắc pháp lý điều chỉnh hợp đồng dự án PPP như đã được đề cập tại Mục I

---

[27] **Điểm c khoản 2 Điều 4 Luật PPP:** 2. Quy mô tổng mức đầu tư tối thiểu của dự án PPP được quy định như sau: a) Không thấp hơn 200 tỷ đồng đối với dự án thuộc lĩnh vực quy định tại các điểm a, b, c và đ khoản 1 Điều này; trường hợp thuộc địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn theo quy định của pháp luật về đầu tư thì không thấp hơn 100 tỷ đồng; b) Không thấp hơn 100 tỷ đồng đối với dự án thuộc lĩnh vực quy định tại điểm d khoản 1 Điều này; *c) Quy định về quy mô tổng mức đầu tư tối thiểu tại điểm a và điểm b khoản này không áp dụng đối với dự án theo loại hợp đồng O&M.*

của Báo Cáo. Bên cạnh đó, ở một mức độ nào đó, các quy định liên quan đến cấu phần kinh doanh (operation) trong Hợp đồng O&M cũng có những điểm cơ bản giống với Hợp đồng BOT, nên các nhóm điều khoản liên quan đến những cấu phần này tại Mẫu Hợp đồng BOT do Bộ GTVT ban hành cũng có thể áp dụng cho Mẫu Hợp đồng O&M. Ngoài ra, các nội dung của dự thảo Mẫu Hợp đồng O&M năm 2016 của Bộ KHĐT tuy chưa được ban hành chính thức nhưng cũng có thể xem là nguồn tham khảo hữu ích khi xây dựng Mẫu Hợp đồng O&M.

Đối với các nội dung cụ thể của Mẫu Hợp đồng O&M, cơ quan soạn thảo cần lưu ý thêm những vấn đề dưới đây.

2.3.1. Về thời hạn Hợp đồng O&M:

172. Do đặc thù của dự án O&M là thường không liên quan đến hoạt động đầu tư xây dựng ban đầu (NĐT, DNDA kinh doanh và quản lý trên cơ sở các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có do Nhà nước đầu tư), nên so với các loại hợp đồng dự án PPP khác thì Hợp đồng O&M thường có thời hạn khá ngắn (theo thông lệ của các nước là từ 2-5 năm[28]). Trường hợp NĐT, DNDA có sự đầu tư ở một mức độ đáng kể vào việc xây dựng, nâng cấp, cải tạo hoặc tân trang các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có của Nhà nước để tăng cường khả năng cung cấp sản phẩm, dịch vụ công của DNDA thì thời hạn của Hợp đồng O&M có thể kéo dài hơn để đảm bảo khả năng hoàn vốn của NĐT, DNDA. Nếu việc đầu tư có sử dụng vốn huy động và được phê duyệt trong phương án tài chính, thì thời hạn của Hợp đồng O&M cần tính đến cả thời hạn hoàn vốn vay của NĐT, DNDA.

173. Vấn đề thời hạn của Hợp đồng O&M cũng có một ý nghĩa thực tiễn rất lớn. Nếu xác lập một thời hạn lâu dài cho Hợp đồng O&M thì sẽ không phù hợp khi so sánh với các hợp đồng dự án PPP có cấu phần xây dựng. Ngược lại, nếu xác lập thời hạn hợp đồng quá ngắn thì sẽ không mang lại hiệu quả khai thác dự án và vì vậy không hấp dẫn đối với NĐT. Chưa kể việc chậm trễ ngoài sự kiểm soát của việc đáp ứng các điều kiện và thủ tục trong quá trình tiến nhận, vận hành có thể khiến cho thời gian vận hành, khai thác thực tế của dự án càng bị rút ngắn hơn. Điều này khiến cho các phương án tài chính ban đầu không còn khả thi, và NĐT sẽ tìm cách chấm dứt hợp đồng trước hạn.

174. Theo nghiên cứu của nhóm tác giả về kinh nghiệm các nước thì vấn đề thời hạn Hợp đồng O&M được xử lý khá linh hoạt theo nguyên tắc: thời hạn hợp đồng được xác lập cho từng dự án bao gồm cả bất kỳ lựa chọn gia hạn nào theo sự suy xét của CQCTQ hoặc theo đề xuất của NĐT, DNDA. Chẳng hạn, khi CQCTQ tin tưởng rằng sẽ có sự sụt giảm giá dịch vụ O&M trong tương lai hoặc khi có một nguồn cung cấp hàng hóa, dịch vụ công thay thế tốt hơn trong tương lai, thì các bên có thể ấn định một thời hạn ngắn cho Hợp đồng O&M kèm theo các lựa chọn gia hạn sau đó. Ngược lại, một thời hạn dài hơn cho Hợp đồng O&M có thể được xem xét đến nếu tính ổn định của việc kinh doanh, quản lý dự án là ưu tiên lớn hơn và trên thực tế chỉ có ít NĐT, DNDA có năng lực và kinh nghiệm chuyên môn phù hợp để quản

[28] Guideline on Management/Operation and Maintenance Contracts (Hướng dẫn Hợp đồng Quản Lý/Vận Hành và Bảo Trì, nguồn: http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/management-and-operating-contracts.

lý và kinh doanh dự án đó. Ngoài ra, đối với các dự án O&M liên quan đến các công trình hạ tầng quan trọng cần đến hoạt động bảo trì, duy tu bảo dưỡng định kỳ (ví dụ: các tuyến đường cao tốc), thì Hợp đồng O&M nên có một thời hạn trùng với chu kỳ bảo dưỡng, bảo trì của công trình đó. Thường thì thời hạn Hợp đồng O&M sẽ tính từ thời điểm bắt đầu một chu kỳ bảo trì, bảo dưỡng của công trình và kết thúc tại thời điểm mà vòng đời của công tác bảo trì trước đó đã hết hạn. Trong trường hợp này, nếu thời hạn hợp đồng kết thúc tại thời điểm mà vòng đời của công tác bảo trì trước đó đã hết hạn, thì những khoản đầu tư mới sẽ thuộc trách nhiệm của NĐT, DNDA tiếp theo. Nhờ đó mà NĐT, DNDA tiếp theo sẽ có động lực hơn trong việc đảm bảo chất lượng và tuổi thọ của công tác bảo trì do mình thực hiện.

175. Chúng tôi cho rằng những kinh nghiệm trên đây có thể là những gợi ý hữu ích đối với CQCTQ khi soạn thảo văn bản hướng dẫn thi hành và Mẫu hợp đồng O&M. Lưu ý thêm rằng cách tiếp cận mở và linh hoạt về thời hạn hợp đồng cũng đã được đề cập trong dự thảo Mẫu Hợp đồng O&M năm 2016 của Bộ KHĐT và cơ quan soạn thảo Mẫu Hợp đồng O&M có thể tham khảo.

2.3.2. Về tiếp nhận dự án O&M để kinh doanh, quản lý:

176. Như đã đề cập ở trên, trong phương thức Hợp đồng O&M thì NĐT, DNDA không thực hiện đầu tư mới mà tiếp nhận công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có của Nhà nước để kinh doanh và quản lý trên cơ sở nhượng quyền (đây là đặc điểm khác biệt giữa O&M và các hợp đồng dự án PPP còn lại). Thông thường Hợp đồng O&M sẽ có hiệu lực từ thời điểm các điều kiện cần thiết đã sẵn sàng để NĐT, DNDA thực hiện hoạt động O&M dự án sau khi tiếp nhận từ CQCTQ.

177. Hiện nay mặc dù chưa có nhiều dự án O&M được thực hiện ở Việt Nam, nhưng qua thực tế bàn giao và tiếp nhận các công trình, dự án sử dụng vốn đầu tư công cho các CQCTQ, đơn vị sự nghiệp công lập quản lý, vận hành khai thác trong thời gian qua cho thấy có khá nhiều vướng mắc, bất cập.

Thứ nhất, phần lớn các công trình do Nhà nước đầu tư đều bị vướng mắc trong khâu quyết toán, kiểm toán theo quy định, nên nhiều công trình thậm chí không có đủ hồ sơ pháp lý để bàn giao cho CQCTQ, đơn vị sự nghiệp công lập quản lý theo đúng quy định của Luật Xây dựng, Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Quản lý tài sản công. Tình trạng này cũng có thể gặp phải tại các dự án O&M, khiến cho việc tiếp nhận dự án kéo dài trong khi thời hạn Hợp đồng O&M thường khá ngắn. Mặt khác, giá trị quyết toán, kiểm toán nhà nước đối với dự án là căn cứ để xác định giá khởi điểm để đấu giá (đấu thầu) lựa chọn nhà đầu tư nhận chuyển nhượng quyền khai thác và bảo trì, đồng thời là căn cứ để xây dựng, thẩm định và phê duyệt phương án tài chính của dự án O&M.

Thứ hai, do công trình đã được Nhà nước đầu tư, NĐT, DNDA không tham gia từ giai đoạn thiết kế, thi công xây dựng nên khi NĐT, DNDA vào nghiên cứu, lập phương án kinh doanh thường không "mặn mà" với thiết kế và chất lượng của công trình có sẵn mà sẽ đề xuất cải tạo, thay đổi hoặc nâng cấp công trình. Điều này dẫn đến việc có xuất hiện hoạt động cải tạo, xây dựng của NĐT, DNDA vào công trình của Nhà nước. Từ đó lại nảy sinh những vướng mắc do sự chồng chéo giữa hệ thống pháp luật về PPP và pháp luật liên quan đến đầu tư, quản lý, sử dụng tài sản công

khiến cho NĐT nản lòng.

178. Từ các vướng mắc trên, nhóm tác giả cho rằng trong văn bản hướng dẫn thi hành và Mẫu Hợp đồng O&M cần quy định rõ trách nhiệm của các CQCTQ trong việc hoàn tất các thủ tục về quyết toán, kiểm toán hoạt động thi công xây dựng công trình, hệ thống hạ tầng trước khi bàn giao cho NĐT, DNDA để thực hiện kinh doanh và quản lý. Ngoài ra, cần thiết lập một trình tự, thủ tục bàn giao và tiếp nhận dự án O&M đầy đủ và rõ ràng để NĐT, DNDA có thể tiếp nhận và đưa vào kinh doanh, quản lý dự án một cách nhanh chóng, thuận tiện trong phạm vi thời hạn Hợp đồng O&M đã ký với CQCTQ.

2.3.3. Về vận hành, kinh doanh dự án O&M:

179. Đặc thù của Hợp đồng O&M đòi hỏi NĐT, DNDA được lựa chọn phải có năng lực, kinh nghiệm vận hành, kinh doanh công trình dự án, trong đó nhân sự thực hiện cũng cần có các tiêu chuẩn nhất định để có thể vận hành, quản lý dự án. Do vậy, Mẫu Hợp đồng O&M cần quy định cụ thể các tiêu chí liên quan đến kinh nghiệm của nhân sự trực tiếp tham gia vận hành, khai thác dự án. Tuy nhiên, việc quản lý nhân sự của DNDA thì không nhất thiết phải có sự can thiệp quá sâu bởi Cơ quan ký kết hợp đồng, ví dụ như việc sa thải nhân sự của DNDA (như quy định tài Điều 18.1.3 Mẫu Hợp đồng O&M năm 2016).

180. Căn cứ khoản 4 Điều 48 Luật PPP 2020 thì NĐT, DNDA tại Hợp đồng O&M phải nộp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong quá trình vận hành, khai thác và việc này cần được quy định rõ trong Hợp đồng O&M. Đây là điều khác biệt với các hợp đồng dự án PPP khác vốn chỉ yêu cầu NĐT, DNDA nộp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong giai đoạn xây dựng. Điều này càng phản ánh rõ nét đặc trưng của Hợp đồng O&M là coi trọng năng lực và tính cam kết ổn định của NĐT, DNDA trong quá trình vận hành, khai thác công trình dự án. Tuy nhiên, thực tế hiện nay phần lớn các ngân hàng thương mại đều mới cung cấp cấp bảo đảm thực hiện trong giai đoạn xây dựng mà chưa cung cấp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong giai đoạn kinh doanh khai thác, do tính chất rủi ro và bấp bênh của đối tượng được bảo đảm. Do đó, để quy định về bảo đảm thực hiện hợp đồng trong quá trình vận hành, khai thác mang tính khả thi thì trong Hợp đồng O&M cần có quy định về việc CQCTQ có thể cung cấp các văn bản cam kết, xác nhận cần thiết làm căn cứ để ngân hàng có thể cấp các khoản bảo đảm thực hiện hợp đồng cho NĐT, DNDA.

181. Như được đề cập tại Đoạn 168 của Báo Cáo, trong Hợp đồng O&M không có cấu phần xây dựng, NĐT hay DNDA sẽ được nhượng quyền kinh doanh, quản lý công trình, cơ sở hạ tầng sẵn có. Trong trường hợp NĐT, DNDA có nhu cầu thay đổi thiết kế của công trình, cơ sở hạ tầng có sẵn để tăng hiệu quả khai thác, tối ưu lợi nhuận thì đây là nhu cầu chính đáng và có lợi cho cả NĐT, DNDA lẫn CQCTQ. Tuy nhiên, Mẫu Hợp đồng O&M năm 2016 của Bộ KHĐT chưa có những điều khoản quy định về việc này. Mặt khác, việc thay đổi thiết kế, sửa chữa công trình hiện có thuộc về trách nhiệm của các nhà thầu ban đầu hay CQCTQ có thể trao cho NĐT, DNDA được quyền thay đổi thiết kế và tổ chức thi công, cải tạo công trình sẵn có? Vấn đề này cũng cần được quy định rõ trong các văn bản hướng dẫn chi tiết về Hợp đồng O&M và trong Mẫu Hợp đồng O&M được ban hành.

2.3.4. Về thanh toán giá, phí dịch vụ trong Hợp đồng O&M:

a) Về phương thức thanh toán:

182. Theo kinh nghiệm của các nước thì cơ chế và phương thức thanh toán cho NĐT, DNDA trong Hợp đồng O&M khá đa dạng và linh hoạt. Tùy thuộc vào đặc điểm của từng dự án, NĐT, DNDA có thể nhận được các khoản phí dịch vụ do Nhà nước thanh toán hoặc có thể được thu phí dịch vụ từ hoạt động của dự án để bù đắp chi phí và hoàn lại một phần doanh thu này cho Nhà nước, hoặc kết hợp cả hai phương thức trên. Chẳng hạn, trong các dự án cơ sở hạ tầng xã hội mà đối tượng sử dụng được miễn hoặc chỉ phải trả một khoản phí rất nhỏ, nhà nước sẽ chi trả phí dịch vụ cho NĐT, DNDA. Một ví dụ điển hình là các dự án O&M cảng hàng không, nếu DNDA chỉ thực hiện bảo trì các thiết bị và hạ tầng của cảng hàng không mà không có cơ hội để khai thác những nguồn thu thương mại khác thì Nhà nước sẽ thanh toán phí dịch vụ cho NĐT, DNDA. Ngược lại, nếu DNDA có khả năng khai thác các hoạt động bán lẻ và cho thuê mặt bằng trong khu vực cảng hàng không, thì DNDA có thể không thu phí, và thậm chí có thể chia sẻ doanh thu từ những hoạt động này với Nhà nước.

183. Dự thảo mẫu Hợp đồng O&M năm 2016 của Bộ KHĐT tiếp cận lựa chọn phương thức thanh toán cho các dự án O&M dựa trên sự sẵn sàng của dịch vụ (availability payment). Cụ thể, NĐT, DNDA chịu trách nhiệm vận hành và bảo trì các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng của dự án, đảm bảo tình trạng sẵn sàng của chúng trong việc cung ứng dịch vụ đáp ứng các tiêu chí được quy định tại Hợp đồng O&M, còn phía CQCTQ sẽ trả phí dịch vụ cho NĐT, DNDA theo định kỳ. Theo đó, Dự thảo Mẫu Hợp đồng O&M năm 2016 quy định các mô hình thanh toán cho NĐT, DNDA như sau (Điều 20):

Mô hình khoản ngân sách được nhất trí với tổng số tiền trọn gói, theo đó, CQCTQ bố trí sẵn một khoản ngân sách hàng năm để thanh toán cho NĐT, DNDA. Điều này đảm bảo khả năng chi trả của Nhà nước cho NĐT, DNDA một cách nhanh chóng. Tuy nhiên, khoản tiền dự toán này có thể cao hoặc thấp hơn mức thu phí thực tế và do đó, CQCTQ có thể phải thanh toán nhiều hơn hoặc ít hơn cho NĐT, DNDA, từ đó có thể làm giảm hiệu quả kinh doanh, vận hành của dự án.

Mô hình có thể hoàn trả, theo đó, CQCTQ chỉ thanh toán cho chi phí thực tế của các dịch vụ do DNDA thực hiện. Tuy nhiên, mô hình này không có tính chắc chắn về mặt dự phòng chi phí và có thể làm chậm tiến độ thanh toán của CQCTQ cho NĐT, DNDA.

Mô hình kết hợp, theo đó, khoản ngân sách được thống nhất sẽ được cộng thêm các khoản khuyến khích, cộng thêm các yếu tố hoàn trả, quy định cụ thể các tỷ lệ chi phí áp dụng cho lao động, vật liệu và các khoản khuyến khích khác cho hiệu suất thực hiện.

Như vậy, phương thức thanh toán theo Dự thảo Mẫu Hợp đồng O&M năm 2016 là khá linh hoạt, cởi mở và tạo cơ hội để CQCTQ và NĐT, DNDA có thể lựa chọn được một phương thức thanh toán phù hợp đối với dự án.

184. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 1 Điều 45 Luật PPP 2020 thì Hợp đồng O&M thuộc nhóm hợp đồng dự án PPP áp dụng cơ chế thu phí trực tiếp từ người sử dụng

hoặc tổ chức bao tiêu sản phẩm, dịch vụ công. Có nghĩa thay vì được nhà nước thanh toán chi phí thì NĐT, DNDA chịu trách nhiệm kinh doanh, quản lý và thu phí trực tiếp từ người sử dụng, đồng thời NĐT, DNDA sẽ không phải trả phí nhượng quyền cho nhà nước. Sự khác biệt lớn nhất của việc thay đổi phương thức toán này là sự dịch chuyển rủi ro trong quá trình vận hành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng dự án O&M từ nhà nước sang NĐT, DNDA. Do vậy, trong Hợp đồng mẫu O&M phải thiết kế được cơ chế pháp lý để nhận diện đầy đủ các rủi ro trong quá trình vận hành dự án O&M và cơ chế để hạn chế, chia sẻ rủi ro giữa NĐT, DNDA và CQCTQ (Xem thêm tại Mục 2.3.5 dưới đây).

b) *Về xác định giá, phí dịch vụ:*

185. Khó khăn lớn nhất trong việc thu giá, phí dịch vụ trong các dự án O&M (cũng như các dự án PPP khác) hiện nay là việc xác định mức giá, phí dịch vụ do các quy định của pháp luật chưa rõ ràng, cụ thể. Một ví dụ điển hình là việc xác định giá dịch vụ sử dụng đường cao tốc. Hiện tại, trong Luật Giá chưa có giá dịch vụ sử dụng đường cao tốc do Nhà nước đầu tư trong danh mục hàng hóa, dịch vụ do nhà nước định giá. Do vậy, muốn thu phí trên các tuyến đường do nhà nước đầu tư thì Quốc hội phải thông qua Luật Giá (sửa đổi), trong đó bổ sung giá dịch vụ sử dụng đường cao tốc do nhà nước đầu tư vào danh mục hàng hóa, dịch vụ do nhà nước định giá dịch vụ và giao cho Chính phủ quyết định hình thức thu và mức thu phí cụ thể.

186. Một vấn đề phức tạp khác là hiện nay chưa có quy định cụ thể hướng dẫn thủ tục chuyển nhượng quyền khai thác có thời hạn các tuyến đường cao tốc do Nhà nước đầu tư cho các NĐT tư nhân, đặc biệt là các công trình hạ tầng đang và sẽ được đầu tư xây dựng mới (như các tuyến đường cao tốc Bắc – Nam, Giai đoạn 2). Đồng thời chưa có hướng dẫn về xác định giá khởi điểm để đấu giá (đấu thầu) lựa chọn NĐT nhận chuyển nhượng quyền khai thác và bảo trì[29] nhất là trong bối cảnh các công trình giao thông được đầu tư xây dựng ở nhiều thời điểm khác nhau, có tuyến đường thì đầu tư xây dựng mới, có tuyến đường thì đầu tư cải tạo, nâng cấp nên các tiêu chí xác định mức giá khởi điểm cũng khác nhau.

187. Do đó, trong dự thảo văn bản hướng dẫn Hợp đồng O&M và Mẫu Hợp đồng O&M bên cạnh việc xây dựng tiêu chí lựa chọn các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng áp dụng phương thức chuyển nhượng quyền khai thác có thời hạn cho NĐT tư nhân thì cần xây dựng tiêu chí cụ thể về xác định giá khởi điểm của dịch vụ cũng như tiêu chí xác định, điều chỉnh giá dịch vụ trong suốt thời hạn triển khai thực hiện Hợp đồng O&M.

2.3.5. Về phân chia rủi ro trong Hợp đồng O&M:

188. Đối với các dự án đầu tư nói chung thì giai đoạn xây dựng để hình thành dự án được xem là có mức độ rủi ro cao nhất. Với việc không có cấu phần xây dựng hoặc có rất ít hoạt động xây dựng liên quan trong Hợp đồng O&M thì NĐT, DNDA gần như không phải gánh chịu rủi ro từ các hoạt động xây dựng của dự án. Trái lại, rủi ro trong Hợp đồng O&M tập trung chủ yếu ở giai đoạn kinh doanh, quản lý dự án. Có

[29] https://thesaigontimes.vn/ap-luc-tim-phuong-an-thu-hoi-von-dau-tu-8-du-an-cao-toc-bac-nam-phia-dong/

thể kể đến một số rủi ro điển hình có thể xuất hiện trong giai đoạn này như: Công trình không được vận hành hay bảo trì để đạt được công suất, đầu ra hay hiệu năng kỳ vọng; các chi phí hoạt động vượt quá các ước tính ban đầu; các giả định tài chính của dự án không còn hợp lý, bao gồm các dự báo nhu cầu, các chi phí tài chính phát sinh cao hơn dự kiến, các khoản phí và doanh thu từ các hoạt động kinh doanh khác không được như dự kiến; khi các CQCTQ vi phạm các thỏa thuận, cam kết trong hợp đồng hoặc không thể tiếp tục thực hiện chúng, rủi ro do gặp phải sự kiện bất khả kháng, v.v…

189. Các rủi ro trong giai đoạn vận hành, quản lý dự án trên đây phải được nhận diện đầy đủ và liệt kê đến trong Mẫu Hợp đồng O&M. Bên cạnh đó, như đã đề cập ở trên, trong Hợp đồng O&M cần có quy định rõ ràng cơ chế kiểm soát rủi ro và chia sẻ chúng cho các bên trong Hợp đồng cùng gánh chịu. Chẳng hạn, phương án chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu theo Điều 82 Luật PPP 2020 phải được đưa vào Hợp đồng O&M như một biện pháp chia sẻ rủi ro giữa Nhà nước và NĐT, DNDA, cùng với các phương án về điều chỉnh giá, phí dịch vụ và điều chỉnh thời hạn Hợp đồng để đảm bảo lợi ích của NĐT, DNDA.

2.3.6. Về bảo trì, bảo dưỡng công trình dự án:

190. Đối với dự án O&M, việc bảo trì, bảo dưỡng công trình cơ sở hạ tầng đóng một vai trò quan trọng nhằm đảm bảo hiệu quả vận hành, khai thác dự án và đảm bảo chất lượng dịch vụ công do DNDA cung cấp. Mỗi loại công trình đều có tiêu chuẩn về bảo trì, bảo dưỡng cụ thể được pháp luật quy định cho loại công trình đó và được chỉ dẫn trong hồ sơ kỹ thuật, công nghệ áp dụng cho dự án. Tuy nhiên, Mẫu Hợp đồng O&M cần quy định rõ trách nhiệm thực hiện công việc bảo trì, bảo dưỡng công trình đối với NĐT, DNDA và các bên liên quan theo đúng hồ sơ kỹ thuật, công nghệ của dự án. Hợp đồng cũng cần quy định cụ thể về thời hạn thực hiện công việc bảo trì, bảo dưỡng công trình, các yêu cầu cụ thể về chủng loại vật tư, vật liệu, thiết bị được sử dụng trong công tác bảo trì, bảo dưỡng công trình, dự kiến mức kinh phí bảo trì và thời gian hoàn thành, v.v…

191. Ngoài ra, do công đoạn xây dựng và công đoạn vận hành công trình được thực hiện bởi các chủ thể khác nhau (công đoạn xây dựng do các nhà thầu đảm nhiệm còn công đoạn vận hành do các NĐT, DNDA thực hiện), nên có thể có sự đan xen trách nhiệm bảo trì, bảo dưỡng với trách nhiệm bảo hành công trình và nguồn kinh phí thực hiện. Trong Hợp đồng O&M cần quy định rõ giới hạn trách nhiệm và công việc bảo trì, bảo dưỡng của NĐT, DNDA với phạm vi công việc bảo hành công trình thuộc trách nhiệm của các nhà thầu xây dựng theo các hợp đồng thầu thi công xây lắp đã ký với CQCTQ. Trong trường hợp công trình cần cải tạo, sửa chữa lớn để đảm bảo sự phù hợp về công năng và tối ưu hóa hiệu quả khai thác, thì trách nhiệm đó thuộc về các CQCTQ bằng kinh phí lấy từ nguồn ngân sách nhà nước. Trường hợp NĐT, DNDA có đề xuất hoạt động cải tạo, sửa chữa lớn công trình hoặc CQCTQ trao trách nhiệm cải tạo, sửa chữa lớn công trình cho NĐT, DNDA thì hai bên sẽ tiến hành sửa đổi bổ sung Hợp đồng O&M để bổ sung thêm cấu phần xây dựng trong Hợp đồng và NĐT, DNDA sẽ tiến hành các thủ tục lập dự án hoặc lập đề xuất cải tạo, sửa chữa lớn công trình theo các quy định của pháp luật hiện hành về xây dựng, quản lý sử dụng tài sản nhà nước.

2.3.7. Về nghĩa vụ của NĐT, DNDA:

192. Tùy vào đặc điểm của từng dự án và các công trình liên quan, nghĩa vụ NĐT, DNDA với tư cách là bên kinh doanh, quản lý công trình trong mỗi Hợp đồng O&M sẽ được quy định cho phù hợp. Một cách chung nhất, nghĩa vụ của NĐT, DNDA trong Hợp đồng O&M thường bao gồm một số hoặc tất cả các hoạt động sau: vận hành các công trình, bao gồm việc hợp tác với các nhà cung cấp và các bên bao tiêu sản phẩm, dịch vụ; bảo trì và sửa chữa các công trình; kiểm tra và chuẩn đoán tình trạng các công trình; đào tạo nhân lực và chuyển giao kiến thức; báo cáo và lưu trữ tài liệu, v.v…

193. Trong Mẫu Hợp đồng O&M cần quy định rõ các nghĩa vụ trên đây của NĐT, DNDA với những mô tả và yêu cầu cụ thể về chất lượng công việc, dịch vụ mà NĐT, DNDA phải đạt được. Lưu ý rằng nghĩa vụ của NĐT, DNDA sẽ bao gồm các hoạt động thiết kế, xây dựng và cấp vốn cho các công trình như thường thấy trong hợp đồng BOT và các hợp đồng dự án PPP khác. Trường hợp các hoạt động này là cần thiết để thực hiện cải tạo, sửa chữa, nâng cấp dự án thì CQCTQ và NĐT, DNDA cần thảo luận sửa đổi, bổ sung Hợp đồng O&M để bổ sung nội dung liên quan đến cấu phần xây dựng trong Hợp đồng O&M.

2.3.8. Về nghĩa vụ của CQCQT:

194. Với tư cách đại diện chủ sở hữu các công trình dự án, CQCTQ có trách nhiệm tham gia vào các hoạt động vận hành kinh doanh các công trình này theo hình thức Hợp đồng O&M với mức độ sâu rộng hơn so với Hợp đồng BOT hoặc các hợp đồng dự án PPP khác. Phạm vị trách nhiệm của CQCTQ trong Hợp đồng O&M thường bao gồm: Xin các chấp thuận/phê duyệt và cấp phép; cung cấp các dịch vụ tiện ích cơ bản; tạo điều kiện để bên vận hành có thể sử dụng các công trình dự án một cách an toàn; cung cấp cho bên vận hành các thông tin chủ chốt bao gồm các thiết kế, sổ tay vận hành và các giấy phép sở hữu trí tuệ liên quan đến công trình dự án; cấp vốn cho các công trình dự án trong thời hạn hợp đồng; thanh toán một số khoản thuế liên quan đến công trình dự án; nhập khẩu các thiết bị và nguyên vật liệu cho các công trình dự án, v.v...

195. Trong Mẫu Hợp đồng O&M cần quy định rõ phạm vi trách nhiệm của CQCTQ trong việc tham gia vào các hoạt động vận hành kinh doanh các công trình; các cách thức triển khai thực hiện trách nhiệm của CQCTQ và kết quả cần đạt được; mô tả các vi phạm (nếu có) và hình thức chế tài phù hợp trong trường hợp CQCTQ không thực hiện đúng và đầy đủ trách nhiệm của mình trong quá trình kinh doanh, quản lý công trình của NĐT, DNDA. Đối với các vấn đề có sự giao thoa trách nhiệm giữa CQCTQ và NĐT, DNDA thì trong Hợp đồng cần phân định rõ giới hạn trách nhiệm của mỗi bên cùng với các nguyên tắc, cơ chế phối hợp để cùng thực hiện và hoàn thành trách nhiệm của các bên trong từng vấn đề liên quan.

2.3.9. Về giới hạn việc nhượng quyền:

196. Về bản chất của nhượng quyền trong Hợp đồng O&M là việc CQCTQ trao cho NĐT, DNDA toàn quyền kinh doanh công trình dự án trong thời hạn Hợp đồng với giả định rằng NĐT, DNDA là người phù hợp nhất về năng lực, kinh nghiệm và kỹ năng chuyên môn liên quan đến lĩnh vực kinh doanh dịch vụ của dự án. Do đó, Hợp

đồng O&M cần có quy định cụ thể giới hạn về không gian, thời gian, địa bàn và phạm vị dịch vụ mà NĐT DNDA được CQCTQ nhượng quyền kinh doanh gắn với việc khai thác công trình. Đây phải được coi là cam kết về trách nhiệm của CQCTQ đối với NĐT, DNDA. Trường hợp CQCTQ muốn thu hút thêm các NĐT, DNDA khác tham gia cung cấp dịch vụ trong cùng khu vực hoặc trên cùng địa bàn mà NĐT, DNDA đang cung cấp dịch vụ thì vấn đề này cần phải được quy định rõ trong Hợp đồng O&M. Mặc dù vậy, những ngoại lệ như trên cần hạn chế một cách tối đa trong các Hợp đồng O&M. Theo kinh nghiệm của Ấn Độ liên quan đến hình thức thu phí-vận hành-chuyển giao (TOT), để đảm bảo việc khai thác hiệu quả thì hợp đồng TOT có quy định về hạn chế việc xây dựng các tuyến đường cạnh tranh và CQCTQ sẽ phải trả tiền phạt nếu vi phạm nghĩa vụ của mình.

2.3.10. Về bồi thường thiệt hại:

197. Cuối cùng, giống như các hợp đồng dự án PPP khác, bên không thực hiện hoặc thực hiện chậm trễ các nghĩa của mình trong Hợp đồng O&M sẽ phải bồi thường các thiệt hại (nếu có) cho bên còn lại để đảm bảo rằng bên không vi phạm hợp đồng không phải gánh chịu những tổn thất do việc chậm trễ hoặc không thực hiện nghĩa vụ của bên kia gây ra. Để cơ chế bồi thường thiệt hại phát huy được hiệu quả thì trong Hợp đồng O&M cần quy định cụ thể, đầy đủ về các nguyên tắc bồi thường thiệt hại, các khoản thiệt hại phải bồi thường và nguyên tắc xác định giá trị thiệt hại phải bồi thường. Trong Hợp đồng cũng cần quy định các nguyên tắc, ngoại lệ trong việc xem xét miễn, giảm bồi thường thiệt hại cho bên vi phạm.

198. Cần lưu ý rằng đối với các hợp đồng dự án PPP nói chung và Hợp đồng O&M nói riêng thì cần khuyến khích cả hai bên thực hiện đầy đủ các cam kết trong hợp đồng. Do đó, việc thỏa thuận các khoản bồi thường được xác định trước trong hợp đồng không phải là để hướng đến sự trừng phạt đối với bất kỳ bên nào mà chỉ nhằm đảm bảo cho các thỏa thuận trong hợp đồng được thực thi một cách nghiêm túc, giúp cho các phương án kinh doanh và phương án tài chính của dự án được thực hiện theo đúng kỳ vọng của các bên.

D. KẾT LUẬN

199. Việc Quốc hội thông qua Luật PPP năm 2020 cùng hàng loạt các văn bản hướng dẫn thi hành Luật PPP được Chính phủ và các Bộ, ngành 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 tham gia đầu tư vào các lĩnh vực hạ tầng giao thông, dịch vụ y tế, giáo dục, bảo vệ môi trường; 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.

200. Cùng với việc ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành Luật PPP 2020, việc xây dựng và ban hành các mẫu hợp đồng dự án PPP, trong đó có Mẫu Hợp đồng BOT, Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M cũng đóng một vai trò quan trọng trong việc thiết lập hệ thống tiêu chí, tiêu chuẩn thống nhất, đồng bộ cho các hợp đồng dự án PPP, phù hợp với quy định của pháp luật, các chuẩn mực pháp lý hiện hành và thông

lệ thực tiễn, qua đó góp phần đảm bảo nguyên tắc cạnh tranh công bằng trong việc lựa chọn nhà đầu tư thực hiện các dự án PPP, rút ngắn thời gian đàm phán, ký kết hợp đồng cho các CQCTQ và NĐT. Tuy nhiên, đến nay mới chỉ có Mẫu Hợp đồng BOT được Bộ GTVT ban hành, còn đối với Mẫu Hợp đồng BLT và O&M hiện vẫn chưa thống nhất được về cơ quan đầu mối soạn thảo và thời điểm ban hành.

201. Trên cơ sở khung pháp luật và các nguyên tắc chủ đạo điều chỉnh quan hệ hợp đồng PPP được nghiên cứu và trình bày trong Báo Cáo, nhóm tác giả nhận thấy với Mẫu Hợp đồng BOT mặc dù mới được ban hành nhưng qua rà soát, đánh giá vẫn còn nhiều nội dung cần được bổ sung, chi tiết hóa trong quá trình đàm phán, ký kết Hợp đồng BOT để bảo cân bằng lợi ích và chia sẻ hài hòa rủi ro giữa NĐT, DNDA và Nhà nước. Những nội dung này đã được nhóm tác giả trình bày, phân tích cụ thể, chi tiết trong Báo Cáo. Còn đối với Mẫu Hợp đồng BLT và Mẫu Hợp đồng O&M, việc tiếp tục nghiên cứu, soạn thảo và ban hành các mẫu hợp đồng này hiện đang là một yêu cầu cấp thiết. Báo Cáo đã nghiên cứu, rà soát, chỉ ra những đặc trưng pháp lý cơ bản của Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M và những thông lệ thực tiễn, các chỉ dẫn, tiêu chí cơ bản để cơ quan soạn thảo xem xét trong quá trình xây dựng và ban hành Mẫu hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M.

202. Nội dung của Báo Cáo này là những chỉ dẫn hữu ích đối với các NĐT, DNDA và CQCTQ trong việc áp dụng Mẫu Hợp đồng BOT vào thực tiễn đàm phán, ký kết và thực hiện Hợp đồng BOT. Đồng thời, là tư liệu tham khảo quan trọng đối với các CQCTQ trong việc soạn thảo, ban hành các văn bản hướng dẫn chi tiết về Hợp đồng BLT, O&M và Mẫu hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M trong tương lai./.

BÁO CÁO RÀ SOÁT

CÁC MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M Ở VIỆT NAM

Ts., Ls. Lê Đình Vinh
Giám đốc Công ty Luật TNHH Vietthink
Trọng tài viên VIAC

BỐI CẢNH

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.

Trước khi có Luật PPP 2020, các quy định về đầu tư PPP: Chỉ dừng ở cấp nghị định, chịu sự điều chỉnh của nhiều luật; Khung pháp lý thiếu ổn định, không đồng bộ; Chưa phản ánh đầy đủ bản chất của mối quan hệ đối tác công và tư.

Luật PPP 2020 (hiệu lực từ 01/01/2021): nhất thể hóa các quy định hiện hành về đầu tư PPP, thể chế hóa các định hướng chỉ đạo của Lãnh đạo Đảng, Nhà nước và Chính phủ; hình thành khung pháp lý đồng bộ, ổn định, thông thoáng cho việc thu hút khu vực tư nhân vào các dự án xây dựng kết cấu hạ tầng giao thông, năng lượng, hạ tầng đô thị, xử lý nước thải, rác thải, cung cấp dịch vụ công...; nâng cao tính minh bạch, cạnh tranh bình đẳng trong việc lựa chọn NĐT thực hiện các dự án PPP, từng bước tiếp cận với các chuẩn mực quốc tế và khu vực.

BỐI CẢNH

Quá trình triển khai, thực thi Luật PPP 2020 còn **vướng mắc, bất cập:**

- Thiếu đồng bộ, mâu thuẫn giữa các Luật PPP 2020 với các Luật chuyên ngành.
- Các quy định có liên quan vẫn nằm ở nhiều văn bản khác nhau, dẫn đến khó khăn trong việc tra cứu, áp dụng.
- Nhiều quy định về quy trình lập, phê duyệt dự án PPP; hình thức, quy trình lựa chọn NĐT; tiêu chí năng lực NĐT, tiêu chuẩn công nghệ, phương pháp đánh giá hồ sơ dự thầu; bảo đảm đầu tư… khi áp dụng vào từng lĩnh vực cụ thể có tính đặc thù còn gặp nhiều vướng mắc, thiếu hướng dẫn cụ thể từ cơ quan quản lý chuyên ngành.

Chỉ thị số 30/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 23/11/2021: Các Bộ GTVT, Xây Dựng, TNMT ban hành các Thông tư hướng dẫn về dự án đầu tư PPP trong lĩnh vực quản lý của mình (trong đó có các Mẫu Hợp đồng dự án BOT, BLT và O&M).

- Duy nhất Bộ GTVT đã ban hành Mẫu Hợp đồng BOT, chưa có Mẫu Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M.
- Việc thiếu các quy định cụ thể và mẫu hợp đồng dự án PPP khiến các bộ, ngành, địa phương gặp khó khăn, lúng túng trong quá trình triển khai dự án đầu tư PPP.

BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M

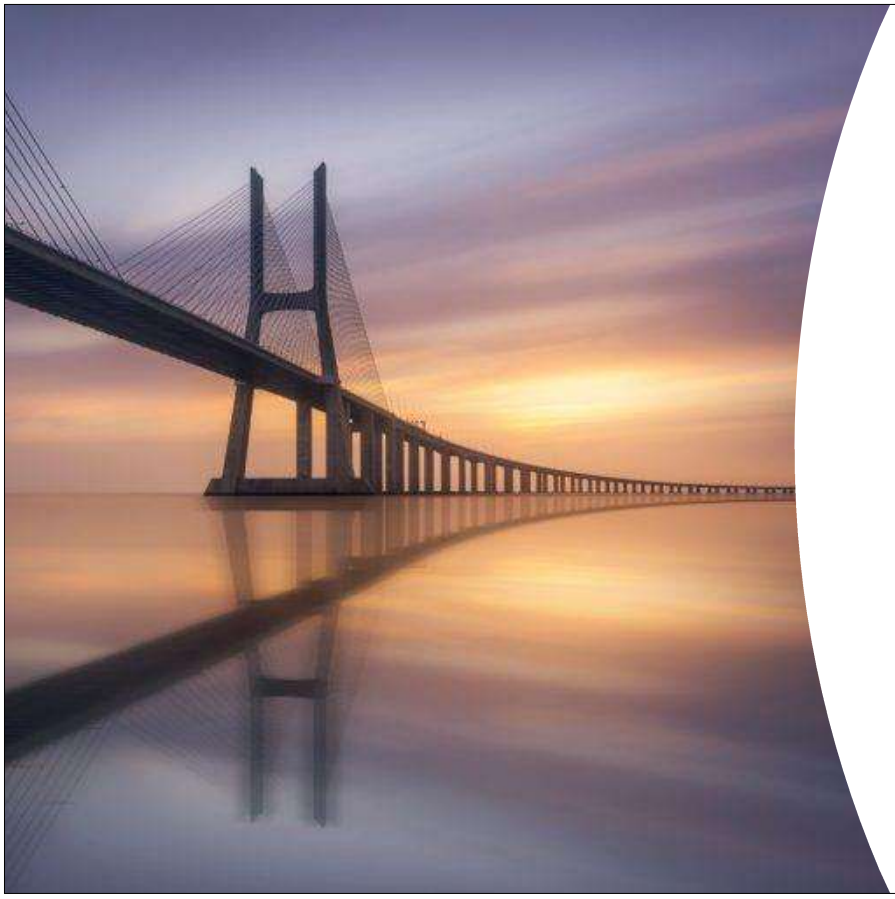
Mục đích: Rà soát, đánh giá hiện trạng pháp luật về PPP và các mẫu Hợp đồng BOT, BLT và O&M, có tham khảo kinh nghiệm pháp luật và thực tiễn tại Việt Nam và thế giới. Báo Cáo đưa ra những khuyến nghị bổ sung, chi tiết hóa các quy định tại Mẫu Hợp đồng BOT, và đề xuất, gợi ý tiêu chí xây dựng các Mẫu Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M.

Nội dung Báo Cáo:

Phần 1: Đánh giá toàn bộ Khung pháp lý điều chỉnh Hợp đồng Dự án PPP.

Phần 2: Ý kiến pháp lý về Mẫu Hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT, từ đó đưa ra các khuyến nghị áp dụng, hoàn thiện pháp luật và Mẫu Hợp đồng BOT.

Phần 3: Ý kiến pháp lý và khuyến nghị về chỉ dẫn xây dựng Mẫu hợp đồng BLT và O&M trong giai đoạn tới.



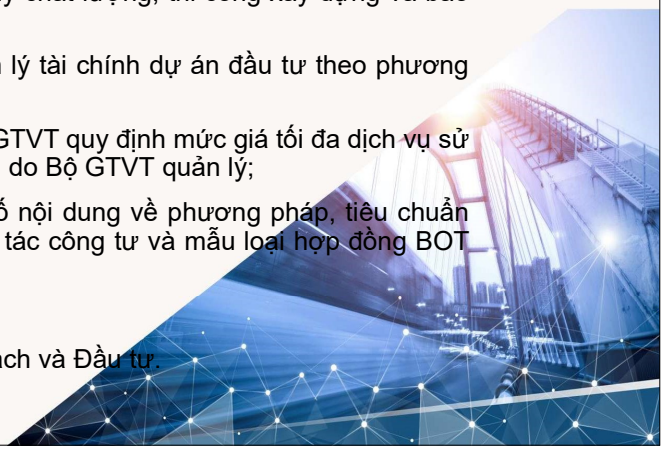
PHẦN 1

KHUNG PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

PHẦN 1: KHUNG PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

ĐỐI TƯỢNG & PHẠM VI RÀ SOÁT

- BLDS năm 2015;
- Luật Đầu tư năm 2020;
- PPP năm 2020;
- Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật PPP 2020
- Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 về đầu tư theo hình thức đối tác công tư;
- Nghị định số 06/2021/NĐ-CP ngày 26/01/2021 hướng dẫn về quản lý chất lượng, thi công xây dựng và bảo trì công trình xây dựng;
- Nghị định số 28/2021/NĐ-CP ngày 26/3/2021 quy định cơ chế quản lý tài chính dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư;
- Thông tư số 28/2021/TT-BGTVT sửa đổi Thông tư số 35/2016/TT-BGTVT quy định mức giá tối đa dịch vụ sử dụng đường bộ các dự án đầu tư xây dựng đường bộ để kinh doanh do Bộ GTVT quản lý;
- Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022 hướng dẫn một số nội dung về phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn nhà đầu tư theo phương thức đối tác công tư và mẫu loại hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT;
- Các văn bản pháp luật có liên quan;
- Dự thảo Mẫu Hợp đồng BOT, BLT và O&M năm 2016 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư.



PHẦN 1: KHUNG PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

CÁC NGUYÊN TẮC PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH DỰ ÁN PPP

Các nguyên tắc chung:

Nguyên tắc bình đẳng; Tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận; Thiện chí, trung thực; Tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.

Các nguyên tắc đặc thù:

(1) Nguyên tắc bình đẳng giữa Nhà nước với NĐT, DNDA

(2) Nguyên tắc bảo đảm hài hòa lợi ích giữa Nhà nước, NĐT, người sử dụng và cộng đồng

(3) Nguyên tắc NĐT, DNDA được bảo lưu và áp dụng chính sách, quy định ưu đãi hơn

Cần đưa thành nguyên tắc chủ đạo và được cụ thể hoá bằng các quy định, hướng dẫn chi tiết cho từng dự án

PHẦN 1: KHUNG PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

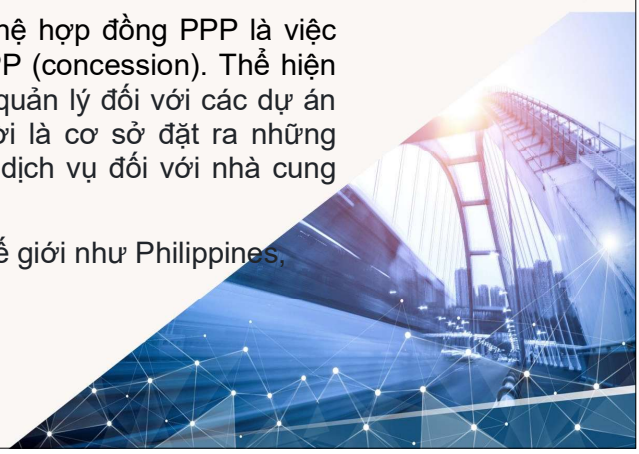
KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM CỦA HỢP ĐỒNG DỰ ÁN

Khái niệm Hợp đồng dự án PPP (Khoản 16 Điều 3 Luật PPP):

"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".

Điểm mới trong nội hàm khái niệm Hợp đồng dự án PPP:

- Quy định rõ hơn về chủ thể hợp đồng, làm rõ bản chất quan hệ hợp đồng PPP là việc Nhà nước nhượng quyền cho NĐT, DNDA thực hiện dự án PPP (concession). Thể hiện đúng bản chất Nhà nước sẽ không thoái vốn hay từ bỏ quyền quản lý đối với các dự án PPP, mà vẫn giữ quyền sở hữu, quản lý, kiểm soát; đồng thời là cơ sở đặt ra những chuẩn mực, yêu cầu ràng buộc về cam kết với chất lượng và dịch vụ đối với nhà cung cấp tư nhân.
- Khái niệm tương đồng với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới như Philippines, Hàn Quốc,..



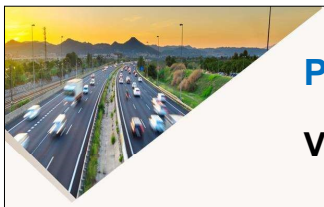
PHẦN 1: KHUNG PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

❖ Phân loại hợp đồng dự án PPP

Nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế thu phí trực tiếp từ người sử dụng sản phẩm, dịch vụ	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 Xây dựng – Kinh doanh – Chuyển giao (BOT)	▪ Hợp đồng Xây dựng – Thuê dịch vụ - Chuyển giao (BLT)
▪ Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao – Kinh doanh (BTO)	▪ Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao – Thuê dịch vụ (BTL)
▪ Hợp đồng Xây dựng – Sở hữu – Kinh doanh (BOO)	
▪ Hợp đồng Kinh doanh – Quản lý (O&M)	
Nhóm hợp đồng dự án hỗn hợp	

❖ Nội dung hợp đồng dự án PPP

- Khoản 1 Điều 47 Luật PPP 2020
- Khuyến nghị của WB
- Luật của một số quốc gia



PHẦN 1: KHUNG PHÁP LÝ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

VỀ VIỆC BAN HÀNH VÀ ÁP DỤNG MẪU HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

❖ Vai trò, mục đích ban hành mẫu hợp đồng dự án PPP:

- Đảm bảo các nguyên tắc chung và nguyên tắc đặc thù điều chỉnh hợp đồng dự án PPP.
- Quy định rõ ràng và chi tiết quyền, nghĩa vụ, lợi ích của mỗi bên trong quan hệ hợp đồng PPP; Cơ chế, giải pháp tài chính, pháp lý; Giải quyết xung đột, tranh chấp phát sinh và chấm dứt hợp đồng.
- Hợp đồng mẫu mang tính chất định hướng cho thương thảo, không mang tính chất áp đặt, theo đó các bên được đàm phán nội dung chi tiết phù hợp với tình chất đặc thù của từng Dự án (phù hợp với Khoản 1 Điều 47 Luật PPP 2020).

❖ Quan điểm tiếp cận về mẫu hợp đồng dự án PPP:

- Những vấn đề đã có quy định cụ thể: không cần đưa vào hoặc dẫn chiếu trong hợp đồng mẫu.
- Những quy định về cùng một vấn đề đang nằm ở nhiều VBPL: cần hệ thống hóa, mô tả lại thành các điều khoản, hạn chế trích dẫn quá nhiều các điều luật liên quan trong hợp đồng mẫu.
- Những vấn đề chỉ có quy định mang tính nguyên tắc: cụ thể thành quy định trong hợp đồng mẫu đối với từng loại hợp đồng dự án PPP.

PHẦN 2

RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT THUỘC NGÀNH GTVT,

CÁC ĐÁNH GIÁ & KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG MẪU HỢP ĐỒNG BOT

PHẦN 2: RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT – ĐÁNH GIÁ CHUNG

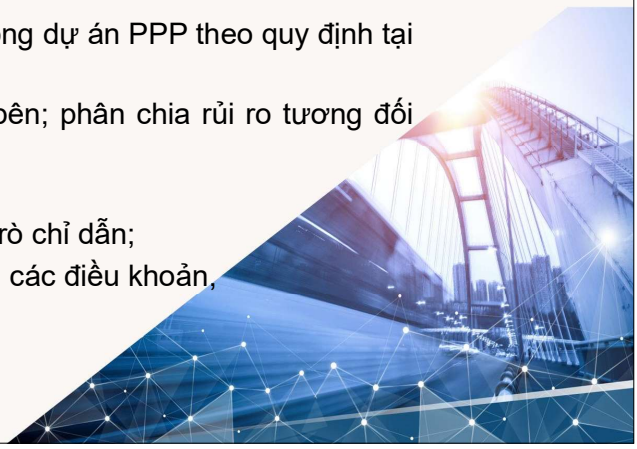
Về cấu trúc: Mẫu Hợp đồng BOT gồm 04 phần chính và có sự tương đồng với cấu trúc các hợp đồng dự á đang được sử dụng phổ biến hiện nay:

Phần I - Văn bản thoả thuận của các bên về Hợp đồng;
Phần II - Điều kiện chung của Hợp đồng;
Phần III - Điều kiện cụ thể của Hợp đồng;
Phần IV – Phụ lục Hợp đồng

Về nội dung: Đã bao hàm đầy đủ các nội dung cơ bản của hợp đồng dự án PPP theo quy định tại BLDS, Luật PPP và Nghị định số 35/2021/NĐ-CP.

Nội dung Mẫu Hợp đồng BOT hài hòa quyền, nghĩa vụ của mỗi bên; phân chia rủi ro tương đối cân bằng giữa các lợi ích của khu vực công và khu vực tư.

Tiếp cận theo hướng thiên về hợp đồng khung, đảm bảo đúng vai trò chỉ dẫn;
Đưa ra các điều khoản tuỳ nghi cho phép các bên được thoả thuận các điều khoản, điều kiện riêng cho từng dự án.



PHẦN 2: RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT – KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG

1. Về Bồi thường, GPMB, hỗ trợ tái định cư & Giao đất cho Nhà đầu tư thực hiện Dự án:

Điều 10 Hợp đồng mẫu: Cần chi tiết nghĩa vụ, trách nhiệm của CQ ký kết hợp đồng trong việc phối hợp GPMB và hoàn thành các thủ tục giao đất, cho thuê đất, giám sát, kiểm tra việc thực hiện GPMB; bổ sung cơ chế, giải pháp tháo gỡ vướng mắc trong chậm tiến độ GPMB và giao đất, cho thuê đất của dự án BOT.

Điều 15 Mẫu HĐ cần chi tiết trách nhiệm của các bên và phương án xử lý vi phạm trong công tác GPMB, giao đất, cho thuê đất thực hiện Dự án BOT

Báo cáo đưa ra một số điều khoản mẫu của Ngân hàng Thế giới và đề xuất một số giải pháp như:

- Cho phép gia hạn thời gian khai thác, kinh doanh của Dự án cho NĐT, DNDA
- Bù đắp cho NĐT, DNDA bằng các lợi ích khác theo thoả thuận
- Giá trị thiệt hại được xác định để bù đắp theo các phương án trên là Giá trị thiệt hại đã được giám định, định giá độc lập phù hợp với quy định

PHẦN 2: RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT – KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG

2. Về Vốn đầu tư và giải ngân vốn đầu tư:

Bổ sung quy định về trách nhiệm hỗ trợ của CQCTQ, Cơ quan ký Hợp đồng BOT trong thủ tục thu xếp tài chính cho dự án và giải ngân nguồn vốn của NĐT.

Bổ sung, chi tiết hóa quy định về trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ thanh toán cho DNDA đối với phần vốn Nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng.

Nhóm tác giả đưa ra gợi ý về 02 hình thức bồi thường cho Nhà nước:

1) Thanh toán trực tiếp khoản thiệt hại phải bồi thường cho NĐT, DNDA; hoặc
2) Điều chỉnh gia hạn thời gian thực hiện hợp đồng để đảm bảo bù đắp cho NĐT, DNDA.

PHẦN 2: RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT – KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG

3. Trong giai đoạn thiết kế, thi công công trình:

- Bổ sung, chi tiết hóa trách nhiệm trong tổ chức đấu thầu và lựa chọn nhà thầu xây dựng
- Bổ sung, chi tiết hóa trách nhiệm trong việc quản lý chất lượng và giám sát, nghiệm thu công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; giám định và kiểm định chất lượng công trình xây dựng
- Bổ sung, chi tiết hóa các quy định về kiểm toán và quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng.

4. Chia sẻ doanh thu tăng, giảm của Dự án BOT:

Cơ chế mới của Luật PPP 2020 (Điều 82) và Nghị định số 28/2021/NĐ-CP nhưng lại chưa cụ thể, tiềm ẩn vướng mắc khi đưa vào thực tiễn:

- Thời điểm và căn cứ xác định phần doanh thu tăng, giảm: DNDA phải có văn bản báo cáo doanh thu thực tế năm tài làm cơ sở thực hiện cơ chế chia sẻ doanh thu tăng, giảm. Phần doanh thu tăng/giảm phải được kiểm toán Nhà nước
- Điều kiện áp dụng chia sẻ doanh thu tăng/giảm: Sau khi đã thực hiện các biện pháp điều chỉnh mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ công, điều chỉnh thời hạn HĐDA.
- Chi phí xử lý: nguồn dự phòng ngân sách trung ương hoặc địa phương

PHẦN 2: RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT – KHUYẾN NGHỊ ÁP DỤNG

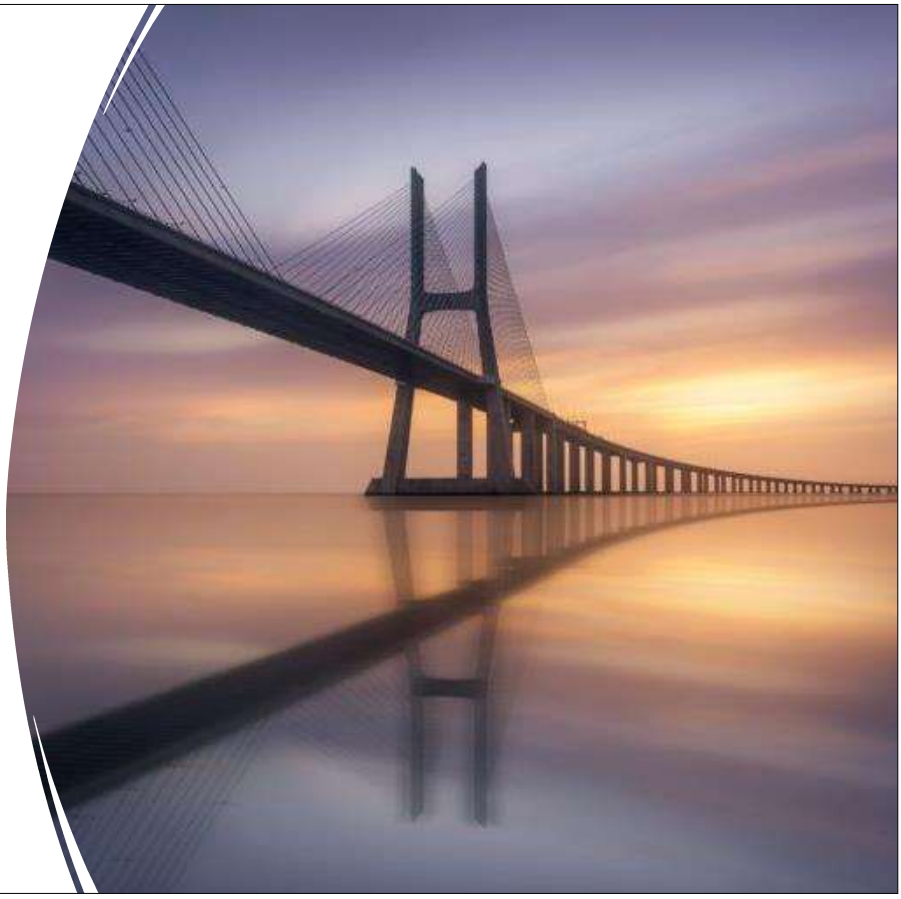
5. Ngoài các nội dung trên, Báo cáo còn phân tích và đưa ra đề xuất về một số nhóm điều khoản khác:

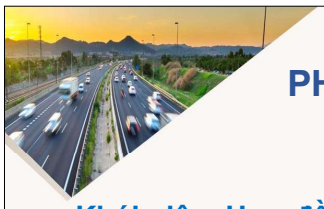
- Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến vi phạm và xử lý vi phạm hợp đồng
- Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến điều chỉnh, chấm dứt Hợp đồng BOT. Cần lưu ý quy định rõ phương pháp xác định chi phí phát sinh khi chấm dứt hợp đồng do vi phạm của một bên

Lưu ý: *trường hợp Nhà nước xem xét mua lại DNDA hoặc mua lại, tiếp quản lại dự án BOT thì vấn đề bố trí nguồn vốn để chi trả khoản chi phí mua lại, tiếp quản lại luôn là vấn đề khó khăn phức tạp, bởi: mức vốn lớn, thủ tục phê duyệt và giải ngân nguồn vốn công phức tạp; phương pháp xác định gía mua lại DNDA*

PHẦN 3

CHỈ DẪN & KHUYẾN XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M





PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG BLT – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

Khái niệm Hợp đồng BLT (khoản 2 Điều 45 Luật PPP 2020):

"Hợp đồng BLT là hợp đồng mà NĐT, DNDA được nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và cung cấp sản phẩm, dịch vụ công trên cơ sở vận hành, khai thác công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó trong thời hạn nhất định; Cơ quan ký kết hợp đồng thuê dịch vụ và thanh toán cho NĐT, DNDA; hết thời hạn, NĐT, DNDA chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho Nhà nước".

- Điểm khác biệt giữa Hợp đồng BLT so với Hợp đồng BOT và O&M và các Hợp đồng BTO, BOO là ở cơ chế bù đắp chi phí đầu tư xây dựng.
- Phương thức Hợp đồng BLT không thực sự phổ biến trên thế giới và thực tiễn thời gian qua nhiều dự án xử lý chất thải rắn sinh hoạt đã được NĐT chọn hình thức Hợp đồng dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt.

PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG BLT – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

1. **Thời hạn dự án và thời hạn cung cấp sản phẩm, dịch vụ công của DNDA**: Vướng mắc giữa quy định về lựa chọn nhà cung cấp dịch vụ công (đấu thầu, đấu giá, đặt hàng) và thời hạn cung cấp dịch vụ công (theo Luật Ngân sách). Điều 65 và 80 Luật PPP đã có quy định về phương án giá và thời hạn cung cấp dịch vụ công bằng thời hạn Dự án, nhưng chưa đủ rõ ràng để triển khai trong thực tế

- Đề xuất việc xác định rõ khi ký kết BLT thì NĐT được coi là có quyền cung cấp dịch vụ công trong thời hạn Hợp đồng và không phải thực hiện thủ tục đấu thầu, đặt hàng dịch vụ công;
- Không cần xin văn bản cá biệt của CQCTQ về chủ trương đặt hàng dịch vụ công.

PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG BLT – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

2. **Về giá, phí sản phẩm, dịch vụ công và thanh toán:**

Việc xác định cụ thể mức giá khởi điểm và mức giá cho từng thời kỳ gặp phải rất nhiều khó khăn vướng mắc.

- Đề xuất cho phép đàm phán về giá tạm tính tại thời điểm ký Hợp đồng BLT (được xác định trên cơ sở thẩm định sự phù hợp về giá đề xuất trong hồ sơ đề xuất, phương án tài chính đề xuất của NĐT)
- Đề xuất cho phép đàm phán về các nguyên tắc xác định giá cung ứng sản phẩm, dịch vụ công tại thời điểm dự án đủ điều kiện đưa vào kinh doanh, vận hành
- Đề xuất cho phép Cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT đàm phán về các trường hợp điều chỉnh giá và nguyên tắc điều chỉnh giá sản phẩm, dịch vụ công do DNDA cung ứng

PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG BLT – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

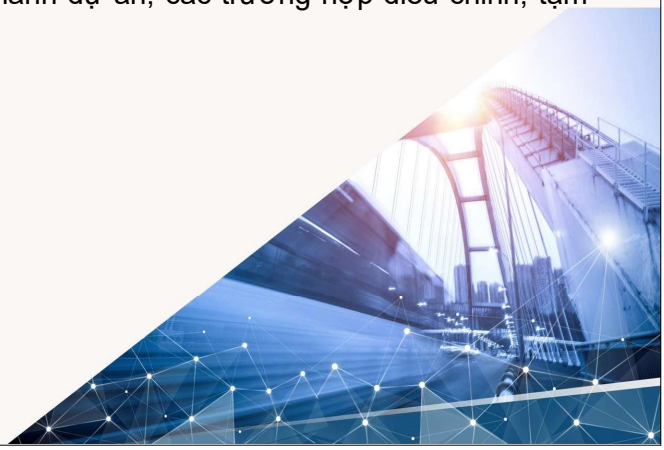
3. **Về nghiệm thu, thanh toán:** Quá trình nghiệm thu một số dự án đặc thù gặp khó khăn vì công nghệ mới, chưa có quy trình, tiêu chí nghiệm thu,... Khi gặp vướng mắc về nghiệm thu, CQCTQ không có cơ sở thanh toán cho NĐT.

- Đề xuất quy định chi tiết về các điều kiện, tiêu chí nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT;
- Đề xuất quy định chi tiết về thành phần và quy cách của hồ sơ nghiệm thu
- Đề xuất quy định chi tiết về các chủ thể tham gia nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT
- Đề xuất quy định chi tiết về trình tự, thủ tục nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT

PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG BLT – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

4. **Báo Cáo cũng đưa ra các gợi ý xây dựng các điều khoản về thanh toán như**: Quy trình, thời hạn thanh toán, đồng tiền thanh toán, phương thức thanh toán,…

5. **Nhóm điều khoản về:** Tiêu chuẩn kỹ thuật, công nghệ áp dụng cho dự án, quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên trong đầu tư, xây dựng và quản lý vận hành dự án, các trường hợp điều chỉnh, tạm dừng, chấm dứt Hợp đồng, ..



PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG O&M – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

Khái niệm Hợp đồng O&M (khoản 1 Điều 45 Luật PPP 2020):

"Hợp đồng O&M là hợp đồng mà NĐT, DNDA được nhượng quyền để kinh doanh, quản lý một phần hoặc toàn bộ công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có trong thời hạn nhất định; hết thời hạn, NĐT, DNDA chấm dứt hợp đồng".

NĐT chịu trách nhiệm về kinh doanh và quản lý riêng biệt với CQCTQ. Điều này có nghĩa là nếu đã quy định về việc kinh doanh công trình dự án và phạm vi dịch vụ trong Hợp đồng BOT, BLT thì sẽ không áp dụng Hợp đồng O&M trong cùng một dự án

Đặc trưng cơ bản để phân biệt giữa Hợp đồng O&M với Hợp đồng BOT, BLT và các loại Hợp đồng dự án PPP khác:

- Không chuyển gia quyền sở hữu của Nhà nước đối với các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và tài sản cho NĐT, DNDA trong suốt thời hạn hợp đồng;
- Không liên quan đến các hoạt động xây dựng đáng kể mà phạm vi của O&M nằm ở giai đoạn kinh doanh.

PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG O&M – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

1. **Về thời hạn Hợp đồng O&M:** Vấn đề thời hạn Hợp đồng O&M được xử lý khá linh hoạt theo nguyên tắc: Thời hạn hợp đồng được xác lập cho từng dự án bao gồm cả bất kỳ lựa chọn gia hạn nào theo sự suy xét của CQCTQ hoặc theo đề xuất của NĐT.

2. **Về tiếp nhận dự án O&M để kinh doanh, quản lý:** Do vướng mắc trong khâu quyết toán, kiểm toán theo quy định, nên nhiều công trình không có đủ hồ sơ pháp lý để bàn giao cho Cơ quan quản lý tài sản công; Công trình do Nhà nước xây dựng thường phải điều chỉnh thiết kế hoặc/và cải tạo lại,..

- Đề xuất quy định rõ trách nhiệm của các CQCTQ trong việc hoàn tất các thủ tục về quyết toán, kiểm toán công trình đã xây dựng để bàn giao cho NĐT để thực hiện kinh doanh và quản lý; cũng như quy trình, thủ tục bàn giao công trình rõ ràng, minh bạch

PHẦN 3: XÂY DỰNG MẪU HỢP ĐỒNG O&M – CHỈ DẪN & KHUYẾN NGHỊ

3. **Về vận hành Dự án O&M:** Mẫu HĐ cần quy định cụ thể các tiêu chí liên quan đến kinh nghiệm của nhân sự trực tiếp tham gia vận hành, khai thác dự án.

4. **Về Giá, thanh toán giá, phí dịch vụ trong Hợp đồng O&M:** Mẫu HĐ cần quy định cụ thể về phương thức thanh toán (*theo Mô hình khoản ngân sách được nhất trí với tổng số tiền trọn gói, Mô hình có thể hoàn trả hoặc Mô hình kết hợp*)

5. **Nhóm điều khoản khác về:** phân chia rủi ro trong Hợp đồng O&M, trách nhiệm bảo trì, bảo dưỡng công trình dự án, quyền và nghĩa vụ của các bên, giới hạn nhượng quyền, xử lý vi phạm, bồi thường thiệt hại

KẾT LUẬN

Việc xây dựng và ban hành các mẫu HĐDA PPP là rất quan trọng trong việc thiết lập hệ thống tiêu chí, tiêu chuẩn thống nhất, đồng bộ cho các hợp đồng dự án PPP phù hợp với quy định của pháp luật, các chuẩn mực pháp lý hiện hành và thông lệ thực tiễn.

Báo Cáo là những chỉ dẫn hữu ích đối với các NĐT, DNDA và CQCTQ trong việc áp dụng Mẫu Hợp đồng BOT vào thực tiễn đàm phán, ký kết và thực hiện Hợp đồng BOT.

Đồng thời, nhóm tác giả mong muốn đây là tư liệu tham khảo quan trọng đối với các CQCTQ trong việc soạn thảo, ban hành các văn bản hướng dẫn chi tiết về Hợp đồng BLT, O&M và Mẫu hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M trong tương lai.

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI CHO CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

THÁNG 05/2023

Tài liệu này được thực hiện với sự hỗ trợ của nhân dân Hoa Kỳ thông qua Cơ quan Phát triển Quốc tế Hoa Kỳ (USAID) và được chuẩn bị bởi Nhà thầu Integra LLC trong khuôn khổ Dự án các cơ hội mới nổi tại Châu Á (AEO).

HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI CHO CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

Tên Dự án:	Các cơ hội mới nổi tại Châu Á (Asia Emerging Opportunities, AEO)
Số hiệu dự án:	GS-10F-083CA / 7200AA18M00015
Số hoạt động:	1011.1018
Ngày nộp:	Tháng 02/2023
Nhà thầu:	Integra Government Services International LLC
	11156 15th Street NW, Suite 800
	Washington, D.C. 20005
Văn phòng USAID:	USAID/Văn phòng Châu Á
COR:	Ahmed Attieg, aattieg@usaid.gov
Photo Credit:	USAID/Việt Nam

TUYÊN BỐ MIỄN TRỪ TRÁCH NHIỆM

Tài liệu này được thực hiện với sự hỗ trợ của nhân dân Hoa Kỳ thông qua USAID. Quan điểm của tác giả được trình bày trong tài liệu này không nhất thiết phản ánh quan điểm của USAID hoặc Chính phủ Hoa Kỳ.

MỤC LỤC

CÁC TỪ VIẾT TẮT 5

GIỚI THIỆU 6

1 ĐẦU TƯ TÀI SẢN MỚI BẰNG NGUỒN THU TỪ CÁC TÀI SẢN HIỆN CÓ CỦA CHÍNH PHỦ (AR) 7

2 HUY ĐỘNG VỐN TỪ CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC 17

KẾT LUẬN 29

PHỤ LỤC A: AR – MỞ KHÓA TÀI CHÍNH TƯ NHÂN ĐỂ PHÁT TRIỂN CƠ SỞ HẠ TẦNG 30

PHỤ LỤC B: NHỮNG LO NGẠI CHÍNH XUNG QUANH KHUÔN KHỔ PHÁP LÝ HIỆN HÀNH 32

BẢNG

HÌNH 2.1: KHÁI NIỆM AR 8
HÌNH 2.2: KHUNG TRIỂN KHAI LCS 12
HÌNH 3.1: ĐẦU TƯ CỦA CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC VÀO CƠ SỞ HẠ TẦNG VÀ PHÁT TRIỂN 18
HÌNH 3.2: CÁC HÌNH THỨC ĐẦU TƯ VÀ TÀI TRỢ CHO CƠ SỞ HẠ TẦNG 20
HÌNH 3.3: TRÁI PHIẾU DOANH NGHIỆP ĐĂNG KÝ TRÊN THỊ TRƯỜNG GIAO DỊCH CHỨNG KHOÁN HÀ NỘI TRƯỚC NGÀY 10 THÁNG 10 NĂM 2022 26

CÁC TỪ VIẾT TẮT

ABS	-	Chứng khoán đảm bảo bằng tài sản (Asset-Backed Securities)
ADB	-	Ngân hàng phát triển Châu Á (Asian Development Bank)
AR	-	Đầu tư tài sản mới bằng nguồn thu từ các tài sản hạ tầng cũ (Infrastructure Asset Recycling)
BOT	-	Xây dựng – Vận hành – Chuyển giao (Build-Operate-Transfer)
ESG Governance)	-	Môi trường, xã hội và quản trị (Environmental, Social, and
EVN	-	Điện lực Việt Nam (Vietnam Electricity)
GOV	-	Chính phủ Việt Nam (Government of Vietnam)
IFC	-	Tập đoàn Tài chính Quốc tế (International Finance Corporation)
IPP	-	Nhà sản xuất điện độc lập (Independent Power Producer)
KPPIP	-	Ủy ban Tăng tốc xây dựng cơ sở hạ tầng ưu tiên (Committee for Acceleration of Priority Infrastructure Delivery)
LCS	-	Mô hình nhượng quyền hạn chế (Limited Concession Scheme)
MOF	-	Bộ Tài chính (Ministry of Finance)
MSCI	-	Morgan Stanley Capital International
ODA	-	Hỗ trợ phát triển chính thức (Official Development Assistance)
O&M	-	Kinh doanh và Quản lý (Operations and Management)
PPP	-	Hợp tác công tư (Public-Private Partnership)
SOE	-	Doanh nghiệp Nhà nước (State-Owned Enterprise)
SPV dự án	-	Doanh nghiệp được thành lập vì mục đích đặc biệt – Doanh nghiệp (Special Purpose Vehicle – Project Enterprise)
VGF	-	Khoản tài trợ nhằm tăng tính khả thi (Viability Gap Funding)
VND	-	Đồng Việt Nam (đơn vị tiền tệ)

GIỚI THIỆU

Theo Báo cáo Viễn cảnh cơ sở hạ tầng toàn cầu (Global Infrastructure Outlook),[1] Việt Nam sẽ cần hơn 600 tỷ USD để đạt được các mục tiêu về cơ sở hạ tầng vào năm 2040. Nguồn ngân sách truyền thống sẽ không đủ để giải quyết các nhu cầu tài chính đó. Cơ sở hạ tầng của Việt Nam hầu hết được đầu tư trực tiếp bởi chính phủ và các cơ quan khác thuộc khu vực công, chẳng hạn như chính quyền địa phương và doanh nghiệp nhà nước, trong khi sự tham gia của khu vực tư nhân còn hạn chế. Khi ngân sách nhà nước chịu thêm gánh nặng bởi các khoản chi tiêu liên quan đến COVID-19, khả năng tài chính để đầu tư cơ sở hạ tầng mới ngày càng bị giới hạn. Do đó, Chính phủ Việt Nam (GOV) cần xác định những phương thức mới để huy động nguồn lực đầu tư cho cơ sở hạ tầng.

Tài chính tư nhân, bao gồm vốn chủ sở hữu của nhà đầu tư và các khoản vay ngân hàng, đang gặp những trở ngại nhất định do các quy định tài chính chặt chẽ hơn, mức độ chấp nhận rủi ro nghiêm ngặt hơn, và kỳ hạn dài. Cho đến nay, các khoản vay ngân hàng vẫn là nguồn tài chính chủ yếu trong các dự án có sự tham gia của khu vực tư nhân tại Việt Nam. Tuy nhiên, các khoản vay ngân hàng cho các dự án cơ sở hạ tầng dự kiến sẽ giảm hơn nữa do các ngân hàng đang thắt chặt chính sách cho vay và giảm đầu tư dài hạn.

Nhu cầu tìm kiếm các cơ chế và công cụ tài chính mới để mở rộng các nguồn tài chính hiện tại cho đầu tư cơ sở hạ tầng ở Việt Nam ngày càng tăng. Ở nhiều quốc gia, các khoản vay ngân hàng hầu như chỉ được sử dụng trong giai đoạn xây dựng có rủi ro cao của dự án. Những khoản vay này có thể được thay thế một phần bằng các công cụ tài chính khác sau khi dự án bắt đầu tạo ra tiền mặt.

Các nhà đầu tư tổ chức,[2] bao gồm quỹ hưu trí, công ty bảo hiểm và quỹ đầu tư quốc gia (wealth funds), với mức độ chấp nhận rủi ro thấp và tầm nhìn đầu tư dài hạn, là nguồn tài chính lớn cho các dự án cơ sở hạ tầng ở nhiều quốc gia và có thể là nguồn thay thế tiềm năng để tài trợ cho cơ sở hạ tầng ở Việt Nam một khi có các chính sách, ưu đãi và dự án phù hợp. Các nhà đầu tư tổ chức quan tâm đến các tài sản này vì các đặc điểm đầu tư thuận lợi liên quan như cạnh tranh thấp và dòng tiền ổn định và có thể dự đoán được trong dài hạn (10, 20, 30 năm và có thể là lâu hơn nữa) cho phép cân đối được dòng tiền và phòng ngừa rủi ro lạm phát. Tuy nhiên, các nhà đầu tư tổ chức cần các sản phẩm tài chính phù hợp và môi trường thuận lợi cho việc đầu tư của họ.

Báo cáo này xem xét những phương thức mới, sáng tạo đã được thực hiện trên thế giới để thu hút các nhà đầu tư tổ chức vào cơ sở hạ tầng và đánh giá những yếu tố hấp dẫn nhà đầu tư đến Việt Nam.

---

[1] Báo cáo Viễn cảnh cơ sở hạ tầng toàn cầu, Global Infrastructure Hub 2017

[2] Nhà đầu tư tổ chức là một công ty hoặc tổ chức đầu tư tiền thay cho người khác. Ví dụ như các quỹ tương hỗ, quỹ lương hưu và các công ty bảo hiểm. Các nhà đầu tư tổ chức thường mua và bán một lượng lớn cổ phiếu, trái phiếu hoặc các loại chứng khoán khác.

1 ĐẦU TƯ TÀI SẢN MỚI BẰNG NGUỒN THU TỪ CÁC TÀI SẢN HIỆN CÓ CỦA CHÍNH PHỦ (AR)

Chính phủ Việt Nam có nhiều cơ hội để tạo nguồn thu từ danh mục tài sản khổng lồ của mình, vốn đã được đầu tư bằng vốn nhà nước và vốn ODA và bắt đầu tạo ra dòng tiền ổn định, để tạo vốn đầu tư cơ sở hạ tầng mới. Nhiều quốc gia đã tạo ra nguồn thu từ các tài sản cơ sở hạ tầng hiện có để tài trợ cho cơ sở hạ tầng mới thông qua phương pháp AR. Trong số các nước đang phát triển, Indonesia và Ấn Độ đã xây dựng các cơ chế AR mà Việt Nam có thể học hỏi.

1.1 TỔNG QUAN VỀ AR

AR là một phương thức giúp chính phủ giải quyết những khó khăn trong việc thu xếp ngân sách đầu tư cơ sở hạ tầng mới mà không làm tăng nợ công hoặc phải cắt bớt các khoản chi thường xuyên cần thiết khác. AR là một cơ chế tạo ra các thỏa thuận thể chế liên kết việc đầu tư các dự án cơ sở hạ tầng mới với việc nhượng quyền kinh tế từ các tài sản thuộc sở hữu công hiện có để dùng số tiền thu được từ các tài sản công này đầu tư trực tiếp vào cơ sở hạ tầng mới.

Một trong những điểm hấp dẫn của AR là nó có thể áp dụng được trong nhiều môi trường thể chế. Các chính phủ có thể sử dụng tiền kiếm được để phát triển cơ sở hạ tầng công cộng thông qua đấu thầu thông thường hay dùng để lập quỹ tài trợ nhằm tăng tính khả thi (VGF) cho các dự án PPP mới.

AR bao gồm các cấu phần—chẳng hạn như tư nhân hóa và các mô hình PPP mới—vốn đã là những khái niệm quen thuộc trong tài chính cơ sở hạ tầng và đang được thực hiện trong các bối cảnh khác nhau. Phần này xác định khái niệm AR bằng cách tập trung vào khía cạnh mới của nó trong việc lắp ráp các cấu phần hiện có theo một sự sắp xếp thể chế tổng thể để tài trợ cho cơ sở hạ tầng mới.

AR có thể được áp dụng cho nhiều lĩnh vực cơ sở hạ tầng. Đối với tài liệu này, chúng tôi xem xét AR chỉ liên quan đến loại tài sản cơ sở hạ tầng truyền thống (giao thông, điện, nước và nước thải). Tuy nhiên, những phát hiện và phân tích từ tài liệu này có thể được áp dụng cho nhà ở xã hội, y tế, giáo dục và các tòa nhà công cộng

AR LÀ GÌ?

Như được trình bày trong HÌNH 0.1, AR liên quan đến việc các chính phủ tạo ra các mối liên kết thể chế mạnh mẽ giữa việc nhượng quyền tạo nguồn thu từ các tài sản hiện có và đầu tư vào các tài sản mới. Các yêu cầu chính của liên kết thể chế là:

- Định nghĩa rõ ràng và minh bạch về mục tiêu chính của biện pháp này là để tái đầu tư vào cơ sở hạ tầng mới. Điều này có nghĩa là tỷ lệ tiền thu được sẽ được phân bổ cho cơ sở hạ tầng mới phải được biết trước và sự cam kết về việc phân bổ như vậy phải đáng tin cậy,
- Nhượng quyền kinh tế từ các tài sản cụ thể thuộc sở hữu của chính phủ, như một điều kiện tiên quyết để tiến hành các dự án cơ sở hạ tầng mới được chỉ định, và

- Sự liên kết thể chế giữa việc nhượng quyền và đầu tư đòi hỏi Chính phủ ban hành các chính sách phù hợp, phản ánh các ưu tiên dự án của Chính phủ. Nghĩa là, AR khác với biện pháp mà các quỹ hưu trí hoặc quỹ đầu tư quốc gia thường làm nhằm cấu trúc lại danh mục đầu tư nắm giữ của mình bằng cách bán một số tài sản cơ sở hạ tầng và mua những tài sản khác. Tương tự, AR cũng khác với các tình huống trong đó các Doanh nghiệp nhà nước (SOE) quản lý danh mục tài sản của họ hoàn toàn trên cơ sở thương mại trong phạm vi nhiệm vụ của doanh nghiệp.

HÌNH 0.1: KHÁI NIỆM AR

Trong các yêu cầu chung ở trên, các cấu phần khác nhau của AR có thể có nhiều dạng. Nhà nước có thể tạo nguồn thu từ các tài sản hiện có thông qua nhiều hình thức từ việc bán hoàn toàn hoặc một phần quyền sở hữu của chính phủ trong các doanh nghiệp cơ sở hạ tầng, cho thuê dài hạn (bao gồm cả cho thuê hoạt động, hoặc vận hành và duy trì hợp đồng với phí chuyển nhượng) tài sản công (PPP cho các công trình hiện có "brownfield"), bán tài sản thuộc sở hữu của chính phủ để lập các liên doanh với khu vực tư nhân, các hợp đồng vận hành và bảo trì, và chứng khoán hóa các dòng doanh thu.

Tương tự, số tiền thu được từ tài sản cơ sở hạ tầng không cần phải được phân bổ hoàn toàn cho các dự án mới được chỉ định. Chính phủ có thể chọn sử dụng một phần số tiền thu được để thanh toán các khoản nợ hiện có hoặc để giải quyết các vấn đề cụ thể của cộng đồng. Yêu cầu chính đối với một thỏa thuận nằm trong định nghĩa AR là phần tiền thu được dành cho cơ sở hạ tầng mới phải được biết trước và Chính phủ có kế hoạch rõ ràng về phương thức dự án mới sẽ được tài trợ và hỗ trợ đầy đủ, sử dụng cả tiền thu được từ tài sản cơ sở hạ tầng và các nguồn khác.

Mối liên kết thể chế giữa việc nhượng quyền và đầu tư giúp phân biệt AR với các hình thức thoái vốn hoặc tư nhân hóa khác. Mặc dù AR cũng có thể bao gồm việc bán tài sản của Chính phủ như tư nhân hóa, AR đặt ra một thỏa thuận rõ ràng là sử dụng tiền thu được để đầu tư vào cơ sở hạ tầng mới. Việc sử dụng số tiền thu được phải được lên kế hoạch trước khi bán tài sản và được công bố để công chúng giám sát.

Về mặt đầu tư, AR tương thích với mọi hình thức đầu tư. Tiền thu được từ AR có thể được sử dụng để đầu tư công thông thường. Tuy nhiên, chúng cũng có thể được sử dụng để cung cấp VGF cho các

dự án PPP trong tương lai hoặc sử dụng như một khoản đầu tư vốn chủ sở hữu cho các SOE được giao nhiệm vụ phát triển các dự án cơ sở hạ tầng cụ thể.

Các thỏa thuận cụ thể để thể chế hóa mối liên kết giữa nhượng quyền và đầu tư mới sẽ phụ thuộc vào các chuẩn mực chính trị và pháp lý riêng của mỗi quốc gia. Ví dụ: trong một số trường hợp, khi các tổ chức công sở hữu tài sản có quyền tự chủ và ảnh hưởng chính trị đáng kể, chính phủ có thể cần đảm bảo rằng các tổ chức đó được khuyến khích thực hiện AR bằng cách giữ một phần tiền thu được hoặc trở thành chủ sở hữu tài sản mới. Trong các trường hợp khác, các chính phủ có thể muốn chuyển tiền thu được thông qua các quỹ ngân sách chuyên dụng.

Tương tự, tùy thuộc vào đặc điểm thể chế của từng quốc gia và bản chất của các vấn đề cơ sở hạ tầng đang được giải quyết, AR có thể được triển khai ở cấp ngành, cấp vùng, khu vực hoặc rộng hơn. Ví dụ: nếu tài sản đem nhượng quyền là cùng ngành với cơ sở hạ tầng mới đang được xây dựng—chẳng hạn như đường thu phí—thì có thể thiết lập AR theo ngành hiệu quả, với các cấu trúc thể chế dưới sự kiểm soát của một cơ quan bộ ngành cụ thể. Tuy nhiên, nếu các tài sản hiện có thuộc ngành khác với các tài sản đang được xây dựng (ví dụ: các nhà máy điện thuộc sở hữu của Chính phủ được nhượng quyền để tạo ngân sách đầu tư cho các dự án ngành nước), có thể cần phải có các khung tài chính rộng hơn để chuyển hướng các nguồn vốn.

Vai trò của các cấu trúc thể chế cụ thể—chẳng hạn như quỹ quay vòng, hay các doanh nghiệp nhà nước —trong chương trình AR cũng phụ thuộc vào môi trường pháp lý và thể chế ở mỗi quốc gia. Mặc dù không có mô hình chung nào phù hợp cho tất cả các quốc gia, cấu trúc thể chế mà qua đó tiền chảy từ cơ sở hạ tầng cũ sang đầu tư các trợ dự án mới phải đáp ứng các mục tiêu sau:

- **Độ tin cậy của cam kết** – cấu trúc thể chế cần đảm bảo chắc chắn rằng số tiền thu được từ nhượng quyền các tài sản cũ sẽ được sử dụng cho các dự án cụ thể và có cơ chế ngăn việc sử dụng số tiền đó cho các mục đích khác
- **Minh bạch** – dòng tiền, bao gồm bất kỳ khoản tiền nào được nắm giữ trong một khoảng thời gian, cần phải được hạch toán công khai. Tính minh bạch và cạnh tranh sẽ là nền tảng cho AR trong cả giai đoạn nhượng quyền và đầu tư mới.

CHÍNH PHỦ SẼ XEM XÉT NHƯỢNG QUYỀN CÁC TÀI SẢN HẠ TẦNG HIỆN CÓ ĐỂ GIẢI QUYẾT HẠN CHẾ NGUỒN TÀI CHÍNH ĐỂ ĐẦU TƯ CƠ SỞ HẠ TẦNG MỚI

Cung cấp cơ sở hạ tầng thường được coi là trách nhiệm của khu vực công, cho dù việc đầu tư cơ sở hạ tầng có được thực hiện theo hình thức đầu tư công thông thường hay một số hình thức hợp tác với khu vực tư nhân. Cơ sở hạ tầng chất lượng cao là điều kiện cần thiết để chính phủ đạt được các mục tiêu phát triển kinh tế và xã hội, chẳng hạn như tăng năng suất kinh tế và mức sống.

Trong bối cảnh này, chính phủ có thể cung cấp tài chính cho các dự án cơ sở hạ tầng dưới 2 hình thức:

- Trợ cấp cho các dự án cơ sở hạ tầng không khả thi về mặt tài chính nếu không có trợ cấp. Tài trợ của chính phủ là khoản đóng góp của khu vực công cho các dự án cơ sở hạ tầng mà không phải hoàn trả từ doanh thu của dự án. Tài trợ có thể được cấp dưới dạng trợ cấp định kỳ, trợ cấp trả trước nhằm tăng tính khả thi hoặc trực tiếp cung cấp cơ sở hạ tầng hỗ trợ cần thiết để tăng tính khả thi của dự án. Các chính phủ có thể phải trợ cấp cho các dự án mà phí thu từ người dùng không đủ, những dự án có những lợi ích kinh tế và xã hội quan trọng

hoặc các dự án trong những lĩnh vực không có cơ chế tính phí người hưởng lợi cho việc sử dụng cơ sở hạ tầng công cộng (chẳng hạn như đường công cộng).

- Đầu tư vào cơ sở hạ tầng mới, bao gồm cả những cơ sở hạ tầng liên quan đến thích ứng với biến đổi khí hậu và khả năng phục hồi có thể gây ra nhiều thách thức hơn cho khu vực tư nhân.

Khó khăn lớn mà các chính phủ thường đối mặt là thiếu hụt nguồn tài chính để trợ cấp cho các dự án cơ sở hạ tầng, đặc biệt các dự án đầu tư cơ sở hạ tầng cần thiết nhằm đáp ứng các mục tiêu phát triển bền vững như SDGs hoặc đẩy nhanh quá trình giảm thiểu phát thải là những dự án không thể tự tạo ra đủ doanh thu để bù đắp chi phí đầu tư. Điều đó có nghĩa là các chính phủ phải đóng góp cho các dự án cơ sở hạ tầng từ các nguồn doanh thu khác, bao gồm cả các khoản thu thuế.

Nhượng quyền để thu tiền từ các tài sản hiện có là một nguồn bổ sung ngân sách khả thi mà các chính phủ có thể áp dụng để đầu tư cơ sở hạ tầng mới. Hình thức tạo nguồn thu này không đòi hỏi phải tăng thuế hoặc các gánh nặng khác đối với nền kinh tế. Hơn nữa, sử dụng số tiền thu được từ cơ sở hạ tầng hiện có để đầu tư các tài sản mới tồn tại lâu dài sẽ tránh được rủi ro tài sản tích lũy bị tiêu tan vào việc chi thường xuyên.

Mối liên hệ trực tiếp và được thể chế hóa giữa nhượng quyền tài sản cũ và đầu tư mới có thể giúp giảm những phản đối chính trị và xã hội chung đối với việc nhượng quyền thu phí cho tư nhân. Công chúng thường nghi ngờ việc bán tài sản vì chúng có thể dẫn đến chi tiêu lãng phí hoặc được sử dụng để hỗ trợ các hoạt động tạm thời nhưng không bền vững. AR có thể giải quyết những vấn đề đó vì nó xác lập các nguyên tắc có tính kỷ luật cao về cách sử dụng nguồn tiền thu được từ nhượng quyền tài sản cơ sở hạ tầng. AR—nếu được triển khai tốt—sẽ tạo ra mối liên kết mạnh mẽ, thường xuyên công khai, giữa nguồn thu từ nhượng quyền tài sản với đầu tư vào cơ sở hạ tầng mới. Công khai, minh bạch thông tin và sự giám sát kỹ lưỡng đối với việc sử dụng tiền tức là phải cung cấp cho công chúng hiểu rõ lý do tại sao lại nhượng quyền thu phí đối với các tài sản cơ sở hạ tầng hiện có, những lợi ích đó là gì và chúng được dùng để làm gì, và do đó công chúng sẽ chấp nhận việc áp dụng các biện pháp đề ra.

NHƯỢNG QUYỀN TÀI SẢN HIỆN CÓ PHẢI ĐƯỢC THỰC HIỆN THEO CÁC TIÊU CHUẨN CẠNH TRANH VÀ MINH BẠCH GIỐNG NHƯ BẤT KỲ QUY TRÌNH NÀO LIÊN QUAN ĐẾN SỰ THAM GIA CỦA TƯ NHÂN VÀO CƠ SỞ HẠ TẦNG

Tuy nhiên, điều quan trọng cần lưu ý là việc áp dụng AR đơn thuần sẽ không giải quyết được tất cả các vấn đề và sự nghi ngờ của công chúng. AR cần được triển khai cùng với các quy trình chất lượng cao, cạnh tranh và minh bạch cả về việc nhượng quyền tài sản hiện có và đầu tư các tài sản mới.

Nhiều chính phủ đã tăng cường huy động khu vực tư nhân trong cung cấp cơ sở hạ tầng nhằm tận dụng kinh nghiệm chuyên môn, nâng cao hiệu quả, và đổi mới sáng tạo. Khu vực tư nhân cũng mang đến những nguồn vốn mới. Thông thường, những lợi ích như vậy của sự tham gia của khu vực tư nhân—thường đạt được thông qua các hình thức đầu tư PPP—đã được áp dụng cho các dự án đầu tư mới.

AR sẽ mang lại những lợi ích tương tự như các hình thức tham gia của tư nhân vào các dự án mới. Biện pháp này có thể góp phần giảm chi phí và nâng cao chất lượng dịch vụ, đồng thời tạo nền tảng

tăng ngân sách cho đầu tư mới. Việc xây dựng thể chế cần hướng tới cạnh tranh và minh bạch hơn cho các công trình xây dựng mới và hướng tới đảm bảo rằng các chính phủ duy trì sự giám sát vì lợi ích công đối với các tài sản chiến lược.

Ấn Độ và Indonesia là hai quốc gia có các chương trình AR của Chính phủ được thiết kế tốt. Các chương trình của họ được mô tả ngắn gọn dưới đây. Một số ví dụ về các chương trình AR ở các quốc gia khác được trình bày trong Phụ lục A.

1.2 CHƯƠNG TRÌNH NHƯỢNG QUYỀN HẠN CHẾ Ở INDONESIA

Vào năm 2020, Indonesia đã phát triển chương trình AR có tên là Chương trình nhượng quyền hạn chế (LCS). Mặc dù đề án đã được ban hành vào năm 2020 nhưng Chính phủ vẫn đang rà soát danh mục tài sản cho LCS và chưa kết thúc bất kỳ giao dịch nào theo Chương trình này.

LCS bao gồm hai hợp phần: cho thuê dài hạn các tài sản hiện có thuộc sở hữu của Chính phủ hoặc SOE, sau đó tái đầu tư số tiền thu được đó vào cùng lĩnh vực theo danh sách các dự án ưu tiên chính thức của Indonesia. Mục tiêu của LCS là hỗ trợ Chính phủ Indonesia phát triển nhiều dự án cơ sở hạ tầng hơn mà không cần dựa vào việc vay nợ chính phủ bổ sung hoặc PPP. Rủi ro thương mại, lợi ích và chi phí được chuyển giao cho một bên tư nhân để đổi lấy một khoản phí nhượng quyền trong suốt thời gian của hợp đồng.

Thông qua quy định này, khu vực tư nhân (bao gồm các công ty trách nhiệm hữu hạn và các doanh nghiệp nước ngoài) sẽ được phép quản lý và vận hành các tài sản cơ sở hạ tầng công cộng hiện có trong lĩnh vực giao thông vận tải (cảng biển, sân bay, đường sắt và trạm xe buýt), đường thu phí, nguồn nước, hệ thống thoát nước , và hệ thống quản lý chất thải, viễn thông, nhà máy điện, năng lượng tái tạo, dầu khí (“Tài sản LCS”).

Cơ chế tài chính này dự kiến sẽ trở thành một nguồn tài chính thay thế mới cho các dự án phát triển cơ sở hạ tầng. Với mô hình LCS, chính phủ có thể “tái đầu tư” các tài sản cơ sở hạ tầng hoạt động hiện có để đầu tư dự án mới hoặc nâng cấp các dự án khác bằng cách sử dụng tiền phí nhượng quyền trả trước từ khu vực tư nhân. Đổi lại, khu vực tư nhân sẽ được nhượng quyền vận hành Tài sản LCS trong một khoảng thời gian nhất định để đảm bảo hoàn vốn đầu tư.

Khu vực tư nhân được nhượng quyền sẽ chuyển khoản phí trả trước trong vòng 6 (sáu) tháng sau khi thực hiện thỏa thuận LCS. Khi chuyển giao tài sản, khu vực tư nhân phải chịu trách nhiệm hoàn toàn về việc vận hành và bảo trì tài sản, bao gồm cả việc nộp thuế hiện hành liên quan đến tài sản. Khu vực tư nhân dự kiến sẽ cải thiện hiệu quả hoạt động trong khi duy trì các dịch vụ và hiệu suất của tài sản.

Khung LCS được thành lập vào năm 2020, được thiết kế để nhượng quyền kinh tế đối với các tài sản cơ sở hạ tầng có dòng tiền dương do chính phủ sở hữu và vận hành, đồng thời sử dụng số tiền thu được đó để đầu tư cho các tài sản cơ sở hạ tầng mới. Các lĩnh vực cơ sở hạ tầng đủ điều kiện cho LCS bao gồm giao thông vận tải (bao gồm cảng, đường thu phí, sân bay, tàu hỏa và các trạm xe buýt), nước và nước thải, viễn thông và công nghệ thông tin, dầu mỏ, khí đốt tự nhiên và năng lượng tái tạo.

Nhà đầu tư sẽ phải trả trước phí nhượng quyền cho các tài sản được nhượng quyền. Mô hình LCS có các đặc điểm sau:

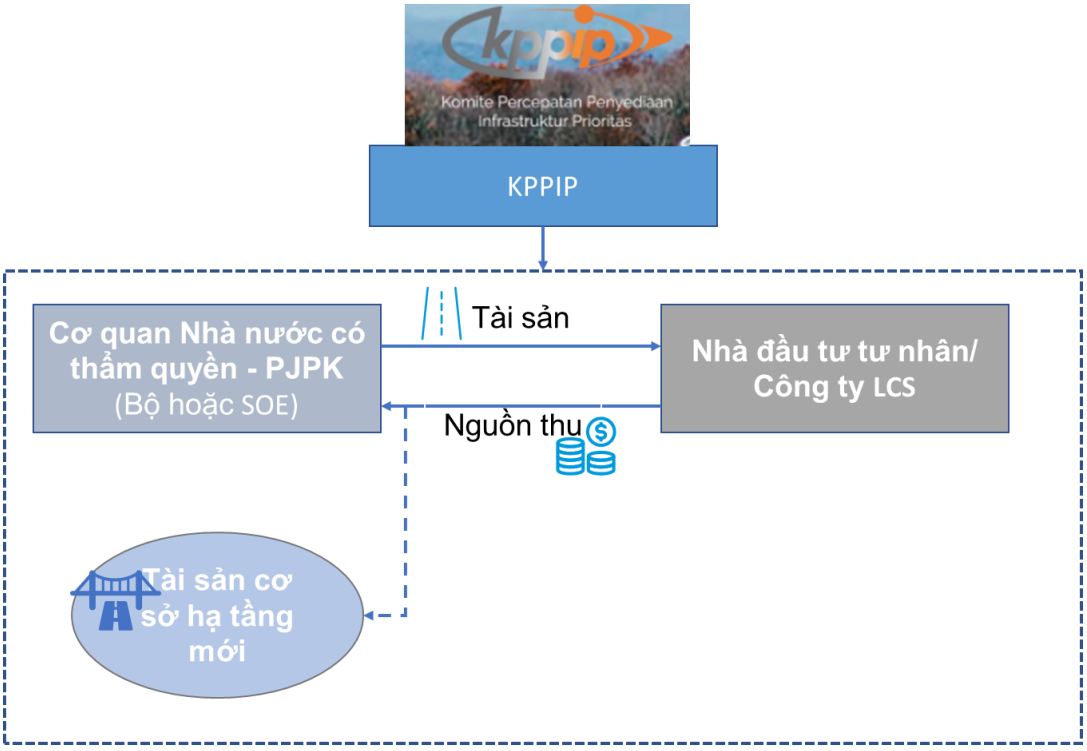
- Đã hoạt động ít nhất hai năm;
- Có cải thiện về hiệu quả hoạt động theo các chuẩn mực quốc tế được áp dụng chung;
- Thời gian sử dụng còn lại của tài sản tối thiểu là mười năm; và
- Có các báo cáo tài chính đã được kiểm toán theo Chuẩn mực kế toán nhà nước kỳ trước.

Ngoài các đặc điểm trên, tài sản thuộc sở hữu của SOEs còn phải có các đặc điểm sau:

- Ghi nhận dòng tiền dương trong ít nhất hai năm liên tiếp; và
- Báo cáo tài chính đã được kiểm toán trong ít nhất ba năm liên tiếp dựa trên các hướng dẫn về báo cáo kế toán tài chính chuẩn của Indonesia.

HÌNH 0.2 trình bày cấu trúc triển khai của khung LCS.

HÌNH 0.2: KHUNG TRIỂN KHAI LCS



- KPPIP – Ủy ban Tăng tốc xây dựng cơ sở hạ tầng ưu tiên là cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm lập kế hoạch, ưu tiên và điều phối các tài sản và đầu tư của LCS.
- PJPK - Cơ quan Nhà nước có thẩm quyền – Tổ chức có thẩm quyền đối với tài sản cơ sở hạ tầng được nhượng quyền, có thể là:
  - Bộ trưởng hoặc thủ trưởng cơ quan nếu tài sản thuộc sở hữu của chính phủ; hoặc
  - Người đứng đầu SOE nếu tài sản thuộc sở hữu của SOE

  PJPK phối hợp với KPPIP để lập kế hoạch và thực hiện nhượng quyền một tài sản.

- PJPK ký kết hợp đồng LCS với một bên tư nhân và sử dụng tiền thu được từ LCS để đầu tư các tài sản cơ sở hạ tầng mới khác.

Việc triển khai khung LCS có ba giai đoạn:

- Giai đoạn 1 là giai đoạn ứng dụng. PJPK cần chuẩn bị kế hoạch LCS để trình KPPIP phê duyệt. Kế hoạch LCS ở mức tối thiểu phải bao gồm tài sản dự định sẽ được nhượng quyền, ước tính giá trị của số tiền thu được từ tài sản đó và số tiền đó sẽ được sử dụng cho mục đích gì.
- Giai đoạn 2 là giai đoạn xem xét. KPPIP sẽ xem xét từng kế hoạch LCS của PJPK. KPPIP sẽ tiến hành phân tích chi phí-lợi ích và giá trị đồng tiền của từng dự án có trong mỗi kế hoạch LCS. Bất kỳ tài sản nào được đề xuất trong các kế hoạch LCS được phê duyệt sau đó sẽ được xác định và tích hợp vào Kế hoạch tài sản LCS của KPPIP.
- Giai đoạn 3 là giai đoạn thực hiện. PJPK tiến hành chuẩn bị và thực hiện giao dịch theo các quy trình và quy định áp dụng cho tổ chức có liên quan.

Tiền thu được từ nhượng quyền tài sản cơ sở hạ tầng được giao lại cho PJPK (chủ sở hữu tài sản ban đầu). Số tiền thu được này phải được tái đầu tư trở lại vào cùng lĩnh vực của tài sản đã được nhượng quyền và tuân theo Danh mục các dự án cơ sở hạ tầng ưu tiên và/hoặc Dự án Chiến lược quốc gia của Indonesia. Do đó, có hai tổ chức tham gia vào quá trình tái đầu tư:

- PJPK – Tiền thu được từ tài sản cơ sở hạ tầng sẽ do PJPK nắm giữ. Sau đó, PJPK chịu trách nhiệm đầu tư số tiền thu được đó theo danh sách các dự án ưu tiên do KPPIP xác định.
- KPPIP – KPPIP quyết định danh sách các Dự án Cơ sở hạ tầng ưu tiên và Dự án Chiến lược quốc gia của Indonesia, do đó có thẩm quyền tối cao về nơi tiền thu được từ LCS có thể được tái đầu tư. KPPIP sẽ giám sát cách PJPK đầu tư số tiền thu được từ tài sản cơ sở hạ tầng.

Khung pháp lý chi phối hoạt động tái đầu tư vừa là các quy định của LCS vừa là bộ quy định chi phối vai trò của KPPIP.

Có một mối liên hệ thể chế chính thức giữa việc thu tiền từ nhượng quyền và tái đầu tư vì PJPK phải gửi kế hoạch LCS của mình cho KPPIP để phê duyệt. Điều này có nghĩa là nếu số tiền thu được không nhằm mục đích tái đầu tư theo danh sách các dự án ưu tiên của KPPIP, thì kế hoạch LCS sẽ không được phê duyệt và việc nhượng quyền tài sản sẽ không xảy ra.

Ngoài ra, điều đáng chú ý là Indonesia đã thực hiện chương trình tái đầu tư tài sản đặc biệt (*ad hoc*), điển hình là ở cấp độ SOE. Ví dụ, vào năm 2019, Chính phủ đã giao cho Hutama Karya, một SOE thuộc Bộ Công trình (Ministry of Public Works), chịu trách nhiệm phát triển mạng lưới đường cao tốc thu phí xuyên Sumatra. Do mạng lưới xuyên Sumatra không khả thi về mặt tài chính nên Bộ Công trình đã chuyển hai tuyến đường thu phí hiện có ở Jakarta sang bảng cân đối kế toán của Hutama Karya. Các tuyến đường thu phí ở Jakarta dự kiến sẽ tạo ra thặng dư tài chính đáng kể, khoản thặng dư này sẽ được sử dụng một cách hiệu quả như một khoản vốn góp vào Hutama Karya để cho phép đầu tư các dự án mới.

1.3 THU PHÍ – VẬN HÀNH – BẢO DƯỠNG – CHUYỂN GIAO Ở ẤN ĐỘ (TOT)

Ấn Độ có một lịch sử tương đối lâu dài trong việc nhượng quyền thu phí các tài sản đường cao tốc của mình. Trong khi nỗ lực ban đầu của Ấn Độ vào năm 2009 trong việc thực hiện AR thông qua mô hình Vận hành-Bảo dưỡng -Chuyển giao đã đạt được nhiều thành công, thì nỗ lực tiếp theo của Ấn Độ vào năm 2016 thông qua mô hình Thu phí-Vận hành-Bảo dưỡng -Chuyển giao (TOT) do khu vực tư nhân sở hữu đã đạt được thành công lớn hơn.[3]

Việc áp dụng mô hình AR đối với các dự án đường cao tốc được thực hiện bởi Cơ quan quản lý đường cao tốc quốc gia Ấn Độ (NHAI), một cơ quan được thành lập trực thuộc Bộ Đường bộ, Giao thông vận tải và Đường cao tốc (MORTH). NHAI chịu trách nhiệm về hai việc:

- Với tư cách là chủ sở hữu tài sản của các đường cao tốc quốc gia của Ấn Độ, NHAI nhượng quyền các dự án đường cao tốc hiện có theo các mô hình PPP của Ấn Độ. Gần đây NHAI đã áp dụng AR thông qua mô hình TOT. Thông qua đó, NHAI đã đầu tư và nhượng quyền thu phí các gói đường cao tốc cho các nhà đầu tư tư nhân thuê trong 30 năm để đổi lấy một khoản phí nhượng quyền trả trước.
- Tiền thu được gửi vào một quỹ ủy thác tập trung được gọi là Quỹ thu lời từ đường cao tốc quốc gia, do NHAI quản lý.
- NHAI có khả năng tái đầu tư số tiền thu được vào lĩnh vực đường cao tốc như một phần của mạng lưới đường bộ quốc gia.

Mô hình TOT đã được áp dụng cho những con đường có lịch sử doanh thu thu phí ổn định cho phép các nhà đầu tư tư nhân tiềm năng tin tưởng vào dự báo lưu lượng giao thông của dự án. Điều này đảm bảo rằng MORTH có thể thu được số tiền cao nhất từ việc cấp các nhượng quyền này.

Mục tiêu của các nhượng quyền TOT là:

- Cung cấp một khuôn khổ vận hành và bảo trì (O&M) hiệu quả có thể hạn chế sự tham gia vận hành của NHAI.
- Tạo cơ hội kinh doanh cho các bên thuộc khu vực tư nhân chuyên về O&M đường cao tốc và tìm kiếm lợi nhuận ổn định lâu dài từ doanh thu thu phí mà không phải chịu rủi ro xây dựng và phát triển.
- Sử dụng tiền kiếm được từ tài sản để phát triển cơ sở hạ tầng ưu tiên nhằm đáp ứng các chương trình nghị sự về cơ sở hạ tầng của Chính phủ.

Để đủ điều kiện là tài sản cho mô hình TOT, đường thu phí phải đáp ứng các tiêu chí sau:

- Đường cao tốc phải do Chính phủ hoặc các cơ quan của Chính phủ sở hữu và vận hành;

[3] AR thông qua mô hình TOT, cho đến nay, đã được thực hiện ở năm nhóm đường. Cho đến nay, chỉ có gói thứ nhất, thứ ba và thứ năm được kiếm tiền thành công, huy động lần lượt 1,3 tỷ đô la Mỹ, 0,7 tỷ đô la Mỹ và 0,4 tỷ đô la Mỹ. Phiên đấu giá theo gói thứ hai và thứ tư đã bị hủy do giá đấu thầu không vượt quá giá khởi điểm (đặt trước).

- Về cơ bản, tất cả vốn đầu tư xây dựng đã được Chính phủ chi cho việc xây dựng, phát triển và nâng cấp tài sản mà không cần chuyển giao trách nhiệm cấp vốn đầu tư cho tư nhân, do đó, không có chi phí vay vốn ngắn hạn;
- Lưu lượng đã chứng minh tương đối tốt và được hỗ trợ bởi các dự đoán cho biết mức tăng trưởng lưu lượng giao thông trong tương lai.

Bảy mươi lăm (75) dự án quốc lộ đang vận hành với tổng chiều dài 4500 km và hoàn thành bằng nguồn vốn công đã được xác định sẽ áp dụng mô hình TOT. Chúng được gộp thành 10 hồ sơ thầu riêng biệt. Tổng giá trị của 75 dự án được trao thông qua mô hình TOT ước tính khoảng 4,75 tỷ USD.

Quỹ thu lời từ đường cao tốc Quốc gia (TOT) được thiết lập dưới quyền của Cơ quan Quản lý Đường cao tốc Quốc gia Ấn Độ để quản lý và tái đầu tư số tiền thu được vào việc phát triển các dự án đường cao tốc mới, bao gồm cả việc vận hành và bảo trì chúng.

Khung AR này, so với phân loại AR chúng tôi, là một khung theo Bộ ngành. Việc nhượng quyền và tái đầu tư đều do NHAI đảm nhận.

HỘP 0.1: 5 GÓI DỰ ÁN ĐÃ ĐƯỢC ÁP DỤNG THEO MÔ HÌNH TOT Ở ẤN ĐỘ

Kể từ khi bắt đầu chương trình TOT tính đến tháng 3 năm 2021, NHAI đã thực hiện thành công nhượng quyền thu phí cho 4 gói dự án được cao tốc.

- Gói **dự án đầu tiên** gồm chín dự án đường cao tốc ở Bang Andhra Pradesh và Gujarat **được trao cho Macquarie Group, một quỹ đầu tư cơ sở hạ tầng có trụ sở tại Sydney, Australia, v**ào tháng 3 năm 2018, Macquarie Group, công ty quản lý tài sản cơ sở hạ tầng có trụ sở tại Sydney**.** So với giá **mời** thầu ban **đầu** là IDR 62**.**580 **triệu,** Macquarie Group đã thắng thầu với số tiền là IDR 96.810 triệu**, và** trở thành một trong những khoản đầu tư trực tiếp nước ngoài lớn nhất vào cơ sở hạ tầng công cộng ở Ấn Độ. Giá đấu thầu này cao hơn 55% so với giá trị nhượng quyền ước tính ban đầu của NHAI. Thời hạn nhượng quyền là 30 năm, cho doanh nghiệp dự án (SPV) của Tập đoàn Macquarie.
- Vào tháng 6 năm 2019, NHAI đã đấu thầu chọn nhà đầu tư TOT cho 5 tuyến đường cao tốc có tổng chiều dài 566,27 km chạy qua các địa phương Uttar Pradesh, Bihar, Jharkhand, và Tamil Nadu. Cube Highways, nhà đầu tư được quỹ I Squared Capital và International Finance Corp. (IFC) đã trúng thầu với giá nhượng quyền IDR 50.110 triệu, cao hơn mức giá mời thầu ban đầu IDR49.954 triệu, cho thời hạn nhượng quyền 30 năm.
- Vào ngày 18 tháng 1 năm 2021, NHAI đã đấu thầu và chọn hai nhà đầu tư, Adani Enterprises và DP Jain & Co, cho hai gói dự án đường cao tốc có tổng chiều dài lần lượt là 53.6 và 105 km tại Gujarat. Thời hạn cho nhà đầu tư tư nhân thuê là 20 năm.

1.4 ÁP DỤNG MÔ HÌNH AR TẠI VIỆT NAM

Việt Nam hiện có ba mô hình cho phép khu vực tư nhân tham gia vào cơ sở hạ tầng. Đó là:

- Hợp đồng Kinh doanh và Quản lý (O&M) theo hình thức PPP – theo luật PPP mới của Việt Nam, Chính phủ Việt Nam có thể để khu vực tư nhân kinh doanh và quản lý các dự án cơ

sở hạ tầng đang hoạt động thông qua hình thức các hợp đồng Kinh doanh và Quản lý (O&M) hoặc đầu tư sửa chữa.

- Xã hội hóa dịch vụ công – tư nhân đầu tư hoàn toàn vào các dự án cơ sở hạ tầng
- Cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước – bán cổ phần của doanh nghiệp nhà nước cho các nhà đầu tư tư nhân.

Việt Nam chưa có khung AR. Chính phủ chưa tạo ra một mô hình cung cấp một liên kết thể chế của việc nhượng quyền thu phí từ tài sản của mình (như ba mô hình được xác định ở trên) để tiền thu được sẽ được đầu tư trở lại vào các dự án cơ sở hạ tầng mới. Thay vào đó, số tiền kiếm được sẽ được chuyển về ngân sách Nhà nước mà không có kế hoạch cụ thể cho việc tái đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng.

Trong số ba mô hình trên ở Việt Nam, hợp đồng O&M là phù hợp nhất. Theo mô hình này, các nhà đầu tư tư nhân phải trả trước một khoản phí để đổi lấy quyền thu phí dài hạn. Tuy nhiên, mô hình này chưa được áp dụng tại Việt Nam. Không phải bất kỳ dự án hiện có nào cũng thu hút được các nhà đầu tư tư nhân để vận hành và duy trì các tài sản công hiện có. Ngoài ra, Luật PPP không cho phép các nhà đầu tư tài chính (chủ yếu là các nhà đầu tư tổ chức) tham gia đấu thầu các hợp đồng PPP, bao gồm cả O&M. Ví dụ ở Ấn Độ đã chỉ ra rằng một nhà đầu tư tổ chức có thể đứng đầu liên danh (consortium) cung cấp dịch vụ O&M và thu phí cầu đường.

Các nhà đầu tư tổ chức quốc tế khá quan tâm đến hình thức này vì họ có thể tránh được rủi ro trong giai đoạn xây dựng và rủi ro doanh thu có thể được giảm thiểu nếu các dự án hiện đang hoạt động đã thiết lập nguồn doanh thu ổn định được chứng minh bằng hiệu suất trong quá khứ. Tuy nhiên, mối quan tâm chính của họ là thiếu minh bạch và dữ liệu đáng tin cậy về hiệu quả hoạt động trong quá khứ của các dự án cơ sở hạ tầng đang có. Không có dữ liệu đáng tin cậy, các nhà đầu tư không thể tự tin đấu thầu quyền thu phí liên quan đến các dự án do chính phủ điều hành.

1.5 KHUYẾN NGHỊ CHO ÁP DỤNG MÔ HÌNH AR TẠI VIỆT NAM

Chúng tôi khuyến nghị Chính phủ thực hiện cơ chế AR để có thể tạo nguồn thu từ danh mục tài sản cơ sở hạ tầng được đầu tư bằng vốn Nhà nước nhằm đầu tư cho các tài sản cơ sở hạ tầng mới. Một số dự án thí điểm có thể được thực hiện trong lĩnh vực giao thông vận tải, nơi mà Chính phủ đã đầu tư phát triển đường cao tốc. Chính phủ nên xây dựng một khung pháp lý chi tiết để sử dụng mô hình nhượng quyền nhằm cho phép các nhà đầu tư tư nhân vận hành và bảo trì đường công cộng để đổi lấy phí nhượng quyền. Từ kinh nghiệm quốc tế, khung pháp lý về AR nên bao gồm các đặc điểm chính sau:

- Tạo mối liên kết chính thức và thể chế hóa giữa nhượng quyền tạo nguồn thu từ tài sản hiện có và tái đầu tư vào cơ sở hạ tầng mới. Điều này có thể tập trung vào một lĩnh vực cụ thể tương tự như Ấn Độ để giảm nhu cầu nguồn lực và rủi ro thực hiện.
- Chính phủ quy định về sở hữu lâu dài: Thời hạn sở hữu thường là dài hạn, ngắn nhất là 25 năm và dài nhất là toàn quyền sở hữu. Điều này tạo động lực cho khu vực tư nhân sở hữu tài sản, thực hiện các cải tiến về vốn và hoạt động, nhận được lợi ích từ những cải tiến đó và cuối cùng chuyển một số lợi ích đó cho người dùng cuối.
- Chính phủ cung cấp các quy trình minh bạch để xác định tài sản nào nên được áp dụng mô hình AR: Các quy trình cụ thể được thiết lập để xác định tài sản dùng để kiếm tiền. Chính

quyền bang NSW (Úc) đã phân tích chi phí và lợi ích tương đối của quyền sở hữu công cộng và tư nhân để xác định tài sản để bán. Chính phủ Ấn Độ yêu cầu một số điều kiện để áp dụng AR với các đường cao tốc, chẳng hạn như lưu lượng giao thông đã được chứng minh với mức tăng trưởng dự kiến.

- Chính phủ tạo ra một cách tiếp cận có kế hoạch để thực hiện AR: Cách tiếp cận thông thường là các chương trình AR bao gồm lập danh mục các tài sản sẽ được cấu trúc để giới thiệu ra thị trường trong một thời gian nhất định. Điều này mang lại nhiều cơ hội đầu tư dài hạn cho khu vực tư nhân.
- Chính phủ tạo ra các thể chế chuyên vào việc thực hiện mô hình AR, ở cấp chính phủ hoặc cấp ngành: Mỗi chính phủ có một cấu trúc thể chế dành riêng cho AR. Úc (NSW) thành lập các tổ chức riêng biệt chịu trách nhiệm thực hiện AR.
- Chính phủ tạo ra các liên kết thể chế mạnh mẽ và chính thức giữa việc nhượng quyền tạo nguồn thu và tái đầu tư: Mỗi chính phủ thành lập các quỹ ủy thác chuyên dụng để giữ tiền thu được từ tài sản cơ sở hạ tầng. Sau đó, tùy thuộc vào việc đó là khung AR cấp bộ ngành hay cấp chính phủ, chúng được tái đầu tư bởi cơ quan quản lý ngành hoặc chính phủ. Điều này tạo ra mối liên kết chặt chẽ giữa nhượng quyền tạo nguồn thu và đầu tư vì khoản đầu tư đó phụ thuộc vào việc nhượng quyền.

2 HUY ĐỘNG VỐN TỪ CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC

Theo phương thức mua sắm tài chính tư nhân, nhà đầu tư tư nhân tài trợ phần lớn vốn đầu tư. Trong một số trường hợp, nhà đầu tư tư nhân nhận được trợ cấp tài chính của chính phủ để đầu tư tài sản cơ sở hạ tầng.

Để rõ ràng, có hai loại nhà đầu tư tư nhân trong một dự án cơ sở hạ tầng: nhà tài trợ dự án và nhà đầu tư tài chính.

- **Nhà đầu tư dự án** là bất kỳ nhà đầu tư nào có trang bị chuyên môn và kỹ năng về tài sản cơ sở hạ tầng, kinh doanh trong các lĩnh vực đó và cam kết lâu dài đối với việc xây dựng và/hoặc vận hành và bảo trì các tài sản đó thông qua việc cung cấp chuyên môn và kỹ năng, và góp vốn cổ phần, vay tiền để thực hiện. Các nhà tài trợ dự án bắt đầu các dự án bằng cách góp vốn chủ sở hữu ban đầu cho một SPV, hoặc trong hình thức PPP, đấu thầu các dự án do khu vực công đấu thầu. Các nhà đầu tư dự án tham gia chặt chẽ vào việc xây dựng và quản lý cơ sở hạ tầng.
- **Nhà đầu tư tài chính** là bất kỳ nhà đầu tư nào không có chuyên môn trong ngành, nhưng cấp vốn cho việc xây dựng tài sản cơ sở hạ tầng thông qua góp vốn cổ phần, hoặc cung cấp các khoản vay cho các nhà đầu tư dự án hoặc doanh nghiệp dự án. Họ thường không liên quan đến việc xây dựng và vận hành tài sản. Họ thường là các nhà đầu tư tổ chức bao gồm ngân hàng đầu tư, quỹ cơ sở hạ tầng, quỹ hưu trí và công ty bảo hiểm. Do đó, thuật ngữ "nhà đầu tư tổ chức" được sử dụng cho các nhà đầu tư tài chính.

Phần này thảo luận về phân loại các công cụ tài chính mà các nhà đầu tư dự án có thể sử dụng để huy động tài chính, ngoài các khoản vay thương mại thông thường, từ các nhà đầu tư tổ chức để cung cấp cơ sở hạ tầng. Phần này mô tả các nhà đầu tư tổ chức, các hình thức và phương tiện đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng.

2.1 ĐỊNH NGHĨA VỀ NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC

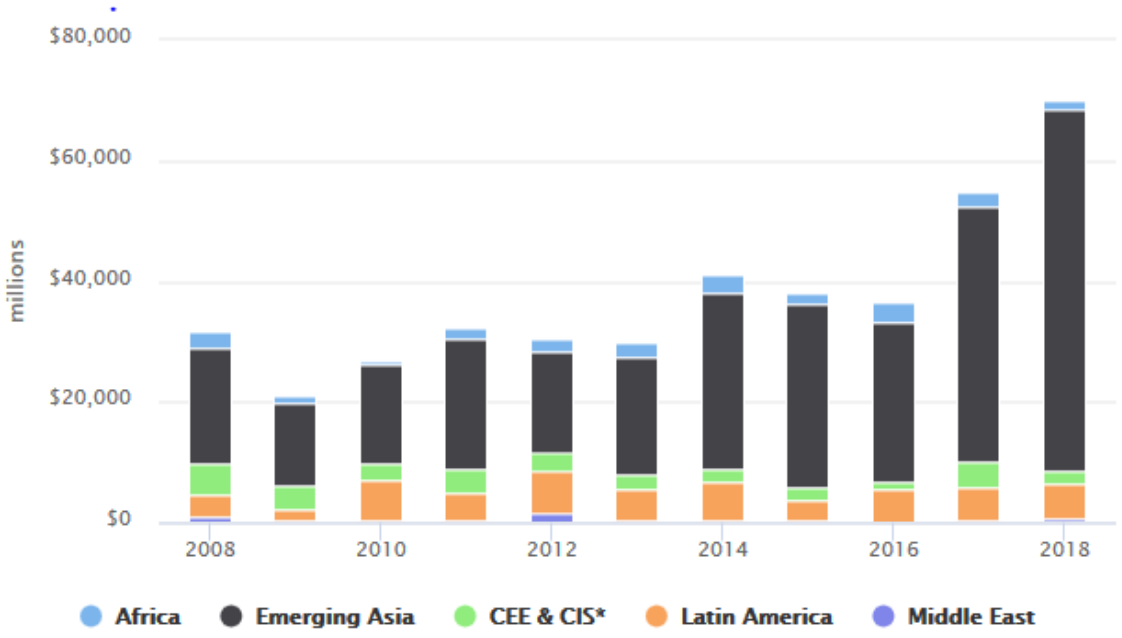
Các nhà đầu tư tổ chức là các pháp nhân nhận tiền từ khách hàng của họ, tạo ra một quỹ và sử dụng quỹ này để đầu tư vào nhiều công cụ tài chính như cổ phiếu, trái phiếu hoặc các phương tiện đầu tư khác. Các nhà đầu tư tổ chức được coi là những nhà đầu tư tinh vi, có kiến thức và kinh nghiệm đầu tư sâu rộng.

Nguồn tài chính cho cơ sở hạ tầng từ các nhà đầu tư tổ chức được đánh giá là rất tiềm năng. Đầu tư cơ sở hạ tầng hấp dẫn các nhà đầu tư tổ chức vì các yếu tố sau:

- Các nhà đầu tư tổ chức, đặc biệt là các quỹ hưu trí và công ty bảo hiểm có thể kết hợp thời hạn dài hạn của các khoản nợ hưu trí và nợ của các công ty bảo hiểm với chu kỳ đầu tư cơ sở hạ tầng
- Các khoản đầu tư cơ sở hạ tầng có thể tạo ra lợi suất cao hơn so với các sản phẩm đầu tư có lãi suất cố định (trái phiếu) mặc dù có khả năng biến động cao hơn, và
- Các khoản đầu tư vào cơ sở hạ tầng liên quan đến lạm phát có thể phòng ngừa rủi ro cho các quỹ hưu trí và trách nhiệm bảo hiểm cũng liên quan đến lạm phát.

Do đó, như được trình bày trong HÌNH 0.1, đầu tư của các nhà đầu tư tổ chức vào lĩnh vực cơ sở hạ tầng và phát triển đã tăng dần. Thị trường châu Á mới nổi đã nhận được một tỷ lệ đầu tư lớn của các nhà đầu tư tổ chức.

HÌNH 0.1: ĐẦU TƯ CỦA CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC VÀO CƠ SỞ HẠ TẦNG VÀ PHÁT TRIỂN



Nguồn: Hiệp hội vốn tư nhân toàn cầu (GPCA 2019)

Bốn loại hình nhà đầu tư tổ chức thường cung cấp tài chính, trực tiếp hoặc gián tiếp, cho các dự án cơ sở hạ tầng trên khắp thế giới bao gồm quỹ cơ sở hạ tầng, quỹ hưu trí, công ty bảo hiểm, và các quỹ đầu tư của các ngân hàng thương mại.

QUỸ CƠ SỞ HẠ TẦNG

Các quỹ cơ sở hạ tầng đã tồn tại trong một thời gian dài dưới hình thức các quỹ thuộc lĩnh vực vốn chủ sở hữu hoặc các quỹ thuộc lĩnh vực tư nhân chuyên biệt (ví dụ: trong lĩnh vực năng lượng, nước hoặc giao thông). Các nhà đầu tư chính của các quỹ cơ sở hạ tầng này là các quỹ hưu trí, cả nhà nước và tư nhân, và các công ty bảo hiểm. Chẳng hạn, quỹ hưu trí APG của Hà Lan đã đầu tư vào Quỹ PINA của Philippines.[4]

Một số quỹ cơ sở hạ tầng được hỗ trợ bởi các tổ chức tài chính phát triển và ngân hàng phát triển đa quốc gia. Ví dụ như Quỹ cơ sở hạ tầng toàn cầu của IFC, hay Quỹ cơ sở hạ tầng ASEAN với sự hỗ trợ của ADB.

Các quỹ cơ sở hạ tầng thường cấu trúc khoản đầu tư của họ thông qua vốn chủ sở hữu và các công cụ nợ. Họ nhắm mục tiêu cả các dự án cơ sở hạ tầng mới và đang hoạt động. Hầu hết các quỹ này nhằm mục đích tài trợ cho các dự án cơ sở hạ tầng lớn, có thể lên tới 1 tỷ USD.

QUỸ HƯU TRÍ

Quỹ hưu trí là quỹ được thành lập bằng cách sử dụng các khoản đóng góp bằng tiền từ các khoản tích lũy cho lương hưu. Vốn tích lũy thường được phân bổ cho các khoản đầu tư ổn định và tạo thu nhập, vì mục đích chính của quỹ hưu trí là cung cấp thu nhập tài chính ổn định cho người hưu trí khi nghỉ hưu.

Mục tiêu chính của quỹ hưu trí là trả lương hưu theo luật và quy định. Do đó, họ có khẩu vị rủi ro thấp và thường chỉ đầu tư vào các quỹ đa dạng hóa tốt, trái phiếu chính phủ có rủi ro thấp, cổ phiếu vốn lớn và tài sản ổn định. Các quỹ hưu trí có thể đầu tư trực tiếp vào các dự án cơ sở hạ tầng hoặc gián tiếp thông qua các quỹ cơ sở hạ tầng.

Nhiều quốc gia có quỹ dự phòng hưu trí công khai hoặc quỹ dự phòng an sinh xã hội (tương tự như quỹ bảo hiểm xã hội ở Việt Nam). Một quỹ hưu trí quốc gia lớn có thể có quy mô để đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng và có khả năng dẫn đầu thị trường. Quỹ Hưu trí Nhân viên Chính phủ Nam Phi (GEPF) là một ví dụ. Công ty Cổ phần Đầu tư công trị giá 150 tỷ USD, công ty quản lý quỹ của GEPF, là nhà đầu tư lớn nhất vào mạng lưới đường bộ của nước này và đã đầu tư vào các trung tâm mua sắm, nhà ở giá rẻ, năng lượng và lĩnh vực chăm sóc sức khỏe.

Vì các quỹ hưu trí đóng vai trò quan trọng trong việc duy trì an sinh xã hội nên các khoản đầu tư của họ thường phải đối mặt với những hạn chế rất nghiêm ngặt có thể cản trở đầu tư vào cơ sở hạ tầng. Các quỹ hưu trí có thể đầu tư thông qua các con đường trực tiếp hoặc gián tiếp.

---

[4] Quỹ Cơ sở hạ tầng của Liên minh Đầu tư Philippine (PINAI) là một quỹ đầu tư tư nhân trị giá 625 triệu USD tập trung hoàn toàn vào các dự án cơ sở hạ tầng của Philippine - dự án lớn nhất và đầu tiên thuộc loại hình này ở nước này. Quỹ sẽ tận dụng các cơ hội hợp tác công tư khác nhau ở Philippines. Các nhà đầu tư của PINAI bao gồm quỹ hưu trí thuộc sở hữu nhà nước của Philippines Hệ thống Bảo hiểm Dịch vụ Chính phủ (GSIS), công ty quản lý tài sản quỹ hưu trí Hà Lan APG và Tập đoàn Macquarie.

CÔNG TY BẢO HIỂM

Một công ty bảo hiểm thường xuyên thu phí bảo hiểm từ các chủ hợp đồng từ các sản phẩm bảo hiểm mà họ bán, thường được chia thành các hợp đồng bảo hiểm nhân thọ và phi nhân thọ. Một phần phí bảo hiểm thu được thường được triển khai vào các khoản đầu tư dài hạn để tạo ra lợi nhuận và trang trải các khoản thanh toán khi có yêu cầu bồi thường. Một số công cụ tài chính mà họ đầu tư bao gồm các hối phiếu phòng ngừa lạm phát, trái phiếu chính phủ và trái phiếu dài hạn.

Các công ty bảo hiểm có xu hướng chịu các quy định chặt chẽ về khả năng thanh toán. Điều này thường ám chỉ các chiến lược đầu tư bảo thủ, không dành nhiều chỗ cho các tài sản thay thế hoặc nợ dưới chuẩn. Do tính chất của trách nhiệm pháp lý và các ràng buộc pháp lý chặt chẽ, các công ty bảo hiểm chủ yếu quan tâm đến các dự án có rủi ro tương đối thấp. Do đó, họ thích các dự án đang hoạt động hơn. Tuy nhiên, ở các nước đang phát triển, các công ty bảo hiểm quan tâm nhiều hơn đến các dự án đầu tư mới vì tốc độ tăng trưởng kinh tế cao dẫn đến nhu cầu bền vững hơn đối với các dịch vụ cơ sở hạ tầng.

NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI (VỚI TƯ CÁCH LÀ NHÀ ĐẦU TƯ, KHÔNG PHẢI NGƯỜI CHO VAY)

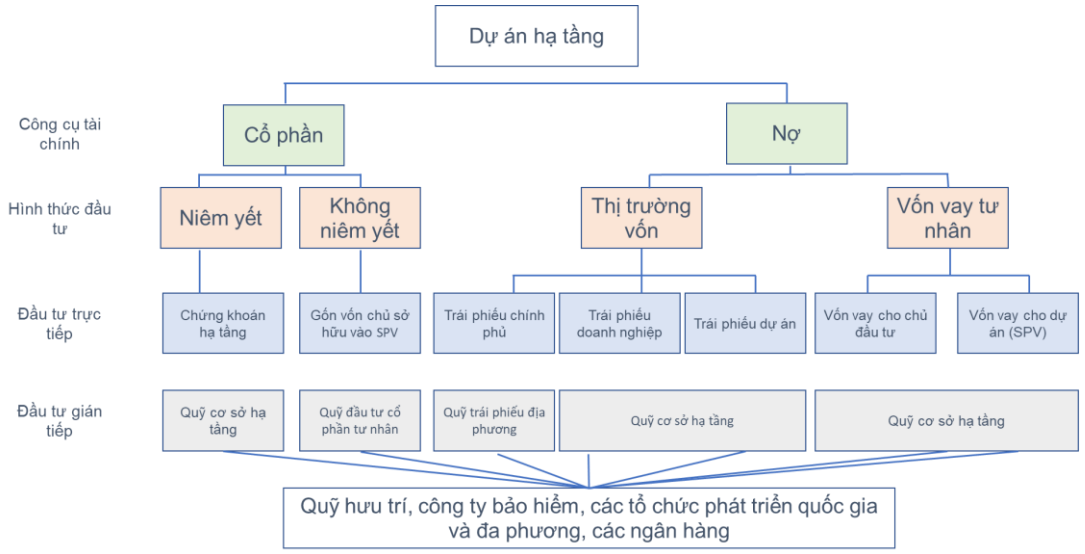
Các ngân hàng thương mại nhận tiền từ khách hàng dưới nhiều hình thức như tiết kiệm, tiền gửi có kỳ hạn và tài khoản vãng lai, đồng thời cung cấp các khoản vay cho các khách hàng có nhu cầu khác như thế chấp, cho vay kinh doanh,… các khoản vay mà họ đã cung cấp. Họ đầu tư tiền của mình vào các lựa chọn ít rủi ro hơn.

Nhiều ngân hàng thương mại chọn đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng là sản phẩm đầu tư dài hạn, ổn định và sinh lời cao hơn so với trái phiếu Chính phủ. Các ngân hàng thương mại thường thành lập các quỹ đầu tư tư nhân để đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng, trực tiếp hoặc gián tiếp.

2.2 CÁC HÌNH THỨC ĐẦU TƯ CỦA CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC VÀO CƠ SỞ HẠ TẦNG

Tài chính tư nhân bao gồm hai loại chính: nợ và vốn chủ sở hữu. Các nhà đầu tư tổ chức có thể cung cấp cả vốn chủ sở hữu và nợ cho một dự án cơ sở hạ tầng, trực tiếp hoặc gián tiếp. HÌNH 0.2 cung cấp một cái nhìn tổng quan về các công cụ tài chính chính (vốn chủ sở hữu và nợ), phương tiện đầu tư (niêm yết công khai và tư nhân/không niêm yết), và các lộ trình đầu tư trực tiếp khác nhau, chẳng hạn như cổ phiếu cơ sở hạ tầng, dự án hoặc trái phiếu doanh nghiệp và các khoản vay trực tiếp. Nó cũng đưa ra các ví dụ về con đường gián tiếp thông qua các cấu trúc quỹ.

HÌNH 0.2: CÁC HÌNH THỨC ĐẦU TƯ VÀ TÀI TRỢ CHO CƠ SỞ HẠ TẦNG



Nguồn: Phỏng theo Đầu tư tổ chức vào cơ sở hạ tầng ở các thị trường mới nổi và các nền kinh tế đang phát triển, PPIAF tháng 3/2014

Như minh họa trong HÌNH 0.2, có một số phương thức đầu tư khác nhau vào cơ sở hạ tầng. Nhà đầu tư sử dụng các công cụ nợ và vốn chủ sở hữu tùy thuộc vào đặc điểm rủi ro/lợi nhuận, bản chất của tài sản cơ sở hạ tầng và cách các nhà đầu tư xác định và phân bổ cơ sở hạ tầng trong danh mục đầu tư của họ. Phần còn lại của tiểu mục này giải thích từng công cụ và phương tiện trên.

2.3. ĐẦU TƯ VỐN CỔ PHẦN

Đầu tư vốn cổ phần đề cập đến tất cả các khoản đầu tư tài chính được cung cấp cho các công ty để đổi lấy quyền sở hữu. Đầu tư cổ phiếu thường có rủi ro cao hơn đầu tư nợ. Thông thường, nhà tài trợ dự án quan tâm đến việc xây dựng và/hoặc vận hành và bảo trì tài sản cung cấp vốn chủ sở hữu cho doanh nghiệp dự án. Đôi khi, các nhà đầu tư tổ chức, những người chỉ cung cấp tài chính thuần túy, cũng có thể cung cấp vốn chủ sở hữu cho doanh nghiệp dự án thông qua các phương tiện niêm yết hoặc chưa niêm yết.

ĐẦU TƯ CỔ PHIẾU THÔNG QUA DOANH NGHIỆP NIÊM YẾT

Đôi khi nhà tài trợ dự án huy động tài chính thông qua chào bán cổ phần/cổ phiếu của doanh nghiệp dự án trên sàn giao dịch chứng khoán. Các nhà đầu tư tổ chức, đặc biệt là các quỹ hưu trí và các công ty bảo hiểm, là những người mua tiềm năng. Phương thức này thường được áp dụng cho các dự án cơ sở hạ tầng đã đi vào hoạt động và có thể mang lại lợi nhuận ngay lập tức cho các cổ đông.
Chưa có doanh nghiệp dự án cơ sở hạ tầng nào ở Việt Nam niêm yết trên sàn chứng khoán. Chỉ một số nhà tài trợ dự án đã được niêm yết. Chẳng hạn, Công ty cổ phần đầu tư hạ tầng giao thông Đèo Cả, một nhà đầu tư tư nhân trong một số dự án PPP trong lĩnh vực giao thông, bắt đầu niêm yết trên UPCom vào năm 2015 và chuyển sang HOSE vào ngày 22/1/2022.

ĐẦU TƯ CỔ PHIẾU THÔNG QUA MỘT DOANH NGHIỆP CHƯA NIÊM YẾT

Các khoản đầu tư vốn cổ phần chưa niêm yết là phương tiện phổ biến nhất để các nhà đầu tư tổ chức đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng. Vốn cổ phần chưa niêm yết đề cập đến việc đầu tư vốn vào

một doanh nghiệp chưa được niêm yết trên thị trường chứng khoán. Đối với cơ sở hạ tầng, các khoản đầu tư vốn cổ phần chưa niêm yết đã được thực hiện theo phương thức tư nhân hóa trong các doanh nghiệp dự án được tư nhân hóa hoặc vào SPV của một dự án PPP ở giai đoạn phát triển hoặc giai đoạn vận hành. Trong số tất cả các tổ chức chưa niêm yết, quỹ chưa niêm yết, đầu tư trực tiếp và đồng đầu tư là phổ biến nhất đối với các nhà đầu tư tổ chức.

- Quỹ chưa niêm yết

  Các nhà đầu tư tổ chức đầu tư vào một quỹ cơ sở hạ tầng chưa niêm yết với tư cách là đối tác hạn chế. Quỹ được quản lý bởi thành viên góp vốn của quỹ, thường là ngân hàng đầu tư hoặc công ty quản lý đầu tư. Sau đó, các thành viên góp vốn đầu tư các khoản đóng góp vào quỹ vào các tài sản cơ sở hạ tầng khác nhau thay mặt cho các đối tác hạn chế. Một số quỹ cơ sở hạ tầng quốc tế đang hoạt động rất tích cực tại các thị trường châu Á, bao gồm Quỹ cơ sở hạ tầng toàn cầu IFC, Quỹ cơ sở hạ tầng Macquarie và các quỹ khác. Tuy nhiên, sự tham gia của các quỹ cơ sở hạ tầng quốc tế vào Việt Nam vẫn còn rất hạn chế.

  Có một số quỹ cơ sở hạ tầng trong nước chưa niêm yết tại Việt Nam, chẳng hạn như Quỹ Cơ sở Hạ tầng PVI, và Quỹ Đầu tư Hạ tầng và Năng lượng An Bình.

- Đầu tư trực tiếp

  Đầu tư vốn cổ phần trực tiếp đề cập đến các khoản đầu tư được thực hiện trực tiếp vào cơ sở hạ tầng chưa niêm yết. Các nhà đầu tư tổ chức lớn tìm nguồn đầu tư, thực hiện thẩm định, lựa chọn tài sản và quản lý tài sản trong suốt vòng đời của nó.

  Đầu tư trực tiếp đã được sử dụng bởi các nhà đầu tư tổ chức có nguồn lực nội bộ và khả năng tạo nguồn tài sản, tài trợ cho các khoản đầu tư và quản lý/duy trì chúng. Khi bản chất phức tạp của đầu tư cơ sở hạ tầng trở nên dễ hiểu hơn, ngày càng có nhiều nhà đầu tư đủ lớn sẽ tìm cách đầu tư trực tiếp. Không giống như các khoản đầu tư vốn cổ phần đã niêm yết, các nhà tài trợ vốn cổ phần tư nhân có thể tham gia vào việc phát triển và quản lý tài sản cơ sở hạ tầng.

  Một số ví dụ về các nhà đầu tư tổ chức trực tiếp bao gồm Hội đồng Đầu tư kế hoạch hưu trí Canada từ Canada; Chương trình hưu trí của các trường đại học từ Vương quốc Anh; Công ty Cổ phần Đầu tư Chính phủ từ Singapore; UniSuper, Australian Super, Future Fund, từ Úc; và các nhà quản lý tài sản quỹ hưu trí APG, PGGM đến từ Hà Lan.

- Đồng đầu tư (co-investments)

  Đồng đầu tư tương tự như đầu tư trực tiếp. Điểm khác biệt chính là các nhà đầu tư tổ chức hợp tác với các nhà đầu tư khác để thành lập một tập đoàn để cùng đầu tư vào một dự án cơ sở hạ tầng. Các nhà đầu tư tổ chức có thể hợp tác với nhau hoặc hợp tác với các nhà tài trợ dự án khác.

2.3.2 ĐẦU TƯ NỢ

TRÁI PHIẾU DỰ ÁN CỦA CHÍNH PHỦ VÀ TRÁI PHIẾU ĐÔ THỊ

Trái phiếu dự án của chính phủ và thành phố là trái phiếu có các khoản thanh toán được liên kết trực tiếp với một dự án cơ sở hạ tầng. Những trái phiếu này được bán trực tiếp cho các nhà đầu tư thông qua thị trường vốn và thường được xếp hạng bởi các cơ quan xếp hạng chính. Công cụ này thường được áp dụng ở các thị trường vốn phát triển.

TRÁI PHIẾU DOANH NGHIỆP

Trái phiếu doanh nghiệp là loại hình trái phiếu do doanh nghiệp dự án phát hành dưới dạng chứng chỉ hoặc bút toán ghi nợ. Chúng có thể được phát hành trên thị trường mở hoặc được phát hành riêng lẻ. Các nhà đầu tư tổ chức thích trái phiếu hơn vì họ có thể gắn các khoản tài chính dài hạn với lãi suất trái phiếu cố định và đôi khi, thanh toán theo chỉ số lạm phát. Trái phiếu doanh nghiệp bị ràng buộc bởi các thỏa thuận trái phiếu mô tả các nghĩa vụ theo hợp đồng của chứng khoán.

Thay vì chịu rủi ro của một dự án riêng lẻ, trái phiếu doanh nghiệp chịu rủi ro của người phát hành là các công ty cơ sở hạ tầng. Mức độ tín nhiệm được xác định bởi khả năng thanh toán nợ của tổ chức phát hành. Vì vậy, trái phiếu doanh nghiệp ít rủi ro hơn trái phiếu dự án.

TRÁI PHIẾU DỰ ÁN

Trái phiếu dự án là chứng khoán tiêu chuẩn được phát hành để huy động vốn cho các dự án cơ sở hạ tầng độc lập. Chúng có thể được phát hành trên thị trường mở hoặc được phát hành riêng lẻ. Trái phiếu dự án được phát hành bởi một doanh nghiệp dự án (SPV) được thành lập như một pháp nhân riêng biệt để thực hiện dự án.

Trái phiếu dự án rủi ro hơn trái phiếu doanh nghiệp. Trái phiếu doanh nghiệp chịu rủi ro tín dụng của tổ chức phát hành có dự án được đa dạng hóa trên một danh mục tài sản. Rủi ro thua lỗ đối với chủ sở hữu tín dụng cao hơn đối với bất kỳ dự án cụ thể nào so với danh mục dự án đa dạng. Do đó, trái phiếu dự án phù hợp hơn cho các dự án lớn với nguồn tài chính dài hạn.

Các nhà đầu tư tổ chức chỉ quan tâm hơn đến trái phiếu dự án sau khi rủi ro xây dựng đã chấm dứt. Do đó, công cụ này phù hợp cho các dự án đã đi vào hoạt động. SPV phát hành trái phiếu dự án để hoàn trả trái phiếu ngắn hạn và các khoản vay thương mại đã phát hành trong giai đoạn xây dựng.

Trái phiếu dự án mở ra một con đường tài trợ nợ thay thế để tạo nguồn tài chính cho các dự án liên quan đến cơ sở hạ tầng. Ngày nay, các khoản vay của ngân hàng phải tuân theo các quy định nghiêm ngặt hơn liên quan đến giám sát và tiết lộ thông tin, cuối cùng dẫn đến chi phí cao hơn và yêu cầu về vốn cao hơn. Những chi phí cao hơn này sẽ được chuyển cho nhà tài trợ dự án chuyển thành IRR (tỷ suất hoàn vốn nội bộ) dự án giảm dần. Bằng cách tiếp cận thị trường trái phiếu thể chế, các nhà tài trợ dự án có khả năng giảm chi phí tài trợ dự án.

2.4 LỰA CHỌN ĐẦU TƯ

Nhiều loại nhà đầu tư tổ chức khác nhau quan tâm đến các dự án cơ sở hạ tầng. Cơ sở hạ tầng được nhiều người coi là loại tài sản có rủi ro tương đối thấp, với thời hạn đầu tư dài hạn hơn các khoản đầu tư thay thế khác. Đầu tư vào loại tài sản này thường được coi là một trò chơi lợi nhuận dài hạn hơn là một cam kết ngắn hạn tập trung vào sự tăng giá vốn.

Mỗi nhà đầu tư tổ chức chọn chiến lược đầu tư của mình ở mỗi quốc gia. Có năm chiến lược chính để đầu tư cơ sở hạ tầng, mỗi chiến lược có mức độ rủi ro khác nhau: cốt lõi (core), cốt lõi+ (core plus), giá trị gia tăng (value-added), cơ hội (opportunistic) và nợ (debt).

- **Cốt lõi (Core)**: Chiến lược này nhắm đến các tài sản thiết yếu không có rủi ro hoạt động và các tài sản thường đã tạo ra lợi nhuận. Các tính năng chính của tài sản cơ sở bao gồm nhu cầu có thể chứng minh được và dòng tiền ổn định dài hạn có thể dự báo được với tỷ lệ sai sót thấp.
- **Cốt lõi + (Core-Plus)**: Chiến lược này chấp nhận một mức độ rủi ro hạn chế, nhưng ít hoặc không có rủi ro xây dựng. Các nhà đầu tư có thể chấp nhận một số rủi ro hoạt động, nhưng không đáng kể. Họ vẫn nhắm mục tiêu vào các dự án đang hoạt động để tránh rủi ro về xây dựng và nhu cầu ban đầu.
- **Giá trị gia tăng (Value Added)**: Đây là một chiến lược chấp nhận rủi ro từ trung bình đến cao, yêu cầu cải tiến. Trọng tâm sẽ là gia tăng giá trị bằng cách tăng nhu cầu đối với tài sản. Tài sản thường là các dự án mới hoặc đang hoạt động, có khả năng liên quan đến các công nghệ mới hoặc chưa được chứng minh.
- **Cơ hội (opportunistic):** Các chiến lược cơ hội có mức độ rủi ro/lợi nhuận cao nhất. Các dự án được nhắm mục tiêu sẽ khá rủi ro và tài sản có thể cần được phát triển hoặc xây dựng toàn bộ. Ưu tiên sẽ không đặt vào việc tạo ra dòng tiền ổn định mà tập trung nhiều hơn vào việc đạt được mức lãi từ sự tăng giá của tài sản.
- **Nợ cơ sở hạ tầng (Infrastructure Debt)**: Chiến lược này liên quan đến việc cấp vốn cho các tài sản cơ sở hạ tầng bằng cách tổ chức hoặc mua các khoản vay được bảo đảm bằng các tài sản đó.

Tùy từng thị trường, lĩnh vực mà mỗi nhà đầu tư đưa ra tiêu chí đầu tư. Tiêu chí quan trọng nhất liên quan đến khả năng tài chính, có nghĩa là dự án sẽ tạo ra doanh thu và lợi nhuận ổn định đáp ứng kỳ vọng của nhà đầu tư. Ngoài ra, ngày nay, các nhà đầu tư đang tìm kiếm các dự án bền vững và có trách nhiệm với môi trường xã hội.

2.5 CÁC HÌNH THỨC ĐẦU TƯ CHO CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC VÀO CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

Ở Việt Nam, tài chính tư nhân chủ yếu bao gồm vốn cổ phần từ các nhà tài trợ của dự án và vốn vay từ các ngân hàng thương mại. Tuy nhiên, hoạt động cho vay trực tiếp của các ngân hàng đối với cơ sở hạ tầng bị giới hạn và đang giảm dần do sự không phù hợp giữa các khoản nợ ngắn hạn của ngân hàng (chủ yếu là tiền gửi) và khoản cho vay dài hạn cần thiết cho các dự án cơ sở hạ tầng và tài chính dự án. Vì vậy, các khoản vay thương mại chủ yếu dựa vào tài chính doanh nghiệp. Sử dụng cách tiếp cận tài chính dự án là rất quan trọng để thiết kế các công cụ tài chính liên kết với các tài sản cơ sở hạ tầng. Do cách tiếp cận tài chính dự án không phổ biến nên Việt Nam vẫn thiếu các công cụ nợ thay thế khác.

2.5.1 VỐN CỔ PHẦN

Các nhà đầu tư tổ chức đủ điều kiện để trở thành nhà đầu tư vốn cổ phần trong các doanh nghiệp dự án hoặc tập đoàn phát triển cơ sở hạ tầng. Tuy nhiên, rất ít nhà đầu tư tổ chức quốc tế đầu tư trực tiếp vào các dự án cơ sở hạ tầng tại Việt Nam. Có ba lý do chính cho điều này.

VIỆT NAM THIẾU MỘT HỆ THỐNG CÁC CƠ SỞ HẠ TẦNG TỐT

Một lỗ hổng lớn trong khung thể chế hiện tại của Việt Nam là thiếu năng lực xác định và chuẩn bị các dự án cơ sở hạ tầng khả thi và phù hợp với thị trường. Các cơ quan chính phủ thiếu cả chuyên môn và nguồn lực để chuẩn bị các dự án cơ sở hạ tầng nhằm đáp ứng kỳ vọng của các nhà đầu tư tổ chức quốc tế để xem xét đầu tư.

CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG CỦA VIỆT NAM KHÔNG THEO TIÊU CHUẨN QUỐC TẾ ESG QUỐC TẾ

Ngày càng có nhiều nhà đầu tư đặt hồ sơ môi trường và xã hội của các dự án cơ sở hạ tầng lên một sân chơi bình đẳng với lợi nhuận tài chính. Các nhà đầu tư coi vấn đề ESG là một phần không thể thiếu trong chiến lược đầu tư của họ. Tuy nhiên, ESG vẫn chưa nhận được sự quan tâm thích đáng tại Việt Nam. Các phân tích xã hội và môi trường trong nghiên cứu khả thi của các dự án cơ sở hạ tầng được chuẩn bị cho mục đích duy nhất là đáp ứng các yêu cầu luật định của Việt Nam. Rất ít dự án tuân theo tiêu chuẩn quốc tế ESG. Các nhà đầu tư tổ chức không thể đầu tư vào các dự án không đáp ứng các tiêu chuẩn quốc tế ESG.

KHUNG PHÁP LÝ CHƯA HOÀN CHỈNH

Các nhà đầu tư tổ chức quốc tế có một số lo ngại liên quan đến tính rõ ràng và hiệu quả của các quy định pháp lý hiện hành để bảo vệ quyền lợi của họ đối với tài sản cơ sở hạ tầng ở Việt Nam. Phụ lục B tóm tắt về các lo ngại chính của nhà đầu tư tổ chức quốc tế về khung pháp lý.

2.5.2 TRÁI PHIẾU CƠ SỞ HẠ TẦNG

Mặc dù thị trường trái phiếu có sự phát triển vượt bậc trong những năm gần đây nhưng không có nhiều cơ hội đầu tư cho các nhà đầu tư tổ chức. Thị trường trái phiếu Việt Nam với đặc điểm quy mô nhỏ, hạn chế về chủng loại sản phẩm, chủ yếu tập trung vào các kỳ hạn ngắn. Kỳ hạn trung bình của trái phiếu đăng ký tại Sở Giao dịch Chứng khoán Hà Nội chỉ khoảng 3 năm. Sự tham gia của các tổ chức đầu tư dài hạn như các công ty bảo hiểm hay quỹ đầu tư còn rất khiêm tốn so với tỷ lệ áp đảo của các ngân hàng thương mại vốn ưa chuộng các kỳ hạn ngắn. Do đó, việc phát hành và giao dịch trái phiếu dài hạn khó khăn hơn và kém thanh khoản.

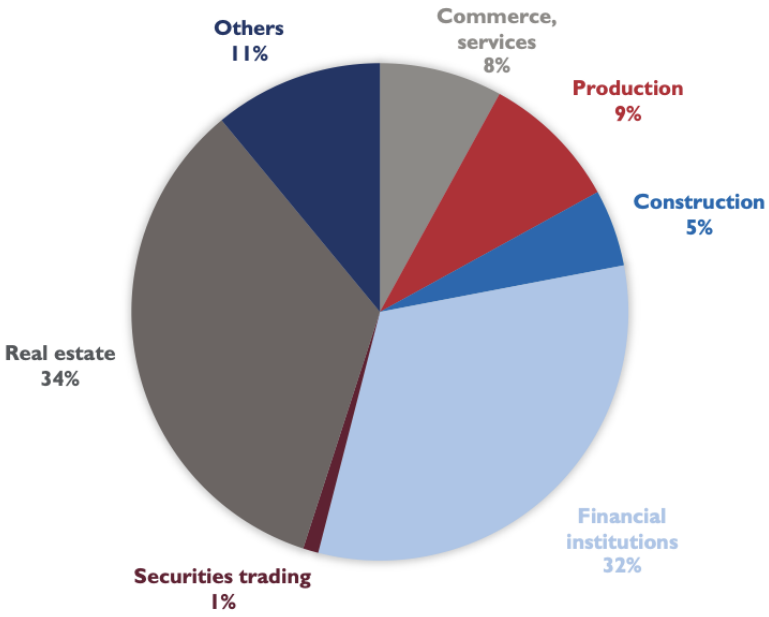
Trong khi đó, các dịch vụ hỗ trợ quan trọng như xếp hạng tín nhiệm, bảo lãnh phát hành, dịch vụ tư vấn phát hành, quỹ quản lý tài sản chưa được phát triển đồng bộ. Rất ít tổ chức phát hành trái phiếu ở Việt Nam được xếp hạng tín nhiệm từ một tổ chức xếp hạng tín nhiệm có uy tín. Hầu hết trái phiếu được phát hành thông qua phát hành riêng lẻ với thông tin nghèo nàn tới công chúng.

Trái phiếu phát hành ra công chúng không phải xếp hạng tín nhiệm bắt buộc. Theo đó, nhà đầu tư phải tự chịu rủi ro khi đầu tư vào trái phiếu của các doanh nghiệp không được kiểm tra các khía cạnh đảm bảo lời hứa lãi suất cao. Hệ quả là đã có vô số trường hợp nhà đầu tư trắng tay do doanh nghiệp phát hành trái phiếu đó phá sản, không đủ khả năng thực hiện nghĩa vụ,…

TRÁI PHIẾU DOANH NGHIỆP

Đối với **trái phiếu doanh nghiệp**, chủ thể phát hành chủ yếu là các ngân hàng thương mại lớn trong nước, doanh nghiệp nhà nước trong lĩnh vực tài chính, bất động sản, công nghiệp và một số tập đoàn tư nhân hàng đầu trong nước trong lĩnh vực bất động sản.

HÌNH 0.3: TRÁI PHIẾU DOANH NGHIỆP ĐĂNG KÝ TRÊN THỊ TRƯỜNG GIAO DỊCH CHỨNG KHOÁN HÀ NỘI TRƯỚC NGÀY 10 THÁNG 10 NĂM 2022



Nguồn: FIIN Ratings, HNX

Có rất ít công ty liên quan đến cơ sở hạ tầng trong nước phát hành trái phiếu. Năm 2015, Công ty Cổ phần Đầu tư Cầu đường CII (CII B&R) đã phát hành thành công trái phiếu doanh nghiệp trị giá 1.200 tỷ đồng (55 triệu USD) với kỳ hạn 5 năm. Tháng 1/2022, Tập đoàn Đèo Cả, nhà đầu tư BOT một số dự án đường bộ thu phí lớn tại Việt Nam, đã phát hành trái phiếu doanh nghiệp trị giá 200 tỷ đồng để thực hiện các dự án đường cao tốc.[5] Tập đoàn Trung Nam, một tập đoàn lớn trong nước chuyên về các dự án điện, đã phát hành trái phiếu doanh nghiệp trị giá 34.000 tỷ đồng kể từ năm 2019.[6]

Hiện có khoảng 47 quỹ quản lý tài sản trong nước và quốc tế, bao gồm quỹ đầu tư cổ phiếu, công ty bảo hiểm và quỹ đầu tư quốc gia đang hoạt động tại Việt Nam. Tuy nhiên, rất ít quỹ đầu tư tập trung vào cơ sở hạ tầng hoặc nắm giữ danh mục tài sản liên quan đến cơ sở hạ tầng. Điều này phản ánh rằng thị trường trong nước thiếu tài sản cơ sở hạ tầng "chất lượng" có thể đáp ứng yêu cầu đầu tư của các nhà đầu tư tổ chức. Thành công của đợt phát hành trái phiếu xanh (greeen bonds) của

[5] https://kinhdoanhvatiepthi.vn/tap-doan-deo-ca-huy-dong-200-ty-dong-trai-phieu-de-lam-loat-du-an-trung-thau/

[6] https://cafef.vn/chu-tich-dang-dan-tran-an-nha-dau-tu-du-no-trai-phieu-cua-trung-nam-group-hien-ra-sao-20221028082441882.chn

EVN vào tháng 7/2022 chứng tỏ rằng nếu một công cụ nợ được thiết kế và cấu trúc tốt, sẽ có khả năng thu hút các nhà đầu tư tổ chức.

HỘP 0.1: TRÁI PHIẾU XANH ĐẦU TIÊN VỚI NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC ĐẦU TIÊN TẠI VIỆT NAM

EVN Finance đã ký kết các thỏa thuận phát hành trái phiếu trị giá 1.725 tỷ đồng (75 triệu đô la Mỹ) đánh dấu lần đầu tiên Việt Nam phát hành trái phiếu xanh trong nước, được kiểm chứng quốc tế bằng đồng nội tệ. Các thỏa thuận, được ký kết bởi EVN Finance, một đơn vị của Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN), bao gồm một thỏa thuận với GuarantCo, một thành viên của Tập đoàn Phát triển hạ tầng tư nhân (PIDG), để cung cấp bảo lãnh tín dụng một phần trị giá 1.150 tỷ đồng (50 triệu USD) để hỗ trợ dự án này. Phát hành trái phiếu EVN Finance.

Đây là trái phiếu doanh nghiệp được bảo đảm một phần đã thu hút các nhà đầu tư tổ chức tại Việt Nam, bao gồm Manulife của Canada và AIA có trụ sở tại Hoa Kỳ. Vietcombank đóng vai trò là tổ chức thu xếp ủy thác chính cho giao dịch.

Số tiền thu được từ trái phiếu sẽ cho phép EVN Finance phát hành các khoản vay dài hạn hơn để tài trợ cho các dự án cơ sở hạ tầng mới, bao gồm các phân ngành năng lượng mặt trời áp mái và mặt đất đang phát triển nhanh tại Việt nam.

Nguồn: https://theinvestor.vn/vietnam-set-to-issue-first-internationally-verified-green-bonds-worth-75-mln-d1115.html#:~:text=Vietnam%20set%20to%20issue%20first%20internationally%20verified%20green%20bonds%20worth%20%2475%20mln,-By%20Tuong%20Thuy&text=EVN%20Finance%20has%20signed%20deals,green%20bonds%20in%20local%20currency. (Truy cập ngày 9/11/2022)

TRÁI PHIẾU DỰ ÁN

Trái phiếu dự án chưa phổ biến ở Việt Nam. Dự án IPP Mông Dương 2 là dự án điện duy nhất đảo nợ thành công thông qua phát hành trái phiếu dự án trong năm 2011.

IPP Mông Dương 2 là dự án nhà máy điện độc lập chạy bằng than có công suất 1.240MW được xây dựng tại Việt Nam. Dự án được đánh giá là nhà máy điện lớn nhất tại Đông Nam Á trong năm 2011 và là dự án nhiệt điện đầu tiên trong số 3 dự án nhiệt điện được đấu thầu theo mô hình Xây dựng – Vận hành – Chuyển giao (BOT) tại Việt Nam tính đến thời điểm hiện tại.

Liên danh do nhà phát triển năng lượng toàn cầu AES có trụ sở tại Hoa Kỳ đứng đầu đã ký tài trợ vào tháng 7 năm 2011 và hoàn thành thu xếp tài chính vào tháng 9 năm 2011. Các nhà đầu tư là AES với 51% cổ phần; POSCO Power của Hàn Quốc với 30% cổ phần; và Tập đoàn Đầu tư Trung Quốc với 19% cổ phần.

Dự án đã có tổng vốn là 2 tỷ đô la Mỹ, trong đó có 1,5 tỷ đô la Mỹ là vốn vay. Khoản vay trị giá 1,46 tỷ đô la Mỹ được cung cấp bởi 12 ngân hàng quốc tế cộng với cơ quan tín dụng xuất khẩu Kexim của Hàn Quốc là tổ chức cho vay lớn nhất với 340 triệu đô la Mỹ dưới dạng khoản vay trực tiếp trong 18 năm.

Khoản tài trợ cho dự án bao gồm bảo lãnh không hủy ngang từ chính phủ Việt Nam và bảo hiểm toàn diện 85% (không bao gồm nợ thương mại thuần túy) do Kexim và K-sure cung cấp, như một

phần trong các điều khoản của gói bảo đảm đối với khoản nợ đảm bảo giảm thiểu các rủi ro liên quan đến thị trường mới nổi.

KEXIM và K-Sure đã hoàn tất thu xếp khoản tín dụng trị giá 840 triệu đô la Mỹ, khoản tín dụng này cũng đảm bảo kỳ hạn 18 năm. Phần còn lại của khoản nợ thương mại có kỳ hạn 12 năm.

Năm 2019, sau khi đi vào hoạt động, Dự án đã bán 678,5 triệu USD trái phiếu có bảo đảm kỳ hạn 9,8 năm thông qua Công ty Cổ phần Tài chính Mông Dương để tái cấp vốn cho khoản nợ của mình. Dự án đã cung cấp thành công 678,5 triệu USD trái phiếu có bảo đảm cao cấp 5,125% đến hạn vào năm 2029 và thực hiện khoản vay có bảo đảm cao cấp trị giá 402,7 triệu USD do một tổ chức cho vay ngân hàng thương mại quốc tế cung cấp, để mua tất cả các khoản vay tài trợ dự án còn tồn đọng. Trái phiếu được khấu hao từ cuối năm thứ tư và có thời hạn bình quân gia quyền là 6,9 năm.

Trái phiếu và chương trình cho vay có gói bảo đảm chung, bao gồm cam kết toàn bộ vốn cổ phần còn lại của tổ chức phát hành, cam kết một số tài khoản của tổ chức phát hành và bảo đảm đối với tài sản của tổ chức phát hành, bao gồm cả quyền ưu tiên đầu tiên đối với các khoản vay BOT. Các khoản vay BOT được bảo đảm bằng toàn bộ tài sản của Doanh nghiệp BOT.

Trái phiếu được phát hành thành công do dự án được xếp hạng Ba3/BB (Moody's/Fitch), phù hợp với xếp hạng tín nhiệm quốc gia, nhờ các ưu đãi của Chính phủ Việt Nam. Dự án IPP Mông Dương 2 có bảo lãnh của chính phủ đối với tất cả các nghĩa vụ thanh toán theo cơ chế BOT, với nhà máy sẽ được chuyển giao cho chính phủ sau 25 năm hoạt động. Hợp đồng mua bán điện thời hạn 25 năm với Tập đoàn Điện lực Việt Nam thuộc sở hữu nhà nước kéo dài đến năm 2040 và công ty khai thác than thuộc sở hữu nhà nước Vinacomin đã cam kết cung cấp than cho MDP với mức giá quy định trong suốt thời gian hoạt động của dự án.

2.6 KHUYẾN NGHỊ

Để thu hút các nhà đầu tư tổ chức tài chính vào các dự án cơ sở hạ tầng ở Việt Nam, chính phủ Việt Nam nên phát triển một hệ thống các dự án đầu tư bền vững, giới thiệu các công cụ đầu tư có cấu trúc tốt và phát triển một thị trường vốn.

TẠO RA CÁC CƠ HỘI VÀ CÔNG CỤ ĐẦU TƯ BỀN VỮNG HƠN

Ngoài việc tạo ra một môi trường thuận lợi, việc phát triển các cơ hội và công cụ tài chính lành mạnh là rất quan trọng để thu hút các nhà đầu tư tổ chức quốc tế. Chính phủ cần nâng cao năng lực chuẩn bị dự án để đưa ra thị trường các dự án cơ sở hạ tầng đáp ứng các tiêu chuẩn quốc tế ESG. Hơn nữa, Chính phủ cần tăng cường vận hành và quản lý thị trường vốn để cải thiện niềm tin của nhà đầu tư khi đầu tư vào các công cụ tài chính, chẳng hạn như trái phiếu doanh nghiệp hoặc dự án tại Việt Nam.

PHÁT TRIỂN THỊ TRƯỜNG VỐN ĐỂ THU HÚT THÊM CÁC NHÀ ĐẦU TƯ TỔ CHỨC

Thị trường vốn đã trải qua một chặng đường dài phát triển, đáp ứng đủ các yếu tố định lượng nhưng lại thiếu các yếu tố nền tảng để được MSCI xếp vào danh sách "thị trường mới nổi". Mặc dù Việt Nam đã đáp ứng tất cả các tiêu chí định lượng nhưng thiếu các biện pháp định tính như độ mở hạn

chế và giới hạn sở hữu nước ngoài, thiếu công bố thông tin bằng tiếng Anh, thiếu thị trường tiền tệ nước ngoài và thiếu một trung tâm lưu ký chứng khoán bù trừ độc lập.[7]

Việt Nam cần phát triển và cải thiện các dịch vụ hỗ trợ cho thị trường vốn. Ngoài việc phát triển các tổ chức xếp hạng trong nước, Chính phủ có thể xem xét cho phép các tổ chức xếp hạng quốc tế thực hiện và giải quyết các vấn đề trong nước do các tổ chức trong nước chưa được các nhà đầu tư quốc tế thừa nhận. Quản trị doanh nghiệp cần được tăng cường để bảo vệ nhà đầu tư. Năng lực của cơ quan quản lý trong việc phát hiện, thanh tra, điều tra và truy tố gian lận chứng khoán cũng cần được cải thiện và củng cố hơn nữa.

KẾT LUẬN

Việt Nam cần thêm nguồn tài chính tư nhân để đáp ứng nhu cầu lớn về cơ sở hạ tầng. Để thu hẹp khoảng cách tài chính, các nguồn tài chính trong nước là cơ bản nhưng không đủ. Việt Nam sẽ cần thực hiện các phương pháp tiếp cận dựa trên thị trường để huy động đầu tư tư nhân vào cơ sở hạ tầng. Tài liệu này chia sẻ một số kinh nghiệm quốc tế trong việc áp dụng mô hình AR của chính phủ và thu hút các nhà đầu tư tổ chức. Chính phủ Việt Nam nên xem xét chúng để đạt được sự phát triển cơ sở hạ tầng bền vững trong nước. Một số thay đổi là cần thiết để thực hiện điều này.

Đầu tiên, Chính phủ cần ban hành các hướng dẫn chi tiết về các hợp đồng O&M để hướng dẫn các bộ ngành trong quá trình vốn hóa tài sản Nhà nước trong các lĩnh vực cơ sở hạ tầng. Một quy trình đấu thầu minh bạch và cạnh tranh nên được áp dụng cho các nhà khai thác tư nhân được lựa chọn. Ngoài ra, Chính phủ Việt Nam nên xây dựng một khung thể chế rõ ràng để liên kết tiền Nhà nước thu được từ việc nhượng quyền đối với tài sản của Chính phủ với việc phát triển cơ sở hạ tầng mới.

Thứ hai, Chính phủ Việt Nam cần nâng cao hiệu quả và năng lực của khu vực công trong việc lập kế hoạch dự án, phân bổ nguồn lực và đấu thầu dự án để có thể giới thiệu các dự án hợp lý và bền vững ra thị trường. Nếu không có một danh mục các dự án cơ sở hạ tầng bền vững đáp ứng các tiêu chuẩn quốc tế, Việt Nam không thể được coi là điểm đến cho các nhà đầu tư tổ chức.

Thứ ba, cùng với việc củng cố thị trường vốn trong nước, Chính phủ Việt Nam cần cải thiện khuôn khổ thể chế, pháp lý và quy định để thúc đẩy các công cụ tài chính xanh. Việt Nam nên xây dựng hệ thống phân loại trái phiếu xanh hoặc chỉ số quốc gia về trái phiếu xanh để xây dựng lòng tin của các nhà đầu tư tổ chức đối với các công cụ tài chính xanh của các tổ chức phát hành trong nước. Phân loại trái phiếu xanh sẽ chuyển đổi thị trường trái phiếu xanh của Việt Nam, ngăn chặn hành vi tẩy xanh (greenwashing), đưa Việt Nam trở thành đối tác tin cậy của các nhà đầu tư và huy động thêm vốn cho các lĩnh vực tái tạo. Nhưng điều này chỉ có thể đạt được nếu quốc gia tích hợp các tiêu chuẩn khu vực và quốc tế vào khuôn khổ pháp lý của mình.

[7] VNDirect, "*Việt Nam có thể được nâng hạng lên thị trường mới nổi vào năm 2022", 2020, tham khảo tại:* https://mof.gov.vn/webcenter/portal/tttpen/pages_r/l/detail?dDocName=MOFUCM171317

PHỤ LỤC A: AR – MỞ KHÓA TÀI CHÍNH TƯ NHÂN ĐỂ PHÁT TRIỂN CƠ SỞ HẠ TẦNG

Phụ lục này giới thiệu chương trình AR được thực hiện ở Úc và Brazil.

ÚC

Ở Úc, cơ chế AR được áp dụng ở hai cấp Chính phủ. Úc là một liên bang trong đó hầu hết tài sản của chính phủ được nắm giữ bởi chính quyền các tiểu bang. Mặc dù mỗi tiểu bang khác nhau của Úc đã thực hiện các phương thức AR khác nhau, Chính quyền Bang NSW đã thực hiện chương trình AR tốt nhất. Chính phủ liên bang cũng có chương trình khuyến khích các tiểu bang thực hiện AR.

Chính phủ NSW đã bắt đầu thực hiện chương trình AR vào năm 2011 với việc thông qua Luật Khởi động lại NSW (Restart NSW Law). Luật khởi động lại NSW tạo ra hai điều: thứ nhất, một quỹ ủy thác chuyên dụng được gọi là quỹ Khởi động lại NSW để đầu tư vào cơ sở hạ tầng mới; và thứ hai, Cơ sở hạ tầng NSW (INSW) được giao quyền đánh giá độc lập và đề xuất đầu tư vào các dự án cơ sở hạ tầng mới. Khuôn khổ này tạo ra một liên kết thể chế đảm bảo bất kỳ số tiền thu được từ bất kỳ tài sản nào của Chính phủ NSW đều được đầu tư trở lại vào cơ sở hạ tầng mới. Hơn nữa, INSW sẽ đảm bảo rằng bất kỳ quyết định đầu tư cơ sở hạ tầng mới nào cũng phải dựa trên phân tích nghiêm ngặt nhằm tối đa hóa lợi ích kinh tế và xã hội cho NSW.[8]

So sánh với phân loại AR của chúng tôi, khung AR NSW là cấp độ chính quyền. Các cơ quan chính quyền NSW thực hiện quyền của cổ đông để chỉ đạo các doanh nghiệp nhà nước thực hiện AR. INSW, một cơ quan của chính quyền NSW, sau đó sẽ quyết định cách chi tiêu số tiền đó.

Chương trình AR NSW khá đặc biệt, nó đòi hỏi năng lực và nguồn lực đáng kể trong việc chuẩn bị và giao dịch dự án cơ sở hạ tầng. Sau khi thực hiện AR đối với tài sản (bao gồm việc bán toàn bộ và cho thuê dài hạn), Chính phủ NSW tái đầu tư số tiền thu được vào các dự án mới mà họ tự thiết kế và phát triển (nghĩa là Chính phủ NSW là người đề xuất dự án). Đây là một nhiệm vụ rất phức tạp đòi hỏi chuyên môn sâu về cơ sở hạ tầng, phát triển dự án và giao dịch. Chính phủ NSW đã đạt được điều này bằng cách dành các nguồn lực đáng kể để thuê các chuyên gia về tài chính, kinh tế, kỹ thuật và pháp lý nhằm mang đến kiến thức sâu về chuyên môn.[9]

Chính phủ Úc cũng có chương trình AR, tách biệt với chương trình của Chính phủ NSW. Được gọi là sáng kiến AR và được triển khai sau chương trình của Chính phủ NSW, đây là một chương trình khuyến khích các chính quyền tiểu bang và vùng lãnh thổ nhượng quyền từ các cơ sở hạ tầng công,

[8] Các khoản tiền kiếm được từ tài sản chính bao gồm 23 tỷ đô la Úc trong năm 2017 để bán tài sản mạng lưới điện, 7 tỷ đô la Úc trong năm 2013-2014 để bán tài sản cảng và 3 tỷ đô la Úc cho việc bán dịch vụ đăng ký và đất đai của NSW. Những hoạt động tư nhân hóa này, được hỗ trợ bởi chương trình khuyến khích của Chính phủ Liên bang (cung cấp thêm 2 tỷ đô la Úc, cho phép đầu tư vào các dự án như Tàu điện ngầm Sydney, đường sắt trọng tải nhẹ Parramatta và đường sắt trọng tải nhẹ Newcastle.

[9] Westconnex là bằng chứng cho điều này. Westconnex gần đây đã tái đầu tư vốn bằng cách bán bớt 51% vốn cổ phần, cung cấp kinh phí cho Chính phủ NSW để tiếp tục phát triển dự án.

sau đó đầu tư số tiền thu được vào cơ sở hạ tầng mới. Nếu bất kỳ chính quyền tiểu bang hoặc khu vực nào thực hiện AR với danh mục tài sản của mình trong một khoảng thời gian nhất định và số tiền thu được đó được chuyển trở lại cơ sở hạ tầng mới, Chính phủ Úc sẽ tài trợ 15% chi phí của bất kỳ cơ sở hạ tầng mới nào. Khuôn khổ này giúp tạo ra khuyến khích kinh tế và thời gian cho chương trình AR của Úc.

BRAZIL

Mặc dù Chính phủ Brazil đã thực hiện AR trong nhiều lĩnh vực, khuôn khổ AR của chính phủ Brazil được thể hiện rõ ràng nhất qua chương trình AR cho lĩnh vực sân bay.[10] Chương trình này là một phần của Kế hoạch nhượng quyền cơ sở hạ tầng sân bay chung của Brazil (Kế hoạch sân bay Brazil), nhằm nhượng quyền để tạo doanh thu từ các sân bay hiện thuộc sở hữu của chính phủ và chuyển số tiền thu được trở lại lĩnh vực sân bay để thúc đẩy phát triển kinh tế.[11] Trong kế hoạch đó, Chính phủ Brazil đã tạo ra cấu trúc thể chế sau cho chương trình AR:

- Ban thư ký hàng không dân dụng (SAC) sẽ chịu trách nhiệm thực hiện nhượng quyền đối với các sân bay.
- Tòa án Kiểm toán Liên bang Brazil (TCU) sẽ chịu trách nhiệm giám sát quá trình nhượng quyền, bao gồm cả việc xem xét các nghiên cứu khả thi
- Mở rộng trách nhiệm của Cơ quan Hàng không dân dụng Brazil (ANAC) để quản lý các sân bay sau khi được nhượng quyền; và
- Tạo ra Quỹ Hàng không Dân dụng quốc gia để nắm giữ số tiền thu được từ các tài sản sau khi nhượng quyền.

Trong cấu trúc thể chế đó, Chính phủ Brazil áp dụng chương trình AR tại sân bay bằng cách trước tiên xác định danh mục các sân bay sẽ được nhượng quyền theo hướng dẫn được xây dựng trong Kế hoạch sân bay Brazil. Sau đó, SAC nhượng quyền các sân bay đó theo kế hoạch của mình, mặc dù toàn bộ quá trình có thể được TCU kiểm toán riêng. Số tiền thu được, có thể là khoản thanh toán nhượng quyền hoặc một phần doanh thu của sân bay, do FNAC nắm giữ. Các quỹ trong FNAC chỉ có thể được sử dụng để đầu tư trở lại vào lĩnh vực này nhằm mở rộng và cải thiện chất lượng dịch vụ, đặc biệt là ở các vùng miền và phù hợp với các khuyến nghị của Chương trình Đối tác đầu tư của Brazil.[12]

Khung AR này, so với phân loại AR, là một khung theo cấp độ bộ - ngành. Việc nhượng quyền và tái đầu tư đều được thực hiện bởi các cơ quan ngành hàng không và các cơ quan liên quan.

[10] Đây là thông tin có sẵn công khai

[11] Từ năm 2011 đến 2019, năm vòng chương trình kiếm tiền từ sân bay đã được tổ chức, nhượng quyền cho 22 sân bay. Phí trả cho những nhượng quyền đó khác nhau giữa phí trả trước với phí kết hợp trả trước và một phần doanh thu. Ví dụ, Flughafen Zurich AG đã trả 108 triệu đô la Mỹ cho các sân bay Vitoria và Macae, trong khi người được nhượng quyền của Sân bay Viracopos Brazil cần trả 5% tổng doanh thu cho chủ sở hữu tài sản. Gần đây nhất, Brazil đã hoàn thành vòng thứ sáu của chương trình kiếm tiền từ sân bay, cấp nhượng quyền cho 22 sân bay và huy động được 600 triệu đô la Mỹ.

[12] Chương trình Đối tác Đầu tư là cơ quan chuyên đề xuất với Tổng thống Brazil về các dự án cơ sở hạ tầng quan trọng quốc gia.

PHỤ LỤC B: NHỮNG LO NGẠI CHÍNH XUNG QUANH KHUÔN KHỔ PHÁP LÝ HIỆN HÀNH

Trong quá trình chuẩn bị tài liệu này, chúng tôi đã phỏng vấn một số nhà đầu tư tổ chức, bao gồm cả các quỹ đầu tư hoạt động trong khu vực. Phụ lục này tóm tắt những lo ngại chính của các nhà đầu tư tổ chức đối với khung pháp lý hiện hành ở Việt Nam.

SỰ THAY ĐỔI TRONG CHÍNH SÁCH VÀ PHÁP LUẬT

Khung pháp lý hiện hành cung cấp sự bảo vệ hợp đồng cho các nhà đầu tư khỏi những thay đổi bất lợi của pháp luật. Các nhà đầu tư cũng có thể được yêu cầu chia sẻ với nhà nước những lợi ích phát sinh từ sự thay đổi thuận lợi trong luật. Nó cho phép sửa đổi hợp đồng trong trường hợp thay đổi pháp luật hoặc chính sách ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng dự án và chia sẻ tổn thất doanh thu.

Việc thực hiện một dự án cơ sở hạ tầng ở Việt Nam được điều chỉnh bởi nhiều luật liên quan đến các cơ quan nhà nước khác nhau. Khung pháp lý hiện hành bảo vệ nhà đầu tư trước những thay đổi về thuế, ưu đãi đầu tư và phí. Tuy nhiên, nó không bảo vệ các nhà đầu tư tư nhân khỏi những thay đổi trong các yêu cầu pháp lý ảnh hưởng đến hoạt động hàng ngày của doanh nghiệp dự án. Những thay đổi như vậy có thể làm tăng chi phí hoạt động hoặc trì hoãn hoặc làm gián đoạn việc thực hiện dự án.

PHÊ DUYỆT VÀ CẤP PHÉP

Các quy định hiện hành không bảo vệ nhà đầu tư khỏi những khó khăn hoặc chậm trễ trong việc xin phê duyệt và cấp phép liên quan cho dự án. Mặc dù Luật PPP quy định Chính phủ sẽ hỗ trợ nhà đầu tư để thực hiện thủ tục thuận lợi. Tuy nhiên, sự hỗ trợ của Chính phủ trên thực tế còn hạn chế. Một dự án cơ sở hạ tầng muốn thông qua phải xin được nhiều loại giấy phép khác nhau và được quản lý bởi các cơ quan khác nhau, không phải bởi các cơ quan ký kết hợp đồng. Các cơ quan ký kết hợp đồng có quyền hạn hạn chế đối với các cơ quan chính phủ khác chịu trách nhiệm cung cấp các phê duyệt và giấy phép có liên quan.

CHUYỂN ĐỔI NGOẠI TỆ

Luật PPP không cho phép bất kỳ sự bảo đảm nào của Chính phủ về khả năng cung cấp và chuyển đổi ngoại tệ. Các nhà đầu tư tổ chức quốc tế lo ngại rằng nếu không có sự bảo đảm của Chính phủ, họ sẽ không thể chuyển tài sản về nước trong trường hợp thị trường tiền tệ gặp bất ổn.

BẢO ĐẢM THỰC HIỆN BỞI CÁC CƠ QUAN CHÍNH PHỦ

Các cơ quan chính phủ có một số nghĩa vụ theo hợp đồng đối với các nhà đầu tư tư nhân. Nếu họ không thực hiện nghĩa vụ của mình, dự án sẽ gặp rủi ro. Tuy nhiên, không có bất kỳ sự đảm bảo nào về hiệu quả hoạt động của các cơ quan chính phủ theo các hợp đồng PPP.

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP QUỐC TẾ VÀ THI HÀNH PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI

Vì Việt Nam là một bên của Công ước New York về Công nhận và Thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, Việt Nam đã đồng ý cho phép thi hành các phán quyết trọng tài được đưa ra tại, hoặc bởi, một hội đồng trọng tài của một quốc gia cũng là một bên của Công ước. Tuy nhiên, quá trình này đòi hỏi phán quyết trọng tài phải được công nhận và cho thi hành bởi các tòa án của Việt Nam (được biết tòa án Việt Nam đã hủy phán quyết vì thủ tục tố tụng trọng tài hoặc phán quyết không tuân thủ "các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam"'). Do các nguyên tắc này không được xác định rõ ràng nên trên thực tế, tòa án Việt Nam có quyền tự quyết đáng kể đối với phán quyết của trọng tài nước ngoài.

CÁC KHOẢN THANH TOÁN CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG TRƯỚC THỜI HẠN

Theo Luật PPP, các khoản thanh toán chấm dứt trước thời hạn chỉ được cho phép trong một số trường hợp rất hạn chế – cụ thể là khi hợp đồng dự án PPP bị chấm dứt do các yêu cầu về lợi ích quốc gia, quốc phòng và an ninh, và bảo vệ bí mật nhà nước hoặc khi cơ quan ký kết hợp đồng có trách nhiệm quan trọng vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, không có công thức tính toán các khoản thanh toán khi chấm dứt hợp đồng trong những trường hợp này, vì vậy chúng cần được đàm phán trên cơ sở song phương.

HUY ĐỘNG NGUỒN TÀI TRỢ MỚI CHO CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

USAID Asia Emerging Opportunities Project (AEO)
Contractor: Integra Government Services International LLC
14/06/2023

This presentation is made possible by the support of the American People through the United States Agency for International Development (USAID). The authors' views expressed in this publication do not necessarily reflect the views of USAID or the United States Government.

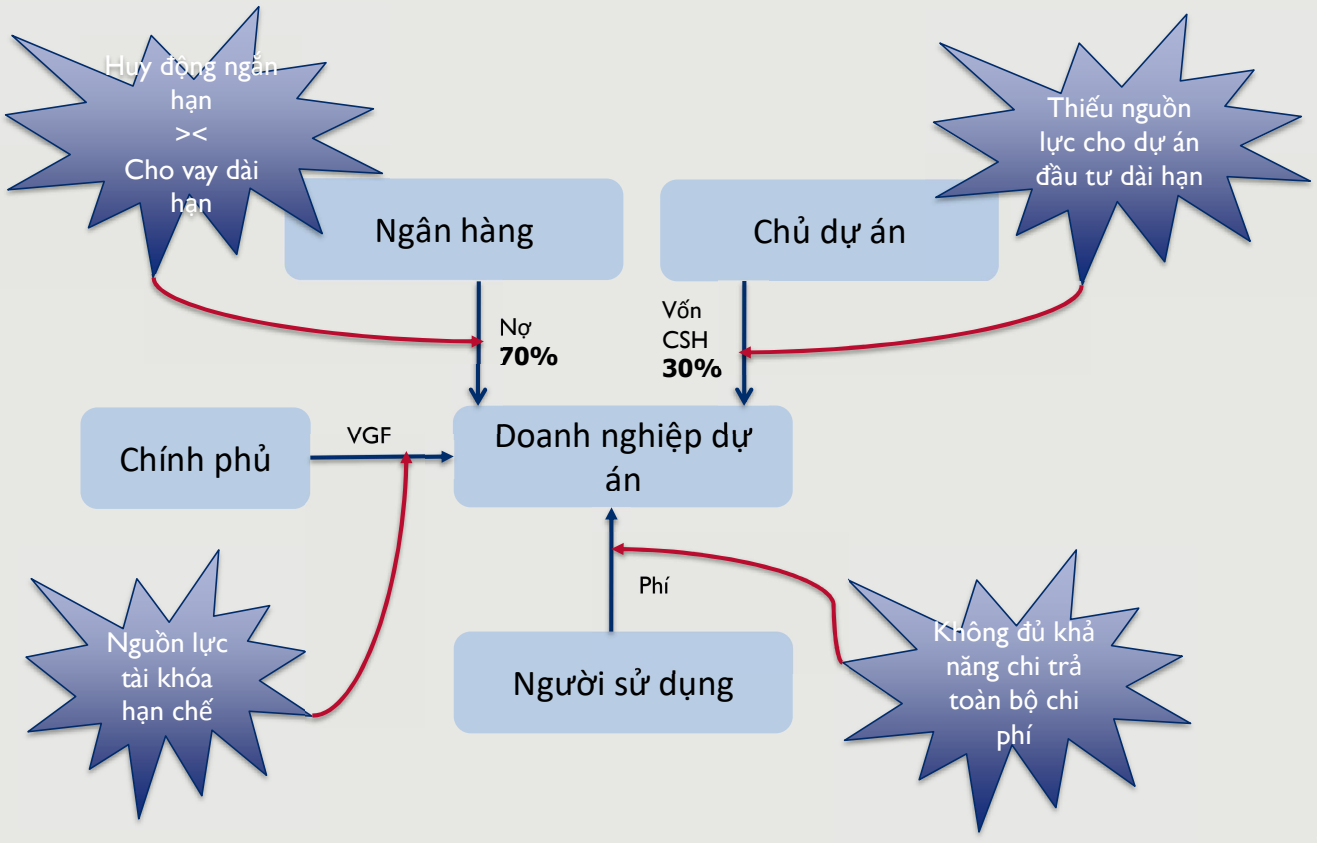
CÁC PHẦN TRÌNH BẦY

1. Nhu cầu về vốn
2. Đầu tư dự án mới bằng nguồn thu từ dự án hạ tầng cũ của nhà nước
3. Huy động vốn từ các nhà đầu tư tổ chức

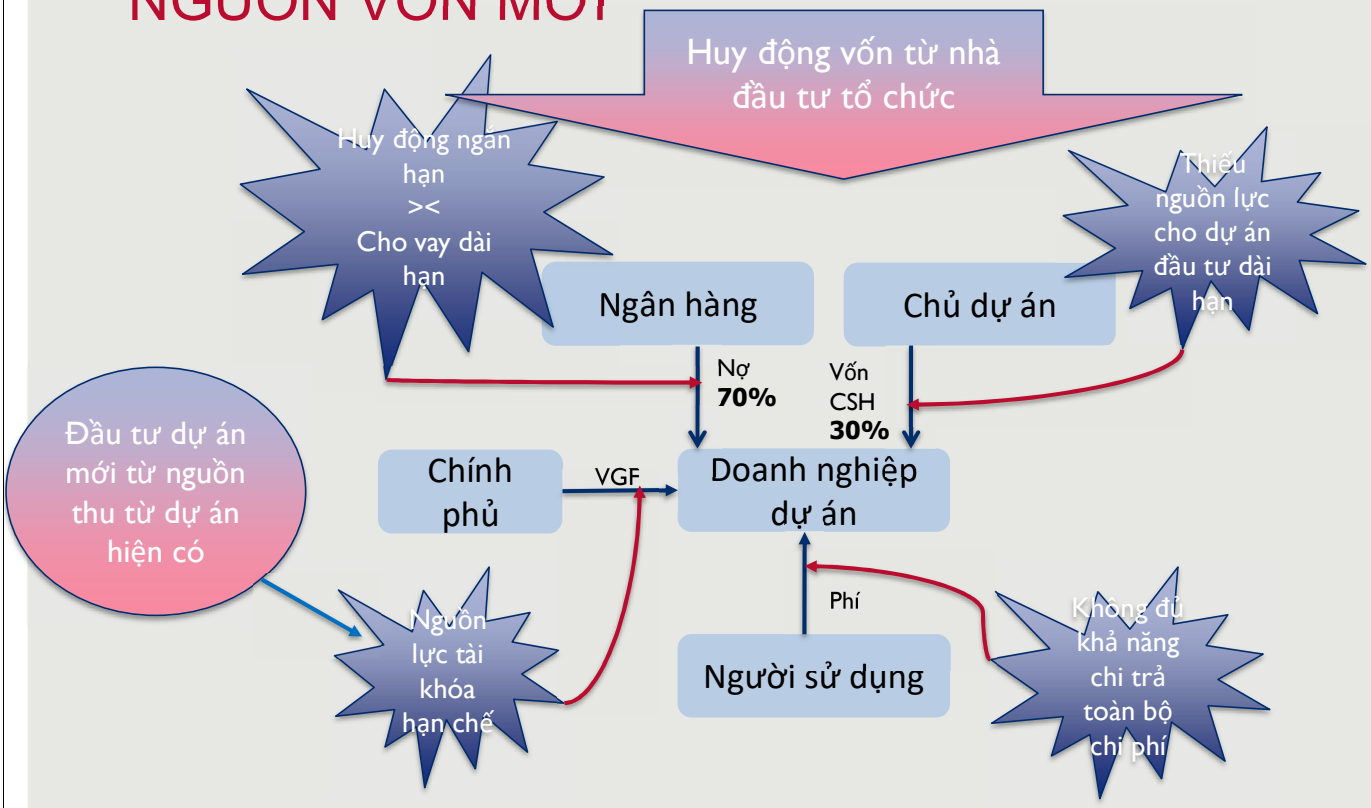
Nhu cầu về vốn

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

TẠI SAO LẠI CẦN TÌM NGUỒN VỐN MỚI



NGUỒN VỐN MỚI



—

ĐẦU TƯ DỰ ÁN MỚI TỪ NGUỒN THU TỪ DỰ ÁN HIỆN CÓ CỦA NHÀ NƯỚC

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

ĐẦU TƯ DỰ ÁN MỚI TỪ NGUỒN THU TỪ DỰ ÁN HIỆN CÓ CỦA NHÀ NƯỚC

BỐI CẢNH	• Nhu cầu cơ sở hạ tầng lớn: Việt Nam cần 600 triệu USD để đảm bảo mục tiêu phát triển kinh tế đến năm 2040
VẤN ĐỀ	• Khả năng tài trợ từ ngân sách nhà nước sẽ bị hạn chế nhiều trong bối cảnh hậu Covid. • Chính phủ cần có cách thức mới để tài trợ cho nhu cầu về cơ sở hạ tầng.
GIẢI PHÁP	• Chính phủ có thể đầu tư dự án mới từ nguồn thu của dự án hiện có mà không tăng nợ công và không ảnh hưởng đến các khoản chi thường xuyên khác.
CÁCH THỨC TRIỂN KHAI	• Nhượng quyền khai thác, cho thuê, trái phiếu công trình, chứng khoán hóa các khoản thu trong tương lai

ĐẶC THÙ CỦA ĐẦU TƯ DỰ ÁN MỚI TỪ NGUỒN THU DỰ ÁN HIỆN CÓ

Đầu ra của đầu tư dự án mới từ nguồn thu dự án hiện có

Nguồn thu từ dự án hiện có

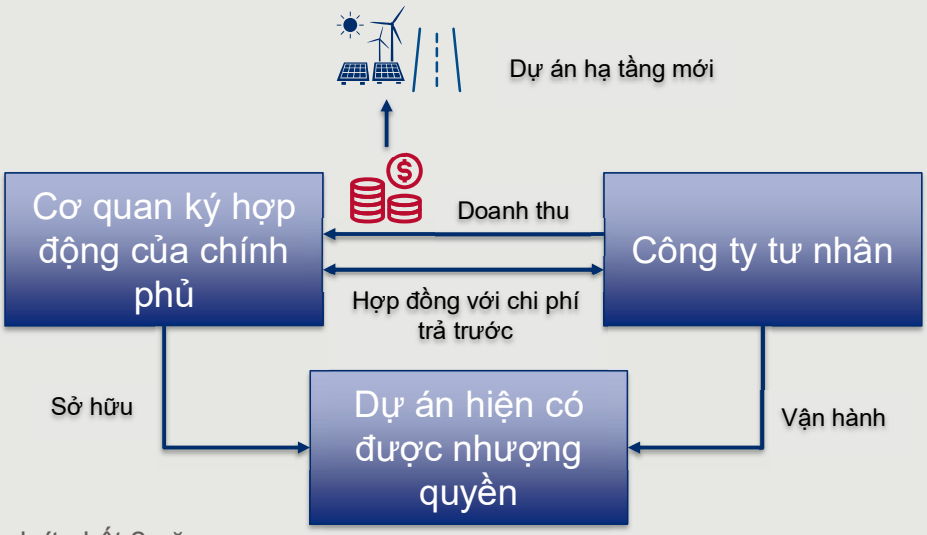
Đầu tư dự án mới

Cần tạo mối quan hệ chặt chẽ giữa: nguồn thu dự án hiện tại và đầu tư dự án mới

3 yêu cầu để tạo liên kết này:

- Xác định rõ nguồn thu từ dự án hiện tại và dự án mới
- Nguồn thu từ dự án hiện có là tiền đề để đầu tư vào dự án mới
- Quy trình thể chế và thủ tục đảm bảo thực hiện ưu tiên của chính phủ

THỎA THUẬN NHƯỢNG QUYỀN HẠN CHẾ (LCS) TẠI INDONESIA



- Vận hành ít nhất 2 năm;
- Yêu cầu cải thiện hiệu quả vận hành theo chuẩn quốc tế;
- Thời gian sử dụng của tài sản ít nhất là 10 năm; và
- Có thể đưa ra báo cáo tài chính được kiểm toán theo tiêu chuẩn của nhà nước từ năm tài khóa trước đó.

HỢP ĐỒNG THU PHÍ, KHAI THÁC, DUY TU VÀ CHUYỂN GIAO (TOT) TẠI ẤN ĐỘ

- Lựa chọn và áp dụng TOT cho 76 đường cao tốc do nhà nước đầu tư và đã vận hành ít nhất 2 năm
- Từ 2016, tiến hành áp dụng TOT cho 4 gói cao tốc:
  - 3/2018: 9 đường cao tốc tại Andhra Pradesh và Gujarat được đầu thầu và quỹ đầu tư cơ sở hạ tầng Macquarie Group trúng thầu với giá 96,810 triệu rubi con hơn giá dự kiến 62,580 triệu. Thời gian nhượng quyền là 30 năm.
  - 6/2019: 5 đường cao tốc với tổng chiều dài 566.27 km tại Uttar Pradesh, Bihar, Jharkhand, và Tamil Nadu được đấu thầu quyền khai thác và Công ty Cube Highways trúng thầu. Đây là công ty được đầu tư bởi Quỹ đầu tư hạ tầng I Squared Capital và IFC. Phí nhượng quyền là IDR50,110 triệu Rubi cao hơn giá chào thuầu 49,954 triệu Rubi. Thời gian nhượng quyền là 30 năm.
  - 01/2021, 2 gói đường cao tốc gồm 53,6km và 105 km tại Gujarat được đấu thầu và Công ty Adania Enterprises và DP Jain and Company trúng thầu.

HỢP ĐỒNG THU PHÍ, KHAI THÁC, DUY TU VÀ CHUYỂN GIAO (TOT) SO VỚI HỢP ĐỒNG KHAI THÁC VÀ DUY TU (O&M)

O&M

- Nhà đầu tư tư nhân thu phí
- Thời hạn hợp đồng ngắn 5-7 năm

TOT

- Nhà đầu tư trả trước phí nhượng quyền và được giao quyền thu phí
- Thời gian nhượng quyền có thể lên đến 30 năm

CAM KẾT CỦA CHÍNH PHỦ ẤN ĐỘ THEO HỢP ĐÔNG TOT

- Không xây đường cạnh tranh với đường nhượng quyền, Cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp nhận trả tiền phạt nếu vi phạm cam kết.
- Bên nhận nhượng quyền có quyền thu xếp các khoản nợ mới để trả nợ cũ (refinance) cho một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ nợ đến hạn.
- Nhằm hạn chế tranh chấp về thời hạn hợp đồng nhượng quyền, TOT cho phép gia hạn khi có vi phạm bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền dẫn đến việc tạm dừng hoặc giảm khai thác.
- Khi chấm dứt hợp đồng trước hạn do lỗi bên nhận nhượng quyền, cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ lấy tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng những sẽ trả lại 70% doanh thu dự kiến trong tương lai (unexpired cash flow) cho bên nhận nhượng quyền, và
- Khi chấm dứt hợp đồng trước hạn do lỗi của Cơ quan nhà nước có thẩm quyền, bên nhận nhượng quyền sẽ được nhận 105% doanh thu dự kiến trong tương lai.

HUY ĐỘNG VỐN TỪ NHÀ ĐẦU TƯ CÓ TỔ CHỨC

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

NHÀ ĐẦU TƯ CÓ TỔ CHỨC LÀ AI?

Quỹ đầu tư cơ sở hạ tầng

- Quỹ cổ phần chuyên biệt hoặc đầu tư vốn cổ phần vào một số ngành cụ thể
- Cổ đông là quỹ hưu trí, công ty bảo hiểm, và các ngân hàng phát triển đa quốc gia
- Cơ cấu đầu tư với các công cụ nợ và vốn cổ phần
- Tập trung vào dự án lớn
- Có quy định nghiêm ngặt về quản trị, xã hội và môi trường

Công ty bảo hiểm

- Đầu tư dài hạn, rủi ro thấp
- Thường đầu tư vào các công cụ nợ

Quỹ hưu trí

- Đầu tư dài hạn, rủi ro thấp
- Thường đầu tư vào các công cụ nợ

Ngân hàng thương mại

- Sản phẩm đầu tư ổn định, dài hạn có mức lãi suất tốt hơn trái phiếu chính phủ

Lựa chọn đầu tư của các nhà đầu tư có tổ chức

Khó khăn với Việt Nam

Vốn chủ sở hữu

- Thiếu các dự án đầu tư có chất lượng
- Các dự án hạ tầng của Việt Nam không đáp ứng các tiêu chuẩn về ESG của thế giới.
- Hệ thống pháp luật và thủ tục phức tạp

Công cụ nợ

- Thị trường trái phiếu nhỏ với hàng hóa hạn chế; chủ yếu là thời hạn ngắn (3 năm)
- Trái phiếu dự án/công trình chưa phổ biến
- Thiếu dịch vụ hỗ trợ: định mức tín nhiệm, bảo lãnh phát hành, dịch vụ tư vấn bảo hiểm chất lượng, và dịch vụ quản lý tài sản
- Không bắt buộc đánh giá tín nhiệm

CASTALIA

Khuyến nghị

- Hoàn thiện khuôn khổ pháp lý đối với đầu tư vốn tư nhân
- Áp dụng hợp đồng O&M thu phí trả trước đối với các dự án cao tốc đầu tư bằng vốn nhà nước.
- Tạo các cơ hội và công cụ đầu tư bền vững
- Cải thiện thị trường vốn để thu hút nhà đầu tư có tổ chức

Liên hệ ông, Phan Vinh Quang, Dự án AEO Việt Nam.

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT HỢP ĐỒNG HỢP TÁC CÔNG TƯ VÀ BÁO CÁO HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI

LS LÊ NẾT
HIỆP HỘI XÂY DỰNG VIỆT NAM – LNT & PARTNERS

HỘI PHÁP LUẬT XÂY DỰNG VIỆT NAM
SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW - VIET NAM (SCLVN)

LNT & PARTNERS

BÁO CÁO HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI

Mặt ưu điểm

- Nêu được khái niệm mới LCS, KPPIP, PJPL v.v. bài học Indonesia, Ấn Độ

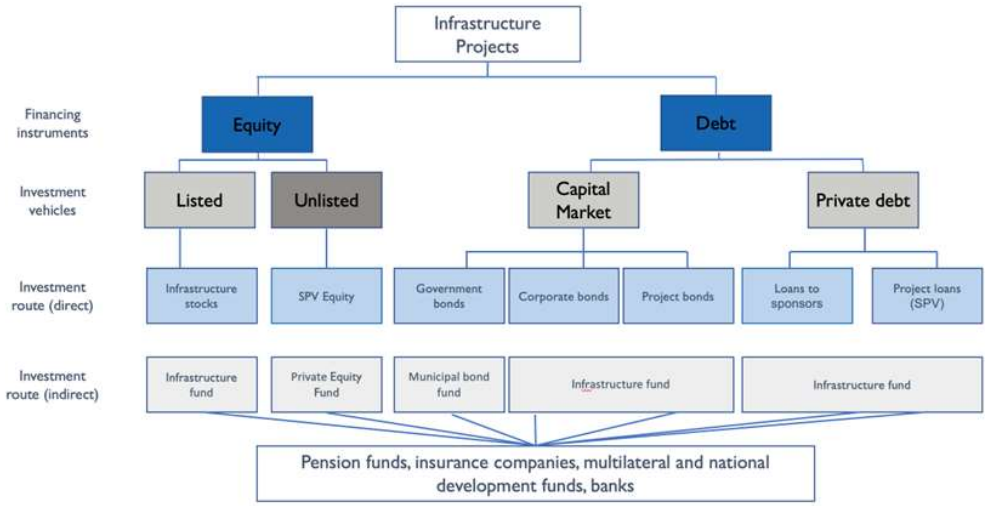
Mặt tồn tại

- Mới dừng lại ở truyền bá kinh nghiệm nước ngoài mà chưa rà soát xem có phù hợp với VN không
- Chưa rút kinh nghiệm đánh giá hình thức BT

Các đề xuất

- Kết nối với luật sử dụng tài sản công, luật đầu tư công
- Áp dụng vào luật PPP và nghị định xã hội hóa
- Trái phiếu chính phủ và trái phiếu doanh nghiệp?

CÁC HÌNH THỨC ĐẦU TƯ CƠ SỞ HẠ TẦNG – DEBT / EQUITY



SỬ DỤNG TÀI SẢN CÔNG

The outputs of Government Infrastructure Asset Recycling

Monetization of existing infrastructure assets

Investment into new infrastructure assets

The key point about Government AR is that it creates a strong institutional link between monetization and investment.

GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT HỢP ĐỒNG

Mặt ưu điểm

- Đã nêu được nguyên tắc của hợp đồng PPP và so sánh Luật PPP với Thông tư 09/2022/TT-BGTVT
- Có so sánh với quy định về hợp đồng PPP ở các nước
- Nêu được khó khăn giữa 2 cách tiếp cận: của nhà đầu tư và nhà nước.
- Nêu được các khó khăn ở các dự án cụ thể

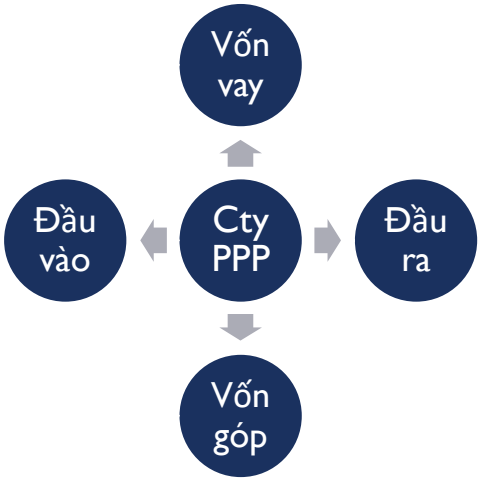
Mặt tồn tại

- Chưa phân tích phần quyền lợi của ngân hàng, trái chủ và những người cung cấp vốn
- Phần lớn các góp ý là "chưa làm rõ" mà chưa nói sẽ làm rõ như thế nào
- Các đề xuất chưa rõ tính khả thi, vì dụ cho đàm phán trực tiếp nhưng ai chịu trách nhiệm …

Đề xuất

- Mọi thứ bắt đầu tư KPI (cho nhà nước) và mô hình tài chính (cho Nhà đầu tư)
- Thông tư 09/2022 cần soạn thảo theo hướng module hóa
- Bài học của Thông tư 09/2022 sẽ được nhân rộng cho bài học PPP các bộ ngành khác

MÔ HÌNH TÀI CHÍNH PPP: NĐT MONG MUỐN NHÀ NƯỚC TÁC ĐỘNG VÀO ĐIỂM NÀO?



RISK MATRIX – CHIA SẺ RỦI RO GIỮA BA NHÀ: NHÀ NƯỚC, NHÀ ĐẦU TƯ, VÀ NHÀ BĂNG (RỦI RO PHẢI ĐI KÈM VỚI LỢI ÍCH)

Rủi ro	Nhà nước	Nhà đầu tư	Ngân hàng
Chính sách	X		
Đất đai	X		
Tài chính (vốn góp/vốn vay)		X	X
Xây dựng		X	
Tỷ giá và chuyển tiền	X		
Đầu ra	? (lợi ích NN là gì?)	X	
Đầu vào		X	
Doanh thu	? (lợi ích NN là gì?)	X	
Lợi ích thu được	**KPI**	**Lợi nhuận**	**Lợi nhuận**

HỖ TRỢ CỦA NHÀ NƯỚC

Pháp lý

- Quy định rõ ràng, an toàn
- Thủ tục nhanh gọn và theo thông lệ quốc tế (nhất là thông lệ đấu thầu)

Tài chính

- Chi phí đền bù giải tỏa
- Chia sẻ rủi ro
- Các chi phí khác

Cơ chế chính sách, ưu đãi

- Cam kết không cạnh tranh
- Tiền thuê đất
- Thuế

KPI CỦA NHÀ NƯỚC: MỘT DỰ ÁN PPP THÀNH CÔNG PHẢI ĐẠT ĐƯỢC LỢI ÍCH GÌ? KHI KIỂM TOÁN DỰA TRÊN TIÊU CHÍ GÌ?

Lợi ích trước mắt

- Thời gian chuyển giao cho Nhà nước?
- Chi phí nhà nước bỏ ra có thu hồi được không?
- Nếu không thì sao?

Lợi ích lâu dài

- Vai trò vị trí của dự án trong tổng thể phát triển kinh tế quốc phòng xã hội của vùng, ngành
- Cách định lượng các tiêu chí trên theo thang điểm
- Nếu không đạt các tiêu chí này thì sao?

CẤU TRÚC HỢP ĐỒNG: CON ĐƯỜNG HAI CHIỀU

Điều khoản thương mại: đi xuôi

- Điều khoản chung, Module B, O/L,T, Module phát sinh và điều chỉnh, huy động vốn

Điều khoản pháp lý: đi ngược

- Điều kiện tiên quyết, cam đoan bảo đảm, cam kết, vi phạm, chấm dứt, bồi thường, bất khả kháng, hoàn cảnh thay đổi, chia sẻ rủi ro, bổ sung vốn

Các điều khoản khác: đi vòng quanh

- Luật áp dụng, giải quyết tranh chấp, hiệu lực, thông báo, chuyển nhượng, thứ tự thanh toán v.v.

LNT & PARTNERS

CẤU TRÚC MODULE DẠNG B (BUILD)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Bắt đầu	Ngày khởi công	Điều kiện khởi công, hạt chót (long stop date), hậu quả xảy ra
Chuẩn bị	Chuẩn bị vốn, nhân lực, mặt bằng	Hạn chót huy động vốn (financial close), bàn giao mặt bằng, bảo lãnh thực hiện HĐ, hậu quả xảy ra.
Thiết kế	Thiết kế, phê duyệt thiết kế, khảo sát địa chất, thẩm định lại số liệu mà CĐT đưa ra	Thay đổi thiết kế hay các chỉ tiêu KPI, gia hạn (EOT), chi phí phát sinh (do thay đổi hay do chậm trễ).
Thi công	Tiến độ, báo cáo, giải ngân	Chậm tiến độ, thiếu báo cáo và phê duyệt, chậm giải ngân, thiếu vốn, bù đắp vốn, hậu quả xảy ra
Chạy thử, nghiệm thu	Hoàn tất xây dựng (MC), nạp liệu, kiểm tra, chạy không tải, chạy có tải, kiểm tra, hoàn tất và cấp phép hoàn công	Chậm MC, ký MC và hệ quả, phát sinh chi phí do thời gian chạy thử, nghiệm thu quá thời hạn, không vượt qua các cuộc thử nghiệm, phạt hay ngừng?

LNT & PARTNERS

CẤU TRÚC MODULE DẠNG O (OPERATE) VÀ L (LEASE)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Vận hành	Cấp phép vận hành	Điều kiện tiên quyết, chậm phê duyệt, chậm khắc phục lỗi, hậu quả
Thu phí (mobule O)	Cách tính phí, báo cáo tình hình thu phí, kiểm toán, sử dụng phí	Điều chỉnh phí (điều kiện, phê duyệt), gia hạn thời gian thu phí, bù lỗ, chia sẻ rủi ro, quy trình phê duyệt để được hưởng tiền chia sẻ rủi ro, nguồn tiền từ ngân sách nhà nước (chi thường xuyên hay chi đầu tư XDCB)
Thanh toán (module L)	Quy trình nhận thanh toán (module L)	Hồ sơ thanh toán, bổ sung hồ sơ, phê duyệt, chậm thanh toán và lãi suất.
Bảo trì	Lịch trình bảo trì, chi phí bảo trì	Chi phí định kỳ, chi phí phát sinh (do thiên tai, tai nạn v.v.), được tăng tổng mức đầu tư và gia hạn thời gian khai thác hay không, v.v.?

LNT & PARTNERS

CẤU TRÚC MODULE DẠNG T (TRANSFER)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Thời điểm	Thời gian theo HĐ, gia hạn thu phí	Điều kiện gia hạn
Đánh giá hoàn tất	Kiểm tra tình trạng: tài sản, vận hành, pháp lý, khắc phục các tồn tại.	Checklist, kiểm tra mục tiêu KT-XH mà dự án đề ra (KPI), đánh giá, đề xuất thưởng hay phạt.
Chuyển giao	Chỉ định bên nhân, chuyển giao Dự án, phụ tùng, CBCNV, tài liệu, HĐ O&M	Bên nhận không đủ năng lực? Chọn bên nhận mới? Tình trạng nhận bàn giao không đủ, bàn giao một phần?
Chấm dứt HĐ	Trường hợp chấm dứt: khi hết thời hạn, trước thời hạn, thanh toán khi chấm dứt, trả lại các biện pháp bảo đảm	Định giá tài sản khi chấm dứt, thanh toán cho CĐT theo giá trị tài sản hay thanh toán cho CĐT theo công sức, giá trị đầu tư? Bồi thường cho CĐT khi chấm dứt do CQNN có lỗi,
Giải thể cty PPP và hoàn vốn	Quy trình giải thể hay chuyển giao	Chấm dứt và giải thế công ty PPP hay chuyển giao toàn bộ vốn điều lệ? Các vấn đề tồn đọng (nợ thuế, NLĐ, các chủ nợ khác …)

CẤU TRÚC MODULE TÀI CHÍNH (FINANCE)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Góp vốn	Lịch biểu góp vốn tương ứng với HĐ EPC, các HĐ khác	Chậm góp vốn, lấy tiền thu phí để góp vốn, chậm thi công ảnh hưởng đến tiến độ giải ngân
Đi vay	Termsheet, đàm phán, ký HĐ vay, Financial Close	NH đề nghị thay đổi HĐ PPP? Không đạt financial close sau hạn chót? Các nguồn vốn bổ sung?
BP bảo đảm	Quyền SD đất, Tài sản trên đất, cổ phần nhà đầu tư, bảo lãnh của CĐT	Định giá QSDĐ? Chậm cấp GCN QSDĐ? Nội dung các HĐ về BPBĐ, bảo lãnh, Đăng ký tài sản bảo đảm.
Phát hành trái phiếu	Thời điểm phát hành, kế hoạch trả lãi, nguồn tiền để trả lãi?	Điều kiện phát hành? Phát hành không thành công? Nguồn vốn bổ sung?
Phát hành cổ phiếu	Thời điểm phát hành?	Tăng vốn được coi là giải pháp sau cùng? Khả năng thành công khi gọi vốn?
Chấm dứt HĐ vay, đáo hạn trái phiếu	Sự kiện chấm dứt HĐ vay hay đáo hạn trái phiếu (đúng hạn hay trước hạn), các trường hợp áp dụng	Tái cấu trúc khoản vay (gia hạn, đảo nợ, thay đổi hình thức), chấm dứt sớm do vi phạm (event of default – EOD), hậu quả của EOD.

CÁC SỰ KIỆN QUAN TRỌNG VÀ CÁC ĐIỀU KHOẢN QUAN TRỌNG KHÁC

Sự kiện	Các bước thực hiện	Các vướng mắc cần giải quyết
Thay đổi (variation)	Trường hợp thay đổi và quy trình	Chậm phê duyệt? Giá cả không thống nhất? Tạm đồng ý thay đổi? CQNN can thiệp trái thẩm quyền?
Bất khả kháng (FM)	Các trường hợp FM, quy trình thông báo FM và hậu quả	Tranh cãi về điều kiện phát sinh FM, chi phí phát sinh khi FM, chấm dứt HĐ do FM quá lâu
Hardship	Lạm phát cao, cấm vận, Covid, quy trình đàm phán theo BLDS 420.	Hardship không phải là không lường trước được nhưng khó đàm phán và khó khắc phục
Luật thay đổi	Luật và chính sách thay đổi	Định nghĩa "chính sách", ảnh hưởng thay đổi, hệ quả
Luật áp dụng	Chọn luật điều chỉnh và luật áp dụng	Luật VN có được bên cho vay đồng ý không?
GQ tranh chấp	Cơ quan giải quyết	Có cần DB hay hòa giải không? Trọng tài VIAC hay SIAC, ICC?

CÁC VẤN ĐỀ CẦN LƯU Ý

Quan hệ giữa quy trình đầu tư và HĐ PPP

- Các hạn chế giữa các cơ quan nhà nước ảnh hưởng đến đơn vị dự thầu

Cấu trúc HĐ PPP: các chương, modules, mối liên hệ

- Các điều khoản dạng B, dạng O, dạng L và dạng T
- Các vướng mắc ở các giai đoạn B, O, L và T

Cách vượt qua các khó khăn trong HĐ PPP

- Trong giai đoạn đàm phán, ký kết hợp đồng
- Trong giai đoạn thực hiện, kết thúc hợp đồng và giải quyết tranh chấp

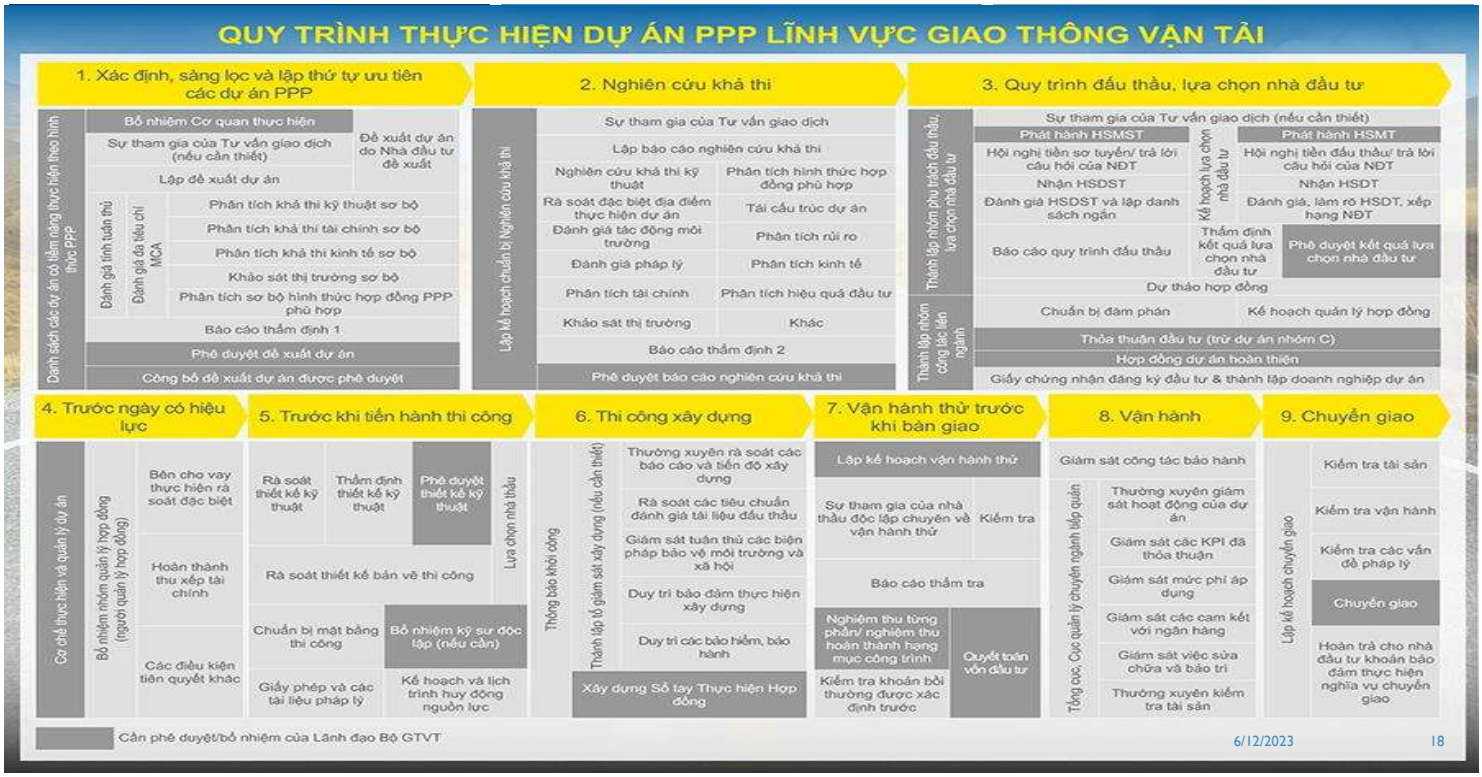
QUAN HỆ GIỮA QUY TRÌNH ĐẦU TƯ VÀ KÝ KẾT HỢP ĐỒNG PPP – GIỮA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC VÀ CHỦ ĐẦU TƯ

Pre-FS, FS
- Quy hoạch, lập Pre-FS và trình, thẩm định, phê duyệt
- Phê duyệt FS

HSMT, HSDT
- Lập. thẩm định, phê duyệt, phát hành HSMT,
- Chuẩn bị, nộp, mở HSDT, đánh giá HSĐXKT, HSĐXTCTM

HĐ PPP
- Trình, thẩm định, phê duyệt, công khai KQLCNĐT
- Đàm phán, hoàn thiện, ký kết, công khai HĐ PPP

LNT & PARTNERS



TÀI LIỆU THAM KHẢO

- Luật đầu tư theo hình thức đối tác công – tư và các văn bản pháp luật có liên quan
- Các tài liệu của BKHĐT về dự án đối tác công tư và Hợp đồng PPP
- Các tài liệu của World Bank, ADB về PPP
- Lê Nết, Các Hợp đồng Tài trợ Dự án, NXB Lao động 2021

- Liên hệ:
  - Lê Nết, Công ty Luật LNT & Partners, Lầu 21, Bitexco Financial Tower, 2 Hải Triều, Q1, TP HCM
  - Net.LE@LNTpartners.com Tel: +84909759699.

THAM LUẬN

GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M Ở VIỆT NAM

TS. Đặng Hoàng Mai – Trường Đại học Xây dựng Hà Nội

A. Những thành công của Báo cáo

Báo cáo "Rà soát các mẫu hợp đồng BOT, BLT và O&M ở Việt Nam" do TS. LS Lê Đình Vinh và nhóm tác giả thuộc Công ty Luật TNHH Vietthink thực hiện được trình bày với bố cục hợp lý và nội dung bao quát đầy đủ các vấn đề đặt ra đối với việc ký kết, thực hiện hợp đồng PPP nói chung và một số loại hợp đồng PPP nói riêng ở Việt Nam hiện nay.

Báo cáo đã phác hoạ đầy đủ bức tranh toàn cảnh về thực trạng ký kết và thực hiện các dự án PPP ở Việt Nam hiện nay, nêu bật được những vấn đề còn tồn tại, nổi cộm trong bức tranh này (từ đoạn 05 đến 09 của Báo cáo).

Từ đó, Báo cáo đã xác định rõ mục đích và phạm vi các vấn đề đặt ra cần được giải quyết (đoạn 12. của Báo cáo). Báo cáo đã làm rõ khung pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng dự án PPP gồm các vấn đề: Nguyên tắc pháp lý điều chỉnh hợp đồng dự án PPP; khái niệm hợp đồng dự án PPP; các loại hợp đồng dự án PPP; nội dung hợp đồng dự án PPP và việc ban hành, áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP là phù hợp và tương đối đầy đủ. Đặc biệt, nội dung về các nguyên tắc của hợp đồng dự án PPP (mục 1) và về việc ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP (mục 5) đã được Báo cáo trình bày và phân tích rất xác đáng.

Phần nội dung Rà soát, đánh giá nội dung mẫu hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT và khuyến nghị áp dụng cũng như đề xuất các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo mẫu hợp đồng BLT và O&M được trình bày trong Báo cáo cho thấy các tác giả đã dày công nghiên cứu cũng như đánh giá thực tiễn thực hiện các dự án PPP để đưa ra các đề xuất và khuyến nghị xác đáng, chi tiết cho việc đàm phán, soạn thảo các hợp đồng BOT cũng như việc ban hành mẫu hợp đồng BLT và O&M của cơ quan có thẩm quyền.

B. Một số ý kiến đóng góp của người đọc

Có thể nói đầu tư phát triển cơ sở hạ tầng là sự đầu tư mang lại bước phát triển đột phá cho các quốc gia trong bất kỳ giai đoạn phát triển nào. Cùng với sự tăng trưởng của kinh tế - xã hội thì áp lực đầu tư phát triển cơ sở hạ tầng lại càng tăng lên – trở thành gánh nặng đối với nhà nước, nên việc thu hút đầu tư tư nhân để giảm áp lực này là con đường tất yếu của các quốc gia và nếu cái bắt tay giữa nhà nước và tư nhân thành công thì kết quả thu được ở nhiều quốc gia khắp các châu lục trong nhiều thập kỷ qua đã cho thấy hiệu quả to lớn mà phương thức đầu tư này mang lại. Do đó, việc nhà nước Việt Nam đã ban hành và không ngừng hoàn thiện khung pháp lý cho việc đầu tư theo phương thức đối tác công – tư (PPP) là cần thiết và kịp thời.

Theo nghiên cứu của nhiều tác giả đã được công bố thì việc đầu tư theo phương thức PPP chỉ thực sự đạt được thành công đáng kể khi cơ chế, chính sách và pháp luật đặt nhà nước vào đúng vai là "đối tác" của nhà đầu tư. Trên cơ sở đó, việc thiết lập và thực hiện hợp đồng dự án PPP phải dựa trên tinh thần "win-win". Hợp đồng PPP không phải là một hợp đồng "đóng" theo kiểu truyền thống mà cần phải được thiết lập để đảm bảo cho sự hợp tác và linh hoạt giữa các bên trên cơ sở cam kết chắc chắn trong dài hạn.

Ở Việt Nam, do đặc thù về cơ chế quản lý kinh tế nói chung và đầu tư nói riêng của chúng ta nên chính phủ Việt Nam sẽ cần nhiều nỗ lực và sự đổi mới hơn nữa từ trong tư duy của người quản lý cho đến việc xây dựng khung pháp lý và thực thi thì mới thu hút được các nhà đầu tư và phát huy được các thế mạnh của phương thức đầu tư này, đem lại hiệu quả đầu tư vượt trội như mong muốn.

Một số vấn đề như sau, theo người đọc, dưới góc độ là nhà nghiên cứu, Báo cáo cần bổ sung, làm rõ thì sẽ đầy đủ và hoàn thiện hơn:

1. Về nội dung "Khung pháp luật điều chỉnh hợp đồng dự án PPP" của Báo cáo:

- Về Chủ thể hợp đồng dự án PPP: Đây là nội dung nên để thành một mục trong phần "Khung pháp luật điều chỉnh hợp đồng dự án PPP" của Báo cáo; trong đó làm rõ quyền – nghĩa vụ - trách nhiệm của mỗi bên trong hợp đồng dự án PPP theo thông lệ quốc tế và pháp luật Việt Nam hiện hành.

- Về các nguyên tắc của hợp đồng dự án PPP: Báo cáo nên bổ sung 02 nguyên tắc vào phần "Các nguyên tắc đặc thù" đó là: Nguyên tắc chia sẻ và quản lý rủi ro (Theo nguyên tắc chung về chia sẻ rủi ro và thông lệ về chia sẻ và quản lý rủi ro trong hợp đồng dự án PPP) và Nguyên tắc công khai, minh bạch (Đối với toàn bộ quá trình từ giao kết đến thực hiện và kết thúc hợp đồng dự án PPP) mà theo quy định hiện hành của Luật PPP thì đã được đề cập (một phần) tại Điều 9 của Luật này.

Những bổ sung này sẽ là cơ sở để rà soát, đánh giá mức độ phù hợp của quy định pháp luật cũng như đề xuất các điều khoản thích hợp trong mẫu hợp đồng dự án PPP.

Ngoài ra, nguyên tắc bảo đảm đầu tư khi thay đổi pháp luật (ở đoạn 30,31,32) nên đưa vào phần "Các nguyên tắc chung" thì hợp lý hơn.

- Về các loại hợp đồng dự án PPP được trình bày ở đoạn 38 của Báo cáo, theo người đọc nên bổ sung vào tiêu chí phân loại các dạng hợp đồng PPP cụ thể để minh hoạ thì sẽ đầy đủ hơn.

- Về nội dung hợp đồng dự án PPP: Ở đoạn 46 của Báo cáo, theo người đọc nên bổ sung nội dung: Các nhóm điều khoản cơ bản của hợp đồng dự án PPP theo thông lệ.

2. Về nội dung "Rà soát, đánh giá nội dung mẫu hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT và khuyến nghị áp dụng" cũng như "Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo hợp đồng BLT và O&M" (Mục II và III của Báo cáo)

Như đã đề cập ở phần trên, hợp đồng dự án PPP là một dạng hợp đồng "mở" và đòi hỏi tinh thần hợp tác rất cao giữa các bên, do đó việc xây dựng các mẫu hợp đồng

PPP của cơ quan có thẩm quyền cũng như việc thiết lập các hợp đồng PPP trong các dự án cụ thể, theo tôi ngoài những nội dung căn bản vẫn được chú trọng theo thông lệ đối với một hợp đồng PPP, đó là các khía cạnh tài chính, kỹ thuật và pháp lý thì khía cạnh ít được quan tâm hơn trong thực tế trước đây, nhưng lại đóng vai trò rất quan trọng cho sự thành công của quan hệ hợp tác đó là các thoả thuận liên quan đến nội dung về quản lý hợp đồng và điều chỉnh hợp đồng.

Nội dung quản lý hợp đồng ở đây cần được hiểu đầy đủ ở cả ba giai đoạn, đó là giai đoạn hình thành hợp đồng – thực hiện hợp đồng – kết thúc hợp đồng. Liên quan đến nội dung này, cần phải nghiên cứu tập hợp các điều khoản/thoả thuận về quản lý hợp đồng trong một hợp đồng dự án PPP là gì. Cũng từ lý do này mà theo tôi, nếu như phần rà soát, đánh giá và đưa ra khuyến nghị của các tác giả Báo cáo được trình bày dưới dạng nhóm các vấn đề cốt lõi của một thoả thuận PPP thì sẽ đầy đủ và xác đáng hơn trong việc giải quyết vấn đề so với việc trình bày có tính liệt kê như hiện tại. Ví dụ, có thể chia thành các nhóm vấn đề để rà soát một cách có hệ thống và đầy đủ hơn như vấn đề về cơ chế chia sẻ rủi ro; về thực hiện hợp đồng; về thanh toán; về xử lý vi phạm hợp đồng;… Trong nội dung về quản lý thực hiện hợp đồng, đối với các hợp đồng PPP có cấu phần xây dựng, cần nghiên cứu thêm cách tiếp cận của mẫu hợp đồng NEC bên cạnh cách tiếp cận truyền thống của FIDIC mà theo tôi rất phù hợp với quan hệ hợp đồng có tính chất đối tác như PPP. Nên chi tiết hoá điều khoản về quản lý hợp đồng, trong đó bổ sung nội dung về cảnh báo sớm (early warnings) đã được đề cập đến trong mẫu hợp đồng NEC và FIDIC 2017.

Về nội dung liên quan đến các thoả thuận điều chỉnh hợp đồng (thoả thuận lại) cũng đóng vai trò hết sức quan trọng trong một hợp đồng dự án PPP do tính chất của hợp đồng này là dài hạn và rất phức tạp. Vì vậy, ngoài việc các bên tham gia vào một hợp đồng PPP luôn luôn phải nêu cao tinh thần hợp tác, sẵn sàng cùng nhau tháo gỡ những vướng mắc, khó khăn phát sinh thì các điều khoản liên quan đến cơ chế, cách thức điều chỉnh/thay đổi như thế nào cần được dự liệu trước.

Trên thực tế có thể lấy ví dụ minh hoạ cho vấn đề này từ kinh nghiệm được rút ra từ một trong những quốc gia áp dụng PPP cho cơ sở hạ tầng rất thành công ở Châu Á, đó là Hàn Quốc.

Là một trong những quốc gia đạt được thành công trong việc phát triển cơ sở hạ tầng dựa trên phương thức PPP từ những năm 90 cho đến nay, bài học lớn nhất rút ra cho sự thành công của Hàn Quốc đó chính là sự linh hoạt để thích ứng với những điều kiện thực tế thay đổi nhằm một mặt vẫn thu hút được nhà đầu tư tư nhân, nhưng mặt khác vẫn đảm bảo hiệu quả đầu tư của nhà nước. Họ cho rằng không thể có một hợp đồng PPP hoàn hảo ngay từ khi ký kết và vấn đề cốt lõi là quản lý, kiểm soát việc thực hiện hợp đồng như thế nào và khả năng sẵn sàng cho những thay đổi ra sao. Chẳng hạn như trước đây, hợp đồng dự án PPP của Hàn Quốc có quy định về bảo đảm doanh thu tối thiểu (MRG – Minumum Revenue Guarantees) nhưng do những bất cập của quy định này mà hiện nay Hàn Quốc đã bãi bỏ quy định này và thay thế bằng cơ chế đền bù chi phí tối thiểu (MCC – Minimum Cost Compensation); hay mới nhất, trong năm 2022, để thu hút nhà đầu tư trong các dự án PPP đường sắt, chính phủ Hàn Quốc đã đưa ra mô

hình hợp đồng PPP hỗn hợp (kết hợp giữa hai mô hình truyền thống là BTO và BTL) gọi là mô hình BTO-rs (risk sharing), theo đó chính phủ sẽ chia sẻ rủi ro do việc thất bại trong dự báo nhu cầu (chia sẻ doanh thu và chi phí vận hành cho cả hai phía nhà nước và tư nhân).

KẾT LUẬN: Báo cáo "Rà soát các mẫu hợp đồng BOT, BLT và O&M ở Việt Nam" do TS. LS Lê Đình Vinh và nhóm tác giả thuộc Công ty Luật TNHH Vietthink thực hiện đã đạt được các mục đích đề ra. Mặc dù vậy, hợp đồng dự án PPP là một loại hợp đồng đặc thù và phức tạp mà Việt Nam mới chỉ ở những bước đi đầu tiên trong "chiếc áo" PPP, nên việc tiếp tục nghiên cứu lý thuyết, đúc kết, học hỏi kinh nghiệm thực tiễn của các quốc gia đi trước là cần thiết để từng bước hoàn thiện quy trình thực hiện dự án PPP nói chung và hợp đồng dự án PPP nói riêng, hướng đến mục tiêu đạt được hiệu quả hợp tác giữa nhà nước và tư nhân để phát triển cơ sở hạ tầng đồng bộ, hiện đại./.

THAM LUẬN
GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M Ở VIỆT NAM

TS. NGUYỄN THỊ HOA
Giảng viên Khoa luật quốc tế Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh

Dẫn nhập. Như chúng ta đã biết, lĩnh vực đầu tư theo phương thức đối tác công tư là một lĩnh vực phức tạp và đóng vai trò quan trọng đối với quốc gia. Điều này có thể được thể hiện thông quan lĩnh vực được áp dụng phương thức PPP theo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (sau đây gọi tắt là Luật PPP) tại Điều 4 như lĩnh vực giao thông vận tải, lưới điện, nhà máy điện, thuỷ lợi, cung cấp nước sạch, thoát nước, xử lý nước thải, xử lý chất thải, y tế, giáo dục và đào tạo cũng như hạ tầng công nghệ thông tin. Đây là những lĩnh vực có thể nói là ảnh hưởng quan trọng đến an ninh quốc gia và quyền của con người được sống trong môi trường lành mạnh. Chính vì vậy mà các dự án PPP cũng hết sức phức tạp về cả nguồn vốn, kỹ thuật cũng như thời gian thực hiện nên chứ rất nhiều rủi ro cho cả nhà nước và nhà đầu tư cũng như người dân sinh sống xung quanh khu vực có dự án PPP. Chính vì vậy mà việc hoàn thiệp pháp luật về PPP để đảm bảo quyền và lợi ích tốt hơn cho các chủ thể là rất cần thiết để một phần không làm thất thoát tiền và tài nguyên quốc gia, phục vụ tốt cộng đồng cũng như thu hút được nhiều nhà đầu tư để có nhiều dự án được thực hiện nhằm phát triển đất nước.

Do đó, tác giả lấy làm vinh dự khi được đọc bản dự thảo Báo cáo **BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M Ở VIỆT NAM** được thực hiện bởi các chuyên gia của VIAC. Sau khi nghiên cứu thì tác giả có những nhận xét như sau:

Nhìn chung, Tác giả đánh giá rất cao nội dung báo cáo vì đã phân tích một cách khá đầy đủ các khía cạnh cơ bản của hợp đồng PPP cũng như những khó khăn, vướng mắc thực tế mà các bên tham gia dự án PPP có thể gặp phải. Về mặt hình thức thì báo cáo cũng được trình bày rõ ràng, mạch lạc và dễ hiểu, chỉ có một số ít lỗi đánh máy mà tác giả có chỉnh sửa trực tiếp trong Báo cáo.

Mặc dù vậy thì với kiến thức khiêm tốn của mình thì tác giả cũng có một số ý kiến muốn trao đổi và đóng góp để bổ sung thêm cho báo cáo được hoàn thiện hơn như sau:

Đoạn số 32. Về vấn đề bảo lưu và áp dụng chính sách, quy định ưu đãi hơn khi có sự thay đổi pháp luật sẽ không được áp dụng đối với NĐT và DNDA. Tại đây có nêu rằng đây là "*điểm mờ trong quá trình xây dựng Luật Doanh nghiệp năm 2020…*" Tuy nhiên, có thể có sự nhầm lẫn với Luật Đầu tư 2020 chứ không phải luật Doanh nghiệp.

Cũng liên quan đến nội dung này thì Nhóm tác giả của Báo cáo cho rằng "*các bên đưa thoả thuận này vào hợp đồng dự án là hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc tự nguyện giao kết hợp đồng*". Về vấn đề này thì tôi nhậ thấy nên làm rõ hơn nội dung này là quyền bảo lưu của NĐT và DNDA nên được áp dụng khi các quy định và chính sách mới ban hành bất lợi hơn cho họ. Trong trường hợp quy định mới theo hướng có lợi hơn cho NĐT hay DNDA thì không nhất thiết phải bắt họ bảo lưu các điều khoản bất lợi đó. Hơn nữa, thực tế vẫn được chấp nhận như vậy và khi rà soát các hợp đồng tại Thành phố Hồ Chí Minh thì tôi vẫn thấy có các điều khoản như vậy trong hợp đồng PPP nên thiết nghĩ đây không phải là điểm mờ của Luật. Và nếu nhóm tác giả cho rằng đây là điểm mờ của Luật thì báo cáo nên giải thích cụ thể hơn mờ ở chỗ nào.

Đoạn số 40. Đề cập đến dự án BT. Thiết nghĩ Điều 101 của Luật PPP đã có quy định dừng áp dụng dự án BT rồi nên việc góp ý bỏ quy định cho áp dụng dự án BT là không cần thiết nữa.

Tại Đoạn số 55. Có phân biệt hai nhóm quy định trong hợp đồng là "quuy tắc xử sự chung" và "quy định chỉ mang tính nguyên tắc". Tôi nhận thấy sự phân biệt nãy cũng không thực sự rõ ràng bởi vì quy định của pháp luật được hiểu là "các quy tắc xử sự chung" nên không thấy rõ được sự khác biệt của cách phân chia này. Nên chăng, nhóm tác giả xây dựng báo cáo có thể nghiên cứu kỹ hơn ở việc dạng hợp đồng nào thì các quy định về quyền và nghĩa vụ nào là mang tính bắt buộc mà các bên phải tuân thủ, còn nhóm quy định nào thì các bên có thể đàm phán thoả thuận tuỳ theo tình huống cụ thể. Ngoài ra, có thể nghiên cứu thêm các quy định của các hợp đồng mẫu quốc tế đồng dạng xem họ khuyến cáo các quy định nào thì các bên không nên sửa đổi làm thay đổi bản chất của hợp đồng, còn nhóm quy định nào thì các bên có thể thoả thuận sửa đổi để phù hợp với tình hình thực tế của từng dự án.

Tại Đoạn số 72 phần (iv) về phạt vi phạm. Nhóm tác giả xây dựng báo cáo có đề xuất cần chi tiết hoá các quy định về phạt vi phạm đối với Cơ quan ký kết hợp đồng khi có vi phạm công tác bồi thường và giải phóng mặt bằng theo quy định của BLDS 2015. Tôi cũng ủng hộ phương án cần có chế tài phạt vi phạm để các bên tham gia quan hệ hợp đồng

phải có trách nhiệm hơn trong việc thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, cần phân tích thêm là theo quy định của BLDS 2015 tại Điều 418 khoản 1 thì "mức phạt vi phạm do các bên thoả thuận, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác". Do đó, khi xây dựng chế tài thì cũng cần lưu ý thêm đến mức phạt, chúng ta cũng nên trao đổi thêm về việc có hay không đặt ra một mức phạt giới hạn ví dụ như quy định của Luật xây dựng thì giới hạn không quá 12% và Luật Thương mại thì giới hạn không quá 8% đối với giá trị nghĩa vụ bị vi phạm. Theo quan điểm của tôi thì mặc dù quy định cho phép phạt vi phạm hợt đồng thì cũng nên không chế một mức phạt cho phù hợp để các bên hướng đến tạo điều kiện thuận lợi cho nhau thực hiện hợp đồng chứ không phải hướng đến hưởng lợi từ việc phạt vi phạm đối phương.

Tại Đoạn số 75 về vấn đề bồi thường thiệt hại. Báo cáo cho rằng "*trách nhiệm về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng cần được bổ sung, chi tiết hoá….các bên có thể thoả thậun về các nguyên tắc minh chứng và giasm định thiệt hại, các trường hợp lựa chọn một đơn vị định giá, giám định độc lập xác định gía trị thiệt hại thực tế*". Vấn đề này có thể đưa thêm minh chứng rằng các hợp đồng mẫu quốc tế khác có quy định cụ thể về vấn đề này hay không. Bởi vì việc xác định có cần giám định hay định giá độc lập hay không sẽ tuỳ vào tình huống cụ thể về tính phức tạp của vấn đề và sự đồng thuật của các bên tham gia quan hệ hợp đồng. Hơn nữa, cũng nên chỉ ra là trong việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại thì thực tế các bên gặp khó khăn về việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm với thiệt hại hay là khó khăn ở việc chứng minh sự tồn tại của thiệt hại thực tế để có đề xuất cho phù hợp.

Tại Đoạn số 81 về cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu theo quy định tại Điều 82 Luật PPP. Về vấn đề này tôi thấy đề xuất là cần thiết và tôi xin bổ sung một cơ sở để giải thích cho tính cần thiết của thoả thuận này. Cụ thể, tại Điều 82 Luật PPP quy định rằng "*cơ chế chia sẻ phần giảm doanh thu quy định tại khoản 2 Điều này phải được xác định tại quyết định chủ trương đầu tư".* Từ quy định trên có thể suy luận rằng việc chia sẻ phần giảm doanh thu này không phải là đương nhiên áp dụng cho mọi dự án hay mọi hợp đồng PPP mà phải tùy thuộc vào quyết định của cơ quan có thẩm quyền khi phê duyệt chủ trương đầu tư. Do đó, nên chăng có thể bổ sung đề xuất là nên áp dụng cho mọi dự án để thu hút các nhà đầu tư. Và cũng cần có quy định cụ thể trong hợp đồng để quyền lợi của NĐT và DNDA được đảm bảo thực hiện.

Tại Đoạn 106. Báo cáo đề xuất về trách nhiệm của CQCTQ trong việc bồi thường thiệt hại cho DNDA trong trường hợp cơ quan nhà nước chậm thanh toán gây thiệt hại cho DNDA. Tôi đề xuất thêm đối với nội dung này là hợp đồng cần bổ sung phần trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng phải trả lãi chậm thanh toán như theo quy định tại Điều 337 BLDS 2015.

Ngoài các nội dung của báo cáo thì tôi cũng bổ sung thêm một số nội dung như sau:

- Về cơ chế quản lý việc thực hiện hợp đồng: Như chúng ta đã biết thì Hợp đồng PPP hướng đến thực hiện các dự án phức tạp và sự phức tạp này cũng liên quan đến đến các vấn đề pháp lý. Do đó, cơ quan nhà nước cũng nên có dự trù kinh phí cho việc thuê chuyên gia pháp lý bên ngoài để theo dõi suốt quá trình thực hiện hợp đồng. Việc này sẽ giúp cơ quan nhà nước trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình tốt hợp trong quá trình thực hiện hợp đồng cũng như khi bị các NĐT hay DNDA đặc biệt là các NĐT nước ngoài khởi kiện.

- Về cơ chế giải quyết tranh chấp. Hiện nay Luật PPP tại Điều 97 mới quy định về 3 cơ chế giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng, hoà giải, trọng tài và toà án mà chưa đề cập đến cơ chế giải quyết tranh chấp thông qua Ban xử lý tranh chấp. Trong khi cơ chế này đã được thừa nhận là rất hiệu quả cho các dự án lớn và được ứng dụng nhiều trong các hợp đồng xây dựng quốc tế như mẫu hợp đồng FIDIC, và cũng đã được ghi nhận trong Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/4/2015 quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng tại Điều 45. Theo kinh nghiệm nghiên cứu cũng cho thấy cơ chế này cũng đang được dần dần ứng dụng cho nhiều lĩnh vực hợp đồng phức tạp khác nhau. Do đó, Báo cáo có thể cân nhắc bổ sung thêm đề xuất đưa cơ chế giải quyết tranh chấp này trong hợp đồng.

Kết luận. Trên đây là một số ý kiến góp ý của tôi nhằm góp phần hoàn thiện báo cáo cũng như mong muốn đóng góp một phần nhỏ vào việc hoàn thiện pháp luật về PPP để có thể có nhiều dự án được thực hiện để phục vụ phát triển đất nước.

THAM LUẬN
GÓP Ý DỰ THẢO BÁO CÁO RÀ SOÁT MẪU HỢP ĐỒNG BOT, HỢP ĐỒNG BLT VÀ HỢP ĐỒNG O&M Ở VIỆT NAM

PGS.TS. Nguyễn Bá Bình[1] và NCS. Nguyễn Mai Linh[2]

Trong tham luận này, chúng tôi xin nêu góp ý cho Phần II của Dự thảo Báo cáo - tức phần Rà soát, đánh giá nội dung mẫu hợp đồng BOT thuộc ngành giao thông vận tải. Về phần báo cáo rà soát, đánh giá mẫu Hợp đồng BOT ở Việt Nam (được quy định tại Phụ lục IV kèm theo Thông tư số 09/2022/TT-BGTVT ngày 22/6/2022), chúng tôi cho rằng, về cơ bản, Dự thảo Báo cáo đã rà soát những nội dung cơ bản và quan trọng của Hợp đồng BOT, cũng như đưa ra những khuyến nghị bổ sung, chi tiết hoá những điều khoản mẫu. Tuy nhiên, qua nghiên cứu Báo cáo, chưa rõ vì sao một nội dung cũng rất quan trọng và thường được các bên quan tâm là điều khoản về giải quyết tranh chấp thì chưa được rà soát và khuyến nghị. Vì thế, để góp thêm ý kiến cho nhóm tác giả Dự thảo Báo cáo cân nhắc, chúng tôi xin nêu một số ý kiến bước đầu về việc bổ sung nội dung rà soát, khuyến nghị về điều khoản giải quyết tranh chấp như sau:

1. Theo Điều 109 Mẫu Hợp đồng BOT quy định: "*Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa các bên tham gia hợp đồng dự án và tranh chấp giữa DNDA với các tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án thực hiện theo quy định tại Điều 97 Luật PPP*". Nội dung về điều khoản giải quyết tranh chấp tại Điều 97 Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020 (Luật PPP 2020) chỉ cung cấp các phương thức giải quyết tranh chấp tương ứng với từng loại tranh chấp khác nhau trong dự án PPP. Cụ thể:

(i) Tranh chấp giữa các chủ thể trong nước sẽ được giải quyết Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam;

(ii) Tranh chấp giữa một bên nhà nước với nhà đầu tư nước ngoài được giải quyết tại Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác;

(iii) Tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong đó có ít nhất một nhà đầu tư nước ngoài; được giải quyết tại một trong các cơ quan, tổ chức sau đây: Trọng tài Việt Nam, Tòa án Việt Nam, Trọng tài nước ngoài, Trọng tài quốc tế, Trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận thành lập.

Với các quy định như trên thì điều khoản về cơ chế giải quyết tranh chấp trong mẫu Hợp đồng BOT còn rất chung chung, chưa cụ thể hoá được các nội dung quan trọng như phạm vi giải quyết tranh chấp, điều kiện áp dụng các phương thức giải quyết tranh chấp, luật áp dụng, thủ tục giải quyết tranh chấp… Mặc dù các điều khoản mẫu chỉ mang tính chất tham khảo và các bên có thể bổ sung các quy định liên quan khác cho phù hợp trong các dự án PPP cụ thể, nhưng việc chi

---

[1] Trưởng Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.
[2] Phó trưởng Bộ môn Pháp luật về giải quyết tranh chấp, Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội. Tham luận này chỉ thể hiện quan điểm riêng của các tác giả, không phản ánh quan điểm của bất kỳ tổ chức, cơ quan nào.

tiết hoá các điều khoản giải quyết tranh chấp sẽ giúp cho các bên trong hợp đồng có định hướng rõ ràng hơn về trình tự giải quyết tranh chấp tương ứng với các loại tranh chấp. Việc chi tiết hóa này cũng hoàn toàn phù hợp với xu thế chung của các mẫu Hợp đồng BOT của nhiều quốc gia trên thế giới và của các tổ chức quốc tế.

2. Các tranh chấp trong dự án PPP rất đa dạng, bao gồm không chỉ các tranh chấp đầu tư trong nước mà còn có thể là các tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (Investor State Dispute Settlement – ISDS). Đối với các tranh chấp ISDS theo Hợp đồng BOT sẽ được giải quyết tại Trọng tài Việt Nam hoặc Toà án Việt Nam, *trừ trường hợp hợp đồng có thỏa thuận khác hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác*. Các Điều ước quốc tế trong trường hợp này là các Hiệp định đầu tư quốc tế hoặc các Chương Đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên. Tuy nhiên, thực tiễn hiện nay cho thấy rất ít Hiệp định đầu tư quốc tế hoặc các Chương Đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên quy định về việc loại trừ cơ chế ISDS. Chỉ có một số Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới như tại Chương 9 Hiệp định CPTPP quy định về điều khoản "ngã ba đường" - có nghĩa là sự lựa chọn diễn đàn giải quyết tranh chấp cuối cùng và độc quyền trong cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế. Theo đó, nhà đầu tư không thể khiếu kiện vụ tranh chấp ra trọng tài đầu tư quốc tế khi họ đã đưa vụ việc của mình ra tòa án trong nước của nước tiếp nhận đầu tư và ngược lại.

3. Bên cạnh đó, cơ chế ISDS trong các Hiệp định đầu tư quốc tế hoặc các Chương Đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do còn có điều khoản "bảo trùm" (umbrella clause). Nội dung của điều khoản bao trùm cho phép các điều khoản mà các bên thỏa thuận trong hợp đồng sẽ được bảo hộ bởi Hiệp định đầu tư quốc tế. Quy định này có ý nghĩa nhằm duy trì các nghĩa vụ của chính phủ nước tiếp nhận đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài tại thời điểm ký kết hợp đồng và không bị ảnh hưởng bởi pháp luật trong nước.[3] Mặc dù nhà thầu nước ngoài và chủ đầu tư ký kết Hợp đồng BOT với nhau, nhưng thỏa thuận này được bảo hộ bởi Hiệp định đầu tư quốc tế liên quan đến các chủ thể trong tranh chấp. Về bản chất, điều khoản bao trùm đã nâng khiếu nại vi phạm hợp đồng thành vi phạm pháp luật quốc tế với yêu cầu bồi thường do vi phạm Hiệp định đầu tư quốc tế và điều này có thể mang lại một số lợi thế cho các nhà đầu tư có xu hướng thích sử dụng cơ chế trọng tài đầu tư quốc tế hơn là các thủ tục tòa án trong nước, trọng tài trong nước và họ có thể lựa chọn diễn đàn giải quyết tranh chấp *nếu quy định về điều khoản giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng BOT không đủ chặt chẽ*. Trong khi đó, nội dung của tranh chấp ISDS và tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng BOT là khác nhau. Nội dung các tranh chấp ISDS theo các Hiệp định đầu tư quốc tế hoặc các Chương Đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do sẽ phát sinh từ nghĩa vụ của chính phủ tiếp nhận đầu tư thông qua các biện pháp như: (a) cấm hành vi quốc hữu hóa tài sản mà không bồi thường; (b) đảm bảo cho các khoản đầu tư được đối xử công bằng và thỏa đáng; (c) bảo đảm sự bảo vệ và an ninh đầy đủ; (d) bảo đảm nhà đầu tư được quyền tự do chuyển tiền vào và ra khỏi Quốc gia tiếp nhận đầu tư; và (e) không phân biệt đối xử dành cho nhà đầu tư nước ngoài khi so sánh với các nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư từ quốc gia

[3] Anthony C.Sinclair (2004), "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International,* Volume 20, Issue 4, 1 December 2004, tr. 412.

thứ ba khác. Trong khi đó, các tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng PPP dựa trên vi phạm điều khoản hợp đồng như chậm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, các tranh chấp về thời gian thu phí của nhà đầu tư, phương án tài chính của dự án bị phá vỡ bởi các yếu tố khách quan khác…

4. Trên cơ sở các nhận định trên, chúng tôi đề xuất việc bổ sung, chi tiết hoá điều khoản giải quyết tranh chấp theo hướng như sau:

(i) Bổ sung, chi tiết hoá quy định về phạm vi giải quyết tranh chấp của Hợp đồng BOT

Phạm vi giải quyết tranh chấp của Hợp đồng BOT có thể là tất cả các tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng BOT giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư. Tuy nhiên, nếu quy định phạm vi là "tất cả các tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng BOT" có thể sẽ gây ra nhiều khó khăn cho cơ quan nhà nước. Do đó, điều khoản mẫu Hợp đồng BOT nên có sự giới hạn phạm vi tranh chấp.

(ii) Bổ sung, chi tiết hoá quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp theo các bước thương lượng, hoà giải, trọng tài/toà án

Khi có tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng BOT, các bên phải tiến hành thương lượng/hòa giải trong một khoảng thời gian nhất định, có thể từ 30-60 ngày hoặc một khoảng thời gian khác dài hơn theo sự thoả thuận của các bên và bắt đầu bằng việc một bên phải tiến hành thông báo cho bên còn lại về yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng phương thức thương lượng/hòa giải. Sau khi tranh chấp không thể giải quyết được bằng phương thức thương lượng/hòa giải theo thời hạn đã quy định thì tranh chấp có thể được giải quyết bởi trọng tài hoặc toà án. Việc lựa chọn trọng tài Việt Nam, trọng tài quốc tế hay toà án Việt Nam phụ thuộc vào loại tranh chấp theo Điều 97 Luật PPP 2000. Nếu quy định về phương thức trọng tài thì cũng nên làm rõ về quy trình, thủ tục, số lượng thành viên Hội đồng trọng tài, sử dụng chuyên gia trong tố tụng trọng tài, phí trọng tài,

(iii) Bổ sung, chi tiết hoá quy định về phối hợp giải quyết tranh chấp giữa các cơ quan nhà nước, chủ thể có liên quan

Hợp đồng BOT liên quan giữa cơ quan nhà nước ký hợp đồng và nhà đầu tư, tuy nhiên các cơ quan quản lý tại địa phương cũng có vai trò quan trọng và cần có sự phối hợp hiệu quả trong quá trình giải quyết tranh chấp.

(iv) Bổ sung, chi tiết hoá quy định về việc lựa chọn và loại trừ diễn đàn giải quyết tranh chấp

Như đã phân tích ở trên, việc loại trừ diễn đàn giải quyết tranh chấp nên được quy định rõ trong điều khoản giải quyết tranh chấp của Hợp đồng BOT để tránh cho chính phủ nước tiếp nhận đầu tư phải đối mặt với nhiều vụ kiện ISDS và nằm ngoài phạm vi của Hợp đồng BOT. Các quy định về loại trừ diễn đàn giải quyết tranh chấp cũng nên được xây dựng một cách cẩn trọng vì chúng liên quan đến các nghĩa vụ quốc gia theo các cam kết quốc tế và đảm bảo quyền lợi của nhà đầu tư nước ngoài.

Trên đây là một số góp ý bước đầu của chúng tôi để Nhóm tác giả Dự thảo Báo cáo cân nhắc, hoàn thiện Dự thảo Báo cáo. Xin trân trọng cảm ơn./.

GÓP Ý BÁO CÁO RÀ SOÁT CÁC MẪU HỢP ĐỒNG HỢP TÁC CÔNG – TƯ & BÁO CÁO HUY ĐỘNG NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH MỚI CHO CÁC DỰ ÁN CƠ SỞ HẠ TẦNG TẠI VIỆT NAM

PGS.TS ĐỖ TIẾN SỸ
TRƯỜNG ĐẠI HỌC BÁCH KHOA – ĐHQG-HCM

THAM LUẬN

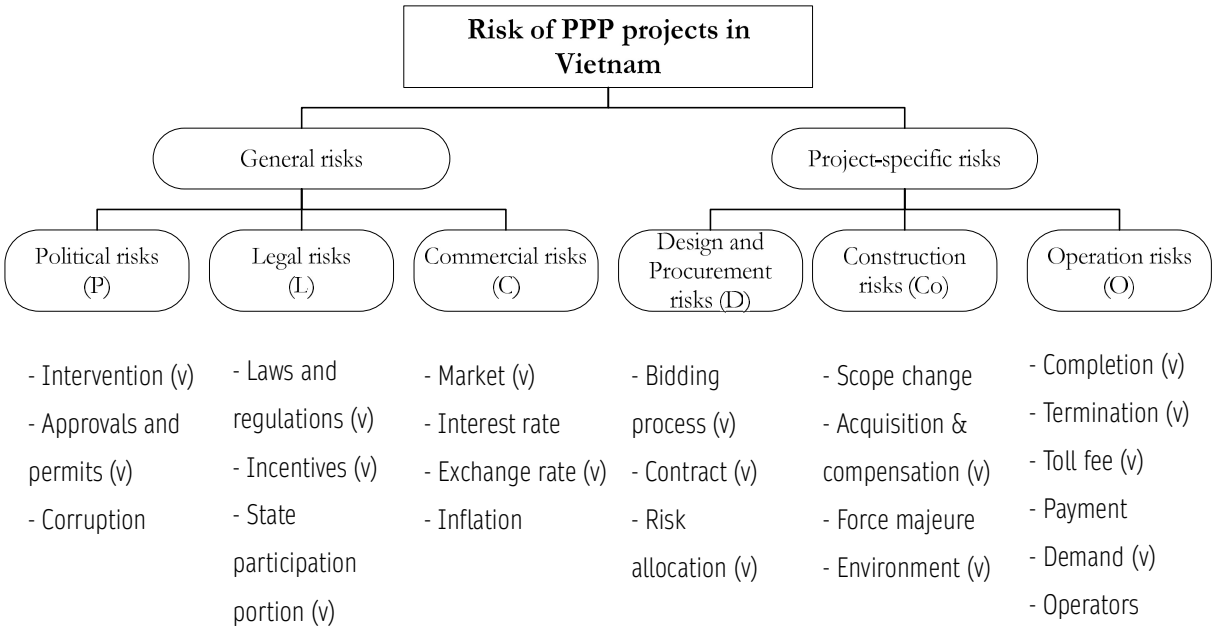
RISK FACTORS/RỦI RO

CONCERN FACTORS/MỐI QUAN TÂM CHÍNH

RỦI RO

"Sự khác biệt về nhận thức rủi ro của khu vực công và khu vực tư nhân đối với các dự án PPP ở Việt Nam

RỦI RO



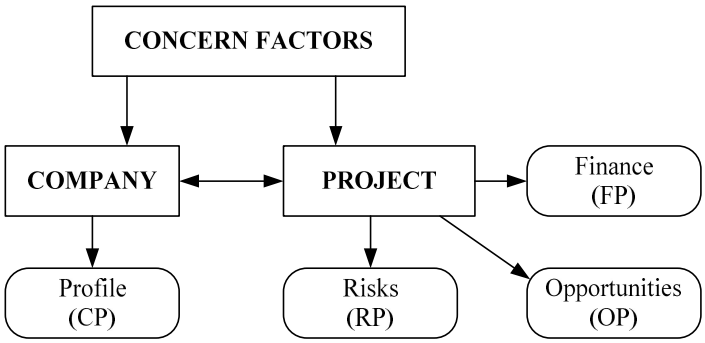
RỦI RO

Phân loại		ID	Nhân tố rủi ro	Báo cáo rà soát các mẫu hợp đồng BOT, hợp đồng BLT và hợp đồng O&M		
				Vấn đề	Giải pháp	Bổ sung
General risks	Political		Government's intervention			*Cải thiện môi trường đầu tư để có thể thu hút được các nhà đầu tư tư nhân - Pháp lý - Chính sách hỗ trợ để giải quyết các khó khăn thực tế
			Delay in project approvals and permits			
			Corruption			
	Legal		Change in laws and regulations	03,05,29	04	Đồng bộ hàng lang pháp lý
			Incentives/Lack of supporting infrastructure	10, 81, 83	82, 84	Thành lập Quỹ PPP quốc gia (hỗ trợ vốn vay khó tiếp cận, NDT chỉ có thể vay 50-60% và phải có tài sản bảo đảm) Miễn giảm thuế VAT, thuế TNDN Có các biện pháp chế tài cụ thể cho việc chậm bàn giao mặt bằng, giải phóng mặt bằng Chậm thanh toán và chia sẻ rủi ro phù hợp
			State participation portion	10		
	Commercia		Financial market			Thành lập Quỹ PPP quốc gia (hỗ trợ vốn vay khó tiếp cận, NDT chỉ có thể vay 50-60% và phải có tài sản bảo đảm)
			Fluctuation of interest rate			
			Foreign exchange fluctuations	153	154	
			Inflation			
Project-specific risks	Design and Procuremen		Lack of transparency in bidding Unfair process of selection of private sector	08, 09, 90	91, 92	
			Conflicting or imperfect contract Breach of contract by Government	06,07,22,23,52,54,112,116	53,55, 114, 118	Phương thức để hợp tác PPP hiệu quả Điều khoản liên quan đến vi phạm và xử lý vi phạm hợp đồng Thứ tự ưu tiên của các văn bản hợp đồng
			Inadequate feasibility study			
			Inappropriate allocation of responsibility and risk	22,23,24	25, 56	Đề xuất cơ chế chia sẻ rủi ro phù hợp giữa các bên tham gia dự án (vấn đề: Nhà đầu tư bỏ vốn chủ sở hữu + vốn vay, tuy nhiên thiếu sự bình đẳng giữa các bên tham gia dự án, thiếu cơ chế giải quyết tranh chấp giữa các bên)
	Construction		Change of project scope			
			Land acquisition and compensation	65,66,67,71	68,72,73,74,75,76,77,78	Có các biện pháp chế tài cụ thể cho việc chậm bàn giao mặt bằng, giải phóng mặt bằng
			Problems due to partner's different practice Low capacity of SPV	95	96	
			Environmental protection risk	156	157	
			Dispute			Phòng ngừa và giải quyết các tranh chấp phát sinh bằng phạt chậm trễ tiến độ, và xử lý vi phạm hợp đồng --> tìm hiểu được nguồn gốc/nguyên nhân dẫn đến các tranh chấp phát sinh này
			Force majeure risk			
	Operation		Completion issues	97,98,108,109	99,109,110	
			Early termination of concession by concession company	78,119,120,121	122,124	
			Toll fee issues/Demand issues	81,101		Miễn giảm thuế VAT, thuế TNDN
			Payment issues	86		
			Operator inability			

MỐI QUAN TÂM CHÍNH

"Các yếu tố kỳ vọng hoặc quan tâm của khu vực tư nhân"

MỐI QUAN TÂM CHÍNH



Return on equity investment
Long-term income (v)
Cash flows (v)
Financing sources (v)
Tariff issues
Demand issues

Management capacity (v)
Financial viability (v)
Company's resources (v)
company's experience (v)

Political (v)(v)
Legal (v)
Commercial (v)
Design and procurement
Construction (v)
Operation (v)

Seek new markets (v)
Relationships (v)
Enhance strength
Value of image (v)
Need for work

TỔNG HỢP

1. Sự khác biệt trong quan điểm của khu vực công và khu vực tư
2. Mối quan tâm chính của khu vực tư nhân trong việc thu hút tham gia vào các dự án PPP
3. Các chính sách hỗ trợ/ưu đãi – Cơ sở hạ tầng hỗ trợ
4. Sự tham gia của CQCTQ trong các dự án PPP
5. Thời gian nhượng quyền cho các dự án PPP