

**GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT ĐẦU TƯ
THEO PHƯƠNG THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ (“LUẬT PPP”)**

(Theo Dự thảo tháng 04/2020)

Luật sư Nguyễn Tiến Lập

*Luật sư thành viên, Văn phòng Luật sư NHQuang & Cộng sự
Trọng tài viên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam*

Nhận xét chung

Về cơ bản đây là một đạo luật về chính sách và quy trình, thủ tục hành chính, hơn là chứa đựng các nội dung mới về chế định pháp luật. Chẳng hạn, nhiều vấn đề pháp lý liên quan đã được điều chỉnh bằng các luật hiện hành như Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Bộ Luật dân sự, Luật Đất đai, Luật Xây dựng v.v..., ngoại trừ một vấn đề quan trọng về thẩm quyền quyết định của Quốc hội và cơ quan dân cử địa phương trong trường hợp Cơ quan hành pháp muốn thay thế trách nhiệm cung ứng sản phẩm và dịch vụ công của mình bằng việc kết hợp với tư nhân để thực hiện công việc này.

Như vậy, nếu chỉ là sự tiếp nối sự thực thi chính sách về PPP có sẵn hay tăng cường theo hướng xiết chặt về quy trình và thủ tục bằng giải pháp nâng cấp các Nghị định hiện hành lên thành Luật thì có lẽ không cần phải bàn thảo nhiều. Tuy nhiên, vừa qua, từ khâu thực hiện chính sách này, đặc biệt thông qua các dự án BOT được triển khai ồ ạt trong lĩnh vực giao thông đường bộ và các dự án BT cũng nở rộ trong xây dựng công viên, trụ sở, công trình văn hoá, trường học v.v..., đã và đang có nhiều vấn đề và bất cập đặt ra. Tựu trung, xin đơn cử như sau:

- *Một là*, các dự án PPP mới chỉ xoay quanh lợi ích của Nhà nước, chủ đầu tư và ngân hàng cho vay mà không chú ý đến lợi ích của cộng đồng với tư cách là người dân và người tiêu dùng. Điều này đã dẫn đến, thậm chí làm bùng nổ sự bức xúc và phản đối trong dư luận và xã hội.

- *Hai là*, nhiều vấn đề quan trọng và nhạy cảm về tài chính của dự án như lựa chọn chủ đầu tư, xác định vốn đầu tư và phân bổ nguồn vốn, chi phí và giá thành, mức thu phí, thời gian hoàn vốn, kiểm soát tiền phí thu được không được làm minh bạch, tiềm ẩn nhiều tiêu cực, thậm chí tham nhũng.

- *Ba là*, mặc dù thời gian triển khai dự án nhanh, chi phí lớn nhưng chất lượng sản phẩm, công trình không cao, cái gọi là ưu thế của khu vực tư nhân về quản lý dự án và công nghệ để bảo đảm chất lượng không đạt được.

- *Bốn là*, đầu tư phát triển hạ tầng thông qua PPP là chủ trương lớn nhưng không thu hút được đầu tư nước ngoài (mặc dù có sự quan tâm cũng như các lợi thế so với trong nước); tuyệt đại đa số các dự án do nhà đầu tư trong nước thực hiện.

- *Năm là*, lĩnh vực được lựa chọn đầu tư PPP khá hẹp và phiến diện, tập trung chủ yếu vào giao thông đường bộ và xây trụ sở cơ quan nhà nước, vốn là những lĩnh vực dễ làm và nhanh thu hồi vốn, trong khi còn nhiều mảng cơ sở hạ tầng kỹ thuật và xã hội khác lại không được quan tâm và đầu tư.

- *Sáu là*, vẫn có sự đánh giá và quan điểm coi đầu tư PPP là đơn giản và có lợi, chỉ chú ý đến khâu hình thành, phê duyệt dự án, huy động vốn đầu tư và xây dựng công trình mà không quan tâm đúng mức đến khâu vận hành trong thời gian dài sau đó, dẫn đến không lường trước các rủi ro và khi có tranh chấp thì thiếu các biện pháp và cách thức giải quyết phù hợp, gây hiểu sai, thất vọng và mất niềm tin trong xã hội nói chung và giới đầu tư nói riêng về chủ trương, chính sách này.

- *Bảy là*, đó là ở tầm vĩ mô, trong bối cảnh mức đầu tư xã hội nói chung vào lĩnh vực cơ sở hạ tầng ở Việt Nam khá cao so với khu vực, việc cho triển khai quá nhiều và quá dễ các dự án BOT và BT trong một thời gian ngắn đã gây quá tải cho nền kinh tế, làm tăng gánh nặng chi phí và giá thành các sản phẩm, dịch vụ có liên quan, dẫn tới làm giảm năng lực cạnh tranh quốc gia.

- *Tám và cuối cùng*, PPP là một chính sách lớn và hệ trọng, theo đó việc triển khai nó không chỉ thu hút một khối lượng lớn nguồn lực vật chất của đất nước mà còn tạo ra các tác động, hệ lụy về kinh tế - xã hội sâu rộng mà trong hàng chục năm qua, chưa nói đến các hiện tượng tiêu cực, tham nhũng mà Quốc hội dường như không can dự trực tiếp cho tới khi có các phản ứng và bức xúc từ người dân và cộng đồng doanh nghiệp được phản ánh qua truyền thông.

Từ nhận định ở trên, câu hỏi đặt ra là liệu rằng khi nâng cấp lên thành Luật PPP thì các vấn đề bất cập về chính sách và thực hiện dự án nói trên có cần thiết được đề cập và

giải quyết hay không? Ý kiến của tôi cho rằng điều này có, rất cần thiết, tuy nhiên rất tiếc chưa thấy thể hiện rõ trong Dự thảo Luật PPP này.

Góp ý chung

Do không có điều kiện đi vào từng điều khoản cụ thể của Dự thảo, tôi xin góp ý theo các nhóm vấn đề như sau:

1. Về đối tượng của các dự án PPP. Tại Điều 4. 2 của Dự thảo có liệt kê các lĩnh vực triển khai dự án PPP bao gồm: (i) Xây dựng, vận hành, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; (ii) Cải tạo, nâng cấp, mở rộng, hiện đại hóa, vận hành, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có; và (iii) Vận hành công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng sẵn có. Đồng thời ở Điều 5 có quy định chi tiết hơn theo hướng vừa liệt kê, vừa loại trừ, nói chung có vẻ khá rắc rối và chòng chẹo nếu xét về tiêu chí như vừa theo nhu cầu, vừa tách biệt với dự án đầu tư công lại còn theo quy mô vốn. Quan điểm của tôi cho rằng chỉ cần quy định nguyên tắc chung, theo đó PPP chính là hình thức đặc thù của đầu tư công, tức là mọi dự án mà đáng ra Nhà nước phải thực hiện nhưng do thiếu nguồn lực (vốn, công nghệ, kỹ năng quản trị) nên cần triển khai dưới hình thức đối tác công tư tùy theo nhu cầu và quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Có chăng phân biệt và loại trừ là các dự án của doanh nghiệp nhà nước bởi được thực hiện theo khuôn khổ thông thường của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp. Ngoài ra, từ góc độ giám sát của Quốc hội (để tránh sự lạm dụng của các cấp chính quyền) có thể và theo tôi cần quy định loại trừ một số lĩnh vực như dự án xây trụ sở làm việc, cơ sở nghiên cứu, đào tạo của cơ quan nhà nước chẳng hạn.

2. Hình thức PPP tuyệt đối không nên bao gồm dự án BT hay nếu có thì không theo cách làm như hiện nay: Điều 45.3 của Dự thảo có quy định về Dự án hay Hợp đồng BT (Xây dựng – Chuyển giao). Tôi cho rằng nên loại bỏ hình thức dự án này vì: *Thứ nhất*, về bản chất đó là hình thức mua sắm công thông thường mà Nhà nước không thanh toán bằng tiền mặt, có chăng là thanh toán sau mà không cần ứng trước. Tuy nhiên, Nhà nước vẫn phải thanh toán, tức chi tiêu công thông qua đầu tư, do đó suy cho cùng chỉ là một cách “lách” Luật Ngân sách và Luật Đầu tư công. *Thứ hai*, bởi không thanh toán bằng tiền mặt, rất khó công khai và minh bạch hoá trong khâu thẩm định, phê duyệt và chi trả cho chủ đầu tư tư nhân, tạo điều kiện cho tiêu cực phát sinh. *Thứ*

ba, dự án BT không phù hợp với chính sách hợp tác đối tác công - tư (PPP) vì không có yếu tố tranh thủ vốn đầu tư dài hạn của tư nhân cũng như công nghệ quản trị tiên tiến của khu vực này. Thứ tư, vừa qua có nhiều dự án BT được triển khai, chủ yếu nhằm xây dựng đường giao thông liên tỉnh, trụ sở, công trình văn hoá, giáo dục theo kiểu “đổi đất lấy hạ tầng” gắn với nhiều hệ lụy tiêu cực (móc ngoặc, tham nhũng, trục lợi chính sách) khiến dư luận bức xúc gọi tên BT là mảnh đất màu mỡ cho tham nhũng. Cuối cùng, hình thức BT rất hiếm khi được triển khai ở các nước với lý do không tận dụng được bất cứ lợi thế gì của khu vực tư nhân và gây khó cho trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước. Cuối cùng, nếu hình thức dự án BT vẫn được giữ lại thì nên kiên quyết bỏ hẳn cơ chế “đổi đất lấy hạ tầng” mà thay vào đó, thanh toán riêng rẽ cho nhà đầu tư bằng tiền sau khi đã đấu giá quyền sử dụng đất một cách rộng rãi và công khai, minh bạch.

3. *Hợp đồng Dự án PPP.* Điều 4.3 có định nghĩa về 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 nhượng quyền để thực hiện dự án PPP theo quy định của Luật này*”. Định nghĩa này quá hẹp và đơn giản. Theo thông lệ chung, các hợp đồng dự án PPP là một bộ tài liệu gồm nhiều thoả thuận, hợp đồng khác nhau, tất cả đều quan trọng và có tính liên kết mật thiết với nhau như: Hợp đồng nhượng quyền, Thoả thuận cổ đông, Hợp đồng vay vốn, Hợp đồng xây dựng, Hợp đồng thế chấp, bảo lãnh, Hợp đồng tư vấn, Hợp đồng vận hành, Hợp đồng chuyển giao công nghệ (nếu có) v.v.. Tất cả các hợp đồng này (ở dạng dự thảo hoặc ký tắt) đều phải được xem xét và thẩm định ở các khâu để bảo đảm tính khả thi của dự án. Đọc Dự thảo Luật vẫn thấy toát lên tư duy và hành xử cũ, đó là Cơ quan thẩm định, phê duyệt rất quan tâm tính khả thi của dự án nhưng chỉ tập trung vào tư cách, năng lực chủ đầu tư, báo cáo nghiên cứu khả thi và vấn đề vốn hay kinh nghiệm. Đó chủ yếu là những thông tin và tài liệu một chiều do chủ đầu tư tự lập ra. Trong khi đó, tính khả thi dự án phải được xem xét toàn diện, ở tầm dài hơn và đặc biệt phải thể hiện cam kết có tính ràng buộc pháp lý của tất cả các bên tham gia. Do đó, tôi đề xuất mở rộng khái niệm Hợp đồng Dự án, bổ sung thêm các thoả thuận, hợp đồng khác để cùng được xem xét và thẩm định.

4. *Nhà đầu tư PPP.* Điều 4.6 có định nghĩa về Nhà đầu tư PPP “*là tổ chức có tư cách pháp nhân được thành lập theo quy định của pháp luật, tham gia đầu tư theo*

phương thức PPP”. Đáng nói là tinh thần xuyên suốt Dự thảo Luật thể hiện sự nhấn mạnh vai trò, trách nhiệm của Nhà đầu tư đối với Dự án PPP. Về bản chất và trên thực tế, cái gọi là ”Nhà đầu tư PPP” chỉ là người phát triển dự án (*developer*) và họ chỉ bỏ ra khoản vốn ban đầu tối thiểu ở mức 10 đến 20% của tổng vốn đầu tư. Đối với nhiều dự án thực hiện dài hạn, Nhà đầu tư thậm chí sẽ rút lui ngay sau khi công trình hoàn thành bằng cách chuyển nhượng vốn cho bên khác, hay chí ít cũng không tham gia gì vào vận hành Dự án. Tại Việt Nam còn có tình trạng sau khi Dự án được phê duyệt, Nhà đầu tư vay vốn, thế chấp bằng tài sản dự án để tự xây dựng công trình, thu hồi ngay cả gốc và lãi cho phần vốn ban đầu đã bỏ ra. Cho nên, dù có rút lui hay không thì họ cũng không còn quan tâm đến số phận của Dự án nữa, nếu có rủi ro thì Công ty Dự án (là bên vận hành) và ngân hàng cho vay sẽ gánh chịu. Như thế thì việc tập trung sự quan tâm vào Nhà đầu tư liệu có hợp lý không ? Do đó, theo tôi cần thay đổi cách tiếp cận và gọi ”Nhà đầu tư PPP” hiện nay là ”Bên phát triển Dự án” (thông lệ quốc tế gọi là ”*developer*” hay ”*sponsor*”), từ đó dồn sự chú ý vào các chủ thể khác quan trọng hơn là Doanh nghiệp Dự án (chính là bên gắn bó trọn đời với Dự án) và Bên tài trợ nói chung (bao gồm ngân hàng, chế định tài chính và/hoặc các nhà đầu tư đơn lẻ khác) là những chủ thể đầu tư đích thực vào Dự án.

5. *Quy trình thực hiện Dự án*. Theo Điều 12 của Dự thảo, quy trình chung này bao gồm 5 bước (thẩm định báo cáo khả thi và quyết định chủ trương, phê duyệt báo cáo khả thi và dự án, lựa chọn nhà đầu tư, thành lập doanh nghiệp dự án và ký hợp đồng, triển khai dự án). Tôi có hai góp ý: *Thứ nhất*, đối với từng Dự án, Cơ quan nhà nước chỉ nên bỏ tiền ban đầu lập báo cáo khả thi để quyết định chủ trương (mà không lập báo cáo khả thi), còn sau khi có Nhà đầu tư quan tâm thì họ sẽ bỏ chi phí để lập báo cáo khả thi để tiết kiệm và tránh lãng phí ngân sách. Bởi không có ai bỏ tiền đầu tư dựa vào báo cáo khả thi do người khác lập cả. *Thứ hai*, về thực chất và theo thông lệ chung, trong quy trình dự án, bước quan trọng nhất và cũng là khó khăn, gay go nhất chính là “*đàm phán dự án và các hợp đồng PPP*”, tức là sự tương tác đa bên giữa Cơ quan nhà nước và các bên tham gia Dự án, thay vì một bên giải trình và bên kia quyết định theo cơ chế xin-cho. Bản chất của PPP vốn là hợp tác bình đẳng là vậy và điều này mới bảo đảm cho tính khả thi của dự án theo nghĩa xác lập cam kết pháp lý và tính chịu trách nhiệm của các bên. Quá trình đàm phán này có thể phức tạp và kéo dài vì mang

tính chuyên môn cao nhưng hoàn toàn cần thiết. Tôi đề nghị bổ sung công đoạn này như một bước độc lập vào quy trình nói trên, không nên chỉ được nhắc đến một cách sơ sài như tại Điều 49 (Điều kiện ký Hợp đồng).

6. *Quyết định chủ trương đầu tư PPP.* Theo Điều 8 của Dự thảo (Nguyên tắc quản lý đầu tư PPP), căn cứ quyết định chủ trương đầu tư theo hình thức PPP chỉ là sự “*Phù hợp với chiến lược, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và quy hoạch có liên quan theo quy định của pháp luật về quy hoạch*”. Xin được lưu ý rằng PPP gắn với phát triển cơ sở hạ tầng vốn thuộc trách nhiệm của Nhà nước. Thế giới đã tổng kết rằng có tới trên 60% các dự án PPP không đạt được các mục tiêu mong muốn so với đầu tư công (bao gồm hiệu quả về tài chính, chất lượng công trình, công nghệ và năng lực quản trị và an toàn hay rủi ro trong vận hành dự án). Do đó, theo xu hướng hiện nay, các nước không còn mặn mà với hình thức này. Ngoài ra, thực chất cái gọi là PPP vừa qua không phải là huy động vốn tư nhân mà chính là vốn xã hội thông qua ngân hàng, theo đó rủi ro tài chính của dự án hoàn toàn không được chuyển sang tư nhân mà Nhà nước vẫn gánh trọn trong trường hợp ngân hàng mất khả năng thanh toán. Bởi thế, cũng theo kinh nghiệm các nước, tôi đề xuất bổ sung một căn cứ khác khi quyết định chủ trương đầu tư PPP là cân song song lập một dự án đầu tư công (ở giai đoạn đánh giá tiền khả thi) để làm đối chứng. Chỉ khi đó, nếu UBND hay Bộ ngành trình lên, Hội đồng nhân dân, Chính phủ và Quốc hội mới có khả năng đánh giá thiệt hơn và lợi hại để phê chuẩn.

7. *Cân nhắc bỏ quy định Dự án do Nhà đầu tư tự đề xuất (Điều 27 và 28 của Dự thảo).* Theo nguyên lý và logic chung, dự án PPP xuất phát từ nhu cầu và ý chí của Nhà nước vì lợi ích công, rất khác với các dự án của doanh nghiệp và theo thị trường. Do đó, hoàn toàn không có cơ sở nào để cho tư nhân tự đề xuất các dự án này. Nếu có, và trên thực tế cũng đã có, thì lưu ý có nhiều vấn đề và hệ lụy phức tạp và nhạy cảm cần cân nhắc. Đó là sự móc nối và vận động (lobby) từ phía nhà đầu tư tư nhân để cơ quan nhà nước chấp thuận đề xuất dự án của mình, không phụ thuộc vào việc có cần thiết (từ góc độ nhà nước) hay phục vụ lợi ích công hay không. Cụ thể, tôi cho rằng một khi chúng ta đề cao mục đích phòng ngừa và chống tiêu cực, tham nhũng thông qua các quan hệ thân

hữu giữa tư nhân và nhà nước thì Dự thảo Luật không nên giữ phương án này như đã có trong các Nghị định hiện hành.

8. *Tài chính hay vốn thực hiện Dự án PPP (Điều 76, 77 và 78 của Dự thảo).* Theo tôi, đây là vấn đề nổi cộm lớn và chưa được xử lý thành công trong tất cả các dự án PPP (đặc biệt BOT đường giao thông) vừa qua. Về nguyên tắc, vốn huy động cho các dự án PPP khác nhau sẽ khác nhau, tùy thuộc vào đối tượng, tính chất của dự án, năng lực của Nhà phát triển dự án cũng như đặc điểm cụ thể của thị trường tài chính ở từng thời điểm có liên quan. Tuy nhiên, xin lưu ý một điểm chung, đó là tăng tối đa nguồn vốn tư nhân trực tiếp, nhất là trong điều kiện của nước ta khi Nhà nước còn duy trì kiểm soát và bao cấp các ngân hàng thương mại, gánh thay rủi ro đồng thời bảo đảm không bao giờ phát sản. Ngoài ra, cũng theo nguyên lý chung, cần lưu ý rằng nguồn vốn cho dự án PPP (đặc biệt là dự án BOT đường giao thông hay hạ tầng cảng, sân bay, công trình điện, viễn thông) phải thực hiện dưới hình thức tài trợ dự án (**Project finance**) mà không phải tài trợ doanh nghiệp (**Corporate finance**). Lý do bởi một khi Nhà phát triển dự án chỉ bỏ 10 – 20% vốn ban đầu, còn lại là huy động từ thị trường thì tính khả thi hay khả năng trả nợ phải được bảo đảm bằng chính luồng tiền (**cash flow**) từ bản thân dự án chứ không phải bằng sức khỏe tài chính chung của doanh nghiệp với tư cách là Nhà phát triển hay Nhà đầu tư dự án. Ngoài ra, cần tạo điều kiện và khuyến khích để huy động vốn từ các nguồn khác, bao gồm cả các Quỹ tài chính và Nhà đầu tư cổ phần hay chứng khoán, thay vì “đặt cọc” vào các ngân hàng thương mại. Do đó, tôi đề xuất có các quy định phù hợp hơn trong Mục này của Dự thảo, theo đó một mặt quy định các tỷ lệ và hạn mức của từng loại nguồn vốn (có thể tương thích với từng loại dự án), mặt khác quy định hình thức phát hành “**Trái phiếu công trình**” (thay cho Trái phiếu doanh nghiệp) của Doanh nghiệp thực hiện Dự án như trong Dự thảo.

9. *Cơ chế giám sát chung và vai trò tham gia, giám sát của cộng đồng (Điều 90 của Dự thảo).* Đây là điểm mới đáng hoan nghênh trong quan điểm chính sách về vai trò giám sát nói chung và sự tham gia của cộng đồng trong các dự án PPP được thể hiện trong Dự thảo. Cơ chế giám sát chung, như đã được đề cập, theo tôi bao gồm những biện pháp cụ thể, thiết thực và hiệu quả được áp dụng ngay từ ban đầu khi chuẩn bị dự án chứ không phải hậu kiểm bằng kiểm tra, thanh tra và xử lý các hệ lụy tiêu cực khi đã

xảy ra. Chẳng hạn, đó là việc xem xét đồng thời hai phương án đầu tư PPP và đầu tư công như một đối chứng để so sánh khi quyết định; hay trong Doanh nghiệp dự án, nếu coi Nhà nước là một bên đối tác (với sự đóng góp bằng tài chính hay việc nhượng các thương quyền vào dự án) thì tại sao không nên có một thành viên trong cơ cấu lãnh đạo, quản trị của doanh nghiệp để thực hiện vai trò giám sát ?

Về sự tham gia của cộng đồng, về bản chất và theo thông lệ quốc tế, điều cần làm là sự hài hoà lợi ích với cộng đồng khi triển khai các Dự án PPP¹ hơn là yêu cầu giám sát cụ thể từ người dân. Do đó, theo tôi vẫn cần làm rõ và nhấn mạnh các nội dung như sau: *Thứ nhất*, quyền tham gia phản biện và được tham khảo ý kiến của cộng đồng phải được thực hiện ngay từ ban đầu khi quyết định chủ trương và phê duyệt dự án trong trường hợp dự án có tác động đến các quyền và lợi ích của họ. Xin lưu ý việc giám sát đối với triển khai dự án sau đó như quy định trong Dự thảo chỉ có ý nghĩa bổ sung, hỗ trợ mà không thay thế quyền này. *Thứ hai*, theo nguyên lý chung về phát triển bao trùm, các dự án PPP có tác động đến đời sống của cộng đồng sở tại phải gắn với chính sách mang lại lợi ích mới cho cộng đồng, thay vì chỉ hạn chế hay bù đắp các thất thiệt phát sinh. *Thứ ba*, ý kiến của cộng đồng phải được tham khảo trên cơ sở giải trình rõ ràng về dự án định triển khai và trực tiếp thông qua Hội nghị cộng đồng với đại diện của các hộ dân có liên quan (theo nguyên tắc dân chủ trực tiếp ở cơ sở) mà không thể thay thế bằng ý kiến của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể chính trị - xã hội tại địa phương.

10. Đề xuất mới về thành lập Trung tâm PPP theo mô hình các nước và khuyến nghị của Ngân hàng Thế giới. Xin lưu ý rằng cơ chế đầu tư PPP mới được hình thành trên thế giới từ đầu những năm 90 của thế kỷ trước. Theo đó, ý thức được tính mới, tính phức tạp của phương thức đầu tư này xét từ các góc độ pháp lý, chính trị, kinh tế và xã hội, hầu như ở tất cả các quốc gia lựa chọn PPP (khoảng 67 nước) đều chủ động thành lập các cơ quan chuyên trách được gọi là Trung tâm PPP hoặc dưới tên khác với cùng chức năng hỗ trợ Chính phủ trong việc lập và thực thi chính sách về PPP. Các Trung tâm này không phải là cơ quan hành chính có thẩm quyền quyết định mà thực hiện nhiệm vụ nghiên cứu, tham mưu và tư vấn về chính sách và pháp luật liên quan đến PPP, cũng như lưu trữ và công bố thông tin về các dự án PPP, hỗ trợ thẩm định các dự

¹ Thế giới ngày nay gọi mô hình mới này là PPCP (Private-Public-Community Partnership)

án, hỗ trợ đàm phán và xử lý các tranh chấp về PPP. Tóm lại, đó là cơ quan chuyên môn, nơi tập trung trí tuệ, kiến thức và kinh nghiệm có liên quan. Trong điều kiện của Việt Nam, một khi nhu cầu triển khai các dự án PPP còn khá lớn trong tương lai, để nâng cao và bảo đảm chất lượng đồng đều và thống nhất cho các dự án PPP trong cả nước, tôi đề xuất thành lập thí điểm cơ quan/tổ chức này, đặt dưới quyền của Chính phủ theo mô hình của nhiều nước.

Góp ý riêng cho Chương IV: Thành lập doanh nghiệp dự án PPP và ký kết hợp đồng. (Các Điều từ 44 – 56 của Dự thảo).

1. *Tư cách Doanh nghiệp dự án PPP và thời điểm thành lập.* Điều 44 quy định sau khi Dự án được phê duyệt và Nhà đầu tư được lựa chọn, Doanh nghiệp dự án mới được thành lập để triển khai thực hiện. Tôi cho rằng điều này không hợp lý ở chỗ như trên đã phân tích, khái niệm “Nhà đầu tư” trong Dự thảo Luật thực chất chỉ là Bên phát triển dự án, theo đó chỉ đóng vai trò quan trọng ban đầu khi hình thành ý tưởng và chuẩn bị hồ sơ dự án, hơn nữa, dù có uy tín và năng lực đến đâu thì doanh nghiệp này cũng chỉ đóng góp tối đa 10 – 20% vốn đầu tư, có nghĩa rằng chỉ chịu trách nhiệm trong giới hạn tài chính như vậy. Thực tế vừa qua cho thấy nhiều trường hợp có Nhà đầu tư dự án BOT là doanh nghiệp lớn, sử dụng uy tín và quan hệ sẵn có của mình cốt để có được dự án, sau đó chuyển toàn bộ trách nhiệm thực hiện cho doanh nghiệp mới được thành lập và rút lui dần. Do vậy, chính Doanh nghiệp dự án mới là pháp nhân thực hiện và chịu trách nhiệm toàn bộ về số phận dự án trong suốt thời gian vận hành, bao gồm từ công đoạn xây dựng, bảo đảm tài chính đến quản lý vận hành, hoàn vốn và trả nợ. Do đó, Luật PPP cần quy định rõ theo hướng sau: Ngay ở giai đoạn đàm phán để Dự án được phê duyệt, doanh nghiệp dự án phải có hồ sơ thành lập với người đại diện pháp luật được dự kiến, người đại diện theo pháp luật đó được cùng tham gia đàm phán với đại diện chủ đầu tư và các bên khác như bên cho vay vốn, bên cung cấp công nghệ, nhà tư vấn v.v.. Doanh nghiệp dự án sẽ đăng ký thành lập và có tư cách pháp nhân cùng thời điểm Dự án được phê duyệt. Theo đó, Doanh nghiệp Dự án sẽ là bên ký các Hợp đồng dự án PPP, bao gồm cả hợp đồng nhượng quyền (*concession agreement*) với Cơ quan nhà nước. Doanh nghiệp dự án có thể có hình thức là công ty TNHH hay Công ty cổ phần tùy theo lựa chọn của các cổ đông, phù hợp với phương án huy động vốn sau đó và theo quy định

của Luật Doanh nghiệp. Xin lưu ý rằng trong mọi trường hợp cần đặt trọng tâm việc xem xét, thẩm định tính khả thi của dự án PPP vào chính năng lực và phương án triển khai của Doanh nghiệp dự án mà không phải uy tín và năng lực hiện hữu của Nhà đầu tư.

2. *Làm rõ và phân biệt giữa Hợp đồng dự án PPP và các hình thức PPP (Từ Điều 45 đến Điều 56).* Đọc Điều 45 (Phân loại Hợp đồng dự án PPP) tôi thấy mục tiêu của nhà soạn thảo Luật PPP không phải chỉ nhằm vào các dự án hạ tầng có đầu tư tư nhân mà rộng hơn, bao gồm các hình thức khác nhau của hợp tác hay đối tác công tư, ví dụ hợp đồng O&M (Operation & Maintenance – Vận hành và Bảo trì), theo đó Nhà nước bỏ tiền xây dựng một công trình (ví dụ bệnh viện hay nhà máy điện), sau đó bàn giao cho tư nhân toàn bộ quyền điều hành và bảo trì trong một thời gian nhất định. Trong trường hợp này, ý định của bên nhà nước là khai thác các ưu thế về trình độ, kỹ năng quản lý chuyên ngành vượt trội của tư nhân hơn là vốn của họ. Đó cũng là thông lệ trên thế giới, tuy nhiên nếu như vậy thì tên của Luật này nên đổi thành “Luật về hợp tác hay đối tác Công – Tư”, sát nghĩa với Privat – Public Partnership – PPP, mà không phải “Luật đầu tư theo phương thức đối tác Công – Tư”.

Cũng tại Điều 45 này, có liệt kê các loại hợp đồng theo cách định nghĩa đơn thuần như sau: BOT (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, không sở hữu nhưng vận hành khai thác sau đó chuyển giao cho nhà nước), BTO (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, chuyển giao cho Nhà nước nhưng nhận lại quyền vận hành, khai thác để thu hồi vốn), BOO (Tư nhân bỏ vốn đầu tư, toàn quyền sở hữu, vận hành và khai thác sau đó chuyển giao cho Nhà nước), O&M (như đã nói ở trên), BTL (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, chuyển giao sở hữu sau hoàn thành cho Nhà nước với điều kiện giữ quyền vận hành, khai thác, rồi cho Nhà nước sử dụng hưởng lợi dưới hình thức thuê và thu hồi vốn qua tiền thuê), BLT (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, khi hoàn thành cho Nhà nước thuê lại để hưởng tiền thuê, sau thời hạn thuê thì sở hữu sẽ chuyển cho nhà nước với mức giá nhất định).

Về thực chất, các quy định nói trên không phải nói về hợp đồng mà chính là các hình thức hợp tác công – tư khác nhau; mỗi hình thức lại gắn với các quyền, trách nhiệm, nội dung hợp tác và đặc biệt là cơ chế tài chính hoàn toàn không giống nhau. Tuy nhiên, tất cả cùng có một đặc điểm chung, đó chính là sự hợp tác dài hạn, nhiều mặt với các trách

nhiệm và lợi ích đan xen phức tạp giữa các bên. Nhấn mạnh điều này để một lần nữa thấy rằng hình thức BT (Xây dựng công trình rồi chuyển giao) cũng được quy định Khoản 3, Điều 45 là không phù hợp, vì đó thuần túy là mua sắm hàng hoá, dịch vụ mà không phải hợp tác, hay chỉ là hợp tác đơn giản, ngắn hạn và duy nhất trong khâu thanh toán đối ứng bằng hiện vật. Ở góc độ này, nếu Nhà soạn thảo Luật vẫn bảo lưu quan điểm giữ hình thức BT thì theo tôi cần phải tách biệt khâu thanh toán đối ứng thành giao dịch có tính riêng biệt, chẳng hạn nếu trả bằng tài sản nhà nước hay thương quyền thì phải có cơ chế minh bạch về định giá để vừa bảo đảm việc hoàn vốn cho nhà đầu tư nhưng không làm thất thoát tài sản công.

Như vậy, với các phân tích ở trên, vì tương ứng với các hình thức hợp tác công – tư khác nhau thì cần có các hồ sơ dự án và các hợp đồng khác nhau và không thể có quy định chung về hợp đồng cho tất cả các loại hình PPP được, tôi đề xuất cấu trúc lại toàn bộ phần này (các Điều từ 45 đến 56 của Dự thảo Luật) theo hướng quy định chi tiết hơn về từng hình thức PPP, bao gồm: Nội dung cơ bản, điều kiện áp dụng, các loại hồ sơ và hợp đồng cần có của dự án, trong khi đó riêng về nội dung hợp đồng của từng loại hình thì nên cung cấp các mẫu hợp đồng (hay hợp đồng mẫu) để khuyến nghị các bên tham khảo và áp dụng.

Cuối cùng, tôi xin được lưu ý rằng thực chất để triển khai thành công cơ chế PPP nói chung và các dự án PPP nói riêng, vấn đề không nằm ở khung pháp luật về PPP, bởi linh hồn của PPP chính là các thoả thuận và hợp đồng giữa các bên liên quan. Xin lưu ý rằng chính các Hợp đồng dự án mới là luật thực chất của PPP, đặc biệt là Hợp đồng nhượng quyền được ký giữa đối tác tư nhân với chính quyền trên vị thế bình đẳng như nhau, bởi khi có tranh chấp xảy ra thì cơ quan tài phán trước hết căn cứ vào các hợp đồng ấy và cơ quan nhà nước không được hưởng quyền miễn trừ tố tụng. Nhận thức này, theo tôi rất có ý nghĩa trong bối cảnh Việt Nam đang bị ràng buộc bởi rất nhiều các điều ước quốc tế và khi dự án PPP có nhà đầu tư nước ngoài tham gia. Việc ban hành luật về PPP, tuy nhiên vẫn cần thiết nhưng luật ấy nên cần chủ yếu điều chỉnh ba nội dung. Đó là *thứ nhất*, các định hướng chính sách về việc Quốc hội cho phép các cơ quan hành pháp mời tư nhân tham gia các dự án đầu tư công; *thứ hai*, ràng buộc trách nhiệm của cơ quan nhà nước khi hợp tác với tư nhân, đặc biệt là việc từ bỏ các quyền miễn trừ

kiện tụng, trong khi để bảo vệ lợi ích của tư nhân (vốn là bên không có vị thế bình đẳng với nhà nước) thì các thoả thuận trong hợp đồng mới là công cụ chính yếu có hiệu lực như luật; và *thứ ba*, quy định cơ chế giám sát của Quốc hội và người dân đối với các hoạt động PPP. Vừa qua, trong nhiều dự án BOT đường giao thông, các hợp đồng dự án đã ký có nội dung khá sơ sài, không đủ để bảo vệ quyền và lợi ích cũng như ràng buộc trách nhiệm của các bên, tiềm ẩn nhiều rủi ro và gây khó cho khâu giải quyết tranh chấp. Để khắc phục hiện trạng này, việc tăng cường bồi dưỡng kiến thức và kỹ năng chuyên sâu về lĩnh vực PPP nói chung và từng loại hình của nó nói riêng cho nhân sự của tất cả các bên tham gia rất cần thiết. Mấu chốt của vấn đề, do đó, chính là đề xuất của tôi về quy định thành lập một cơ quan chuyên trách hay Trung tâm PPP trong Luật này. Xin trân trọng cảm ơn sự xem xét và tiếp thu của Ban soạn thảo Luật./.

Tháng 4/2020