



BÁO CÁO

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

BÁO CÁO

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

THÁNG 02/2023

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).

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: Phiên bản 1I: ngày 29/04/2022
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

Báo cáo này được thực hiện với sự hỗ trợ của nhân dân Hoa Kỳ thông qua USAID. Quan điểm của các 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

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT	07
I. GIỚI THIỆU	09
II. NỘI DUNG BÁO CÁO	13
1. Khung pháp luật điều chỉnh Hợp đồng dự án PPP	13
1.1. Các nguyên tắc pháp lý điều chỉnh hợp đồng dự án PPP	15
1.2. Khái niệm hợp đồng dự án PPP	20
1.3. Các loại hợp đồng dự án PPP	22
1.4. Nội dung hợp đồng dự án PPP	25
1.5. Về việc ban hành và áp dụng mẫu hợp đồng dự án PPP	29
2. Rà soát, đánh giá nội dung mẫu hợp đồng BOT thuộc ngành giao thông vận tải & khuyến nghị áp dụng	31
2.1. Bổ sung, chi tiết hóa quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm của Cơ quan ký kết hợp đồng trong công tác GPMB	35
2.2. Bổ sung, chi tiết hóa các quy định liên quan đến vốn đầu tư và giải ngân vốn đầu tư	40
2.3. 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	43
2.4. Bổ sung, chi tiết hóa các quy định về chia sẻ doanh thu tăng, giảm của dự án BOT	47
2.5. Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến chuyển giao công trình cho Nhà nước	49
2.6. Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến vi phạm và xử lý vi phạm hợp đồng	51
2.7. Bổ sung, chi tiết hóa các điều khoản liên quan đến điều chỉnh, chấm dứt Hợp đồng BOT	53
3. Các chỉ dẫn, tiêu chí soạn thảo mẫu hợp đồng BLT và hợp đồng O&M	57
3.1. Mẫu Hợp đồng BLT (Xây Dựng – Thuê Dịch Vụ – Chuyển Giao)	60
3.2. Mẫu Hợp đồng O&M (Kinh doanh – Quản lý)	72
III. KẾT LUẬN	82
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	83



Danh mục từ viết tắt

ADB	Ngân hàng Phát triển châu Á (Asian Development Bank, ADB)
Báo cáo	Báo cáo rà soát các Mẫu Hợp đồng BOT, Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M tại Việt Nam
BLDS 2015	Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH13 ngày 24/11/2015
Công văn 5580	Công văn số 5580/BKHĐT-QLĐT ngày 15/7/2016 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư (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
CQNCTQ	Cơ quan Nhà nước có thẩm quyền
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
DNDA	Doanh nghiệp dự án
ĐKCT	Điều kiện cụ thể
GPMB	Giải phóng mặt bằng
GTVT	Giao thông Vận tải
Hợp đồng BLT	Hợp đồng Xây dựng – Thuê dịch vụ – Chuyển giao (Build – Lease – Transfer, BLT)
Hợp đồng BOT	Hợp đồng Xây dựng – Kinh doanh – Chuyển giao (Build – Operate – Transfer, BOT)
Hợp đồng dự án PPP	Tên gọi chung của các loại hợp đồng dự án theo phương thức đối tác công tư (PPP)
Hợp đồng O&M	Hợp đồng Kinh doanh – Quản lý (Operate – Manage, O&M)
KHĐT	Kế hoạch và Đầu tư
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

Danh mục từ viết tắt

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 giao thông vận tải (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
NĐT	Nhà đầu 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 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 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
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
TNMT	Tài nguyên và Môi trường
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
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
WB	Ngân hàng Thế giới (World Bank)

GIỚI THIỆU

1. 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 số 77-CP ngày 18/6/1997 của Chính phủ về quy chế đầu tư theo hình thức hợp đồng Xây dựng – Kinh doanh – Chuyển giao (Build – Operate – Transfer, 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.
2. Theo 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, 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, v.v. 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.
3. Trước khi Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư số 64/2020/QH14 ngày 18/6/2020 (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, v.v. Do vậy, khung pháp lý điều chỉnh lĩnh vực PPP khá manh mún, thiếu ổn định, gây bất lợi cho cả phía nhà nước, Nhà đầu tư (NĐT) và Doanh nghiệp dự án (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.
4. 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 qua¹ đã thể chế hóa các định hướng chỉ đạo của Đảng và Chính phủ về việc phát triển hệ

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 tư 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.

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, v.v. 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.

5. 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 Cơ quan Nhà nước có thẩm quyền (CQNNCTQ), 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:
 - 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 CQNNCTQ về cùng một vấn đề liên quan đến dự án PPP;
 - 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; và,
 - 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, v.v. 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.
6. Khoản 3 Điều 47 Luật PPP 2020 giao Chính phủ ban hành 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 quản lý ngành ban hành các Thông tư hướng dẫn về dự án PPP trong lĩnh vực thuộc phạm vi quản lý của mình, trong đó có các mẫu Hợp đồng Xây dựng – Kinh doanh – Chuyển giao (BOT), Hợp đồng Xây dựng – Thuê dịch vụ – Chuyển giao (BLT) và Hợp đồng Kinh doanh – Quản lý (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&M².

² Trước đó, tại Công văn số 5580/BKHĐT-QLĐT ngày 15/7/2016, Bộ KHĐT đã 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

7. 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 CQNCTQ 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 Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KHĐT), tính đến thời điểm cuối năm 2021 chỉ có 04 (bốn) 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.
8. 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 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 thải rắn sinh hoạt như Nhà máy điện rác Sóc Sơn, Nhà máy điện rác Seraphin Xuân Sơn (Hà Nội) v.v. 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.
9. Hiện nay còn thiếu các quy định hướng dẫn chuyên ngành cụ thể về tiêu chí năng lực nhà đầu tư, phương pháp, tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu lựa chọn nhà đầu tư trong từng lĩnh vực cụ thể để tạo thuận lợi cho việc triển khai các dự án. 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 tài liệu trong bộ hồ sơ mời thầu lựa chọn nhà đầu tư dự án PPP) cũng gây khó khăn cho CQNCTQ trong việc xây dựng các nguyên tắc hợp đồng minh bạch nhằm tạo sự công bằng trong đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư.
10. Đồng thời, hiện nay đa số các CQNCTQ thiếu đội ngũ chuyên gia 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. Trên thực tế, không có 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

(Kính doanh - Quản lý) để ban hành kèm theo Thông tư hướng dẫn lập hồ sơ mời sơ tuyển, hồ sơ mời thầu 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”.

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 CQNNCTQ có những hiểu biết, nắm bắt đầy đủ, sâu sắc hơn nội dung các mẫu hợp đồng dự án PPP và quy định 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.

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 nói riêng, 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:
 - 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;
 - 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;
 - 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 CQNNCTQ 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.
14. Phù hợp với mục đích và phạm vi nêu tại Đoạn 12 và Đoạn 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 BOT (Xây dựng – Kinh doanh – Chuyển giao) 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).



01

**KHUNG PHÁP LUẬT
ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP**



KHUNG PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG DỰ ÁN PPP

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

1.2. Khái niệm hợp đồng dự án PPP

1.3. Các loại hợp đồng dự án PPP

1.4. Nội dung hợp đồng dự án PPP

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

1.1. 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 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.

1.1.1. CÁC NGUYÊN TẮC PHÁP LÝ CHUNG

16. Mặc dù được ký giữa một bên là CQNNCTQ 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 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.

1.1.2. 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, hợp đồng dự án PPP còn phải tuân thủ các nguyên tắc pháp lý riêng để phù hợp với đặc thù của các hình thức hợp đồng PPP. Các nguyên tắc này được quy định trong Luật PPP 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:

1.1.2.1. 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 CQNCTQ (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 các 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. Trong thực tiễn đàm phán các hợp đồng dự án PPP trước khi Luật PPP ra đời, đôi khi CQNCTQ “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 khó khăn khác trong thực tiễn đàm phán ký kết hợp đồng dự án PPP là có sự tham gia của nhiều cơ quan nhà nước. Về nguyên tắc chỉ có một CQNCTQ được giao làm 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, v.v. 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 CQNNCTQ 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 hại 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.

1.1.2.2. 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, v.v. 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, 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 cộng đồng liên quan đến dự án PPP. Về phía NĐT, họ chỉ quan tâm tham gia đầu tư thực hiện dự án PPP khi 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 thiết yếu. Thực tế cho thấy các quyết sách của CQNNCTQ 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, NĐT, DNDA thường là đối tượng chịu thiệt hại nhiều hơn do CQNNCTQ 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, CQNNCTQ 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, CQNNCTQ 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.

1.1.2.3. 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 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: trái pháp luật.

“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 Đầu tư 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 và đảm bảo quyền bảo lưu của NĐT, DNDA khi các quy định và chính sách mới ban hành bất lợi hơn cho họ. 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.

1.2. 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 CQNNCTQ được quy định tại khoản 1 Điều 5 Luật PPP 2020 và các cơ quan, đơn vị trực thuộc được CQNNCTQ 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, những dự án này thường đòi hỏi một lượng vốn lớn 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 cung cấp các dịch vụ công thông qua phương thức đối tác công tư giữa Nhà nước và tư nhân (PPP). 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 dịch vụ công sẽ được nhượng quyền (“concession”) cho NĐT, doanh nghiệp tư nhân cung cấp theo một hợp đồng với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền. Vì là quan hệ nhượng quyền nên trong hợp đồng dự án PPP, Nhà nước sẽ không từ bỏ quyền quản lý đối với các dịch vụ công do nhà đầu tư tư nhân cung cấp. Nhà nước có thể đặt ra những chuẩn mực, yêu cầu ràng buộc nhất định về 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 để 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 sẽ được thực hiện theo các quy định*

của IRR này”, và đi kèm với đó là liệt kê các loại hợp đồng dự án PPP³.

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, v.v. để thực hiện dự án như được nêu tại Đạo luật này”.

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>

1.3. 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 (ba) nhóm với các loại hợp đồng dự án cụ thể như sau:
- 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, DNDA 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, nhà đầu tư, DNDA 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, DNDA PPP được nhượng quyền để xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; sau khi hoàn thành xây dựng, nhà đầu tư, DNDA 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, DNDA 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, DNDA PPP chấm dứt hợp đồng.
 - **Hợp đồng Kinh doanh – Quản lý** (Hợp đồng O&M): là hợp đồng mà nhà đầu tư, DNDA 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, DNDA PPP chấm dứt hợp đồng.
 - 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, DNDA 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, DNDA PPP.

- **Hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao – Thuê dịch vụ** (Hợp đồng BLT): là hợp đồng mà nhà đầu tư, DNDA 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 NĐT, DNDA PPP; hết thời hạn, NĐT, DNDA PPP chuyển giao công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng đó cho Nhà nước.
 - 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, 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), 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”); và *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 NĐT, cơ chế giao đất đối ứng dự án BT mà không qua đấu giá cho NĐT, 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, 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 (chín) 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.

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

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 CQNNCTQ⁵.
44. Còn theo pháp luật của Ấn Độ, hợp đồng dự án PPP gồm 05 (năm) 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 v.v. Ngoài ra, tùy từng thời điểm khác nhau và nhu cầu thực tế mà luật 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.

⁵ Korea Development Institute (PIMAC), Ministry of Strategy and Finance, Republic of South Korea, Basic plan for public-private partnership projects, 2011, <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.

1.4. 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 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 trong việc vận hành, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng để sản phẩm, dịch vụ 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); và,
 - 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 dựa trên nguyên tắc bình đẳng. Do vậy, trong quá trình chuẩn bị hợp đồng dự án PPP, CQNCTQ 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 thị trường dự 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, v.v. 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, 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 CQNCTQ, theo đó, rủi ro về nhu cầu được chuyển từ NĐT sang cho Nhà nước. Nhưng ngược lại, việc thanh toán của CQNCTQ 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. CQNCTQ có thể áp chế tài phạt vi phạm rất nghiêm ngặt với DNDA 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; v.v.

51. Ngoài quy định riêng của từng quốc gia, theo khuyến nghị của Ngân hàng Thế giới (World Bank), 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 cửa sắt, thép, v.v. để xây dựng⁷. Tiếp đó là các quy định cụ thể về cơ chế giám sát, báo cáo, dự liệu và quản trị các thay đổi có thể xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. 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 v.v.
- **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 v.v. 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. Ngoài ba phương thức giải quyết tranh chấp theo Điều 97 Luật PPP 2020 quy định là giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng, hoà giải, trọng tài và toà án, Hợp đồng cần bổ sung cơ chế giải quyết tranh chấp thông qua Ban xử lý tranh chấp.
- **Điều khoản về chấm dứt hợp đồng (Contract Termination):** Xác định thời hạn hợp đồng, điều khoản bàn giao, xác định trường hợp chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn quy định tại điểm b khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020 hoặc do cơ quan ký kết hợp đồng vi phạm nghiêm trọng

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

việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, xác định các trường hợp khác và tác động của việc chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn. Trong đó, việc chấm dứt hợp đồng trước thời 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.

1.5. 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 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 phương thức 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 xẻ 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 “đư 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:

- 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;
 - 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 NĐT; 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 NĐT tư nhân; cung cấp hướng dẫn cho các CQNNCTQ 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 v.v. 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.



02

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



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

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

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

2.3. 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

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

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

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

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

59. Mẫu loại Hợp đồng BOT thuộc ngành GTVT (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 2015⁸. Do vậy, có thể hiểu rằng các điều 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).

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, thủ tục công khai hợp đồng theo mẫu thực hiện theo quy định của pháp luật.”

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 nghi⁹, 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 DNDA, 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, CQNCTQ 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 NĐT (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 CQNCTQ, 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.

2.1. BỔ SUNG, CHI TIẾT HÓA QUY ĐỊNH VỀ NGHĨA VỤ, TRÁCH NHIỆM CỦA CƠ QUAN KÝ KẾT HỢP ĐỒNG TRONG CÔNG TÁC GIẢI PHÓNG MẶT BẰNG

2.1.1. 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 liên quan, bao gồm cả cơ quan ký kết hợp đồng và các 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 BGVTV ủy quyền) không phải là cơ quan chủ trì mà chỉ có trách nhiệm phối hợp với CQNNCTQ ở địa phương (UBND cấp tỉnh) trong việc tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án BOT¹⁰. Thực tế cho thấy việc phối hợp giữa Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT và cơ quan quản lý nhà nước tại địa phương trong tổ chức bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, 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 cư, 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 Dương¹¹, hay Dự án mở rộng đường 768 qua địa phận tỉnh An Giang¹²).
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;*

¹⁰ Điều 93 Luật PPP 2020. Nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

¹¹ 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 Anh Minh (2021a), “Bộ GTVT lên tiếng về khoản nợ giải phóng mặt bằng tại Dự án BOT Quốc lộ 38”, Báo điện tử Đầu tư, truy cập tại: <https://baodautu.vn/bo-gtvt-len-tieng-ve-khoan-no-giai-phong-mat-bang-tai-du-an-bot-quoc-lo-38-d137425.html>

¹² Văn Nam (2014), “Đường 768 trễ hẹn hai năm”, Báo Đồng Nai điện tử ngày 22/9/2014, truy cập tại: <http://baodongnai.com.vn/kinhte/201409/duong-768-tre-hen-hai-nam-2340041/>

- 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 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 giải phóng mặt bằng (GPMB) theo hướng như sau:

- 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 cư, giao đất, cho thuê đất thực hiện Dự án BOT mà Cơ quan ký kết Hợp đồng BOT cần phối hợp với CQNNCTQ 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.
- 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 cư, 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.
- 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 riêng¹³ với mục đích phân định rõ, tăng cường thẩm quyền và trách nhiệm của CQNNCTQ và NĐT trong công tác GPMB nhằm giúp đẩy nhanh tiến độ và giảm thiểu thiệt hại, chi phí cho NĐT.

2.1.2. 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”, truy cập tại <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 những 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 v.v.
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:
- 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;
 - 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;
 - 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;
 - Ngoài trách nhiệm bồi thường thiệt hại, trong Hợp đồng BOT cần chi tiết hóa các quy định về mức phạt vi phạm tối đa 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 rất 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 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 v.v.; (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:
- 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 bằng¹⁴.

- Điều 7.2.2 Mẫu Hợp đồng BOT¹⁵ do Ngân hàng Thế giới soạn thảo quy định trường hợp CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ.
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 CQNNCTQ thì CQNNCTQ 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:
- CQNNCTQ 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;
 - CQNNCTQ bù đắp cho NĐT, DNDA bằng các lợi ích khác theo thoả thuận của các bên;
 - 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.
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.

¹⁴ Worldbank, “BOT Contract between The Ministry of Industry and Trade of the Socialist Republic of Vietnam (MOIT) and [...]”, truy cập tại <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/2021-08/2.2%20-%20Sample%20%20-%20BOT%20Contract%20%28coal-fired%20plant%29.pdf>

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

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 CQNNCTQ trong GPMB; cũng như quyền và nghĩa vụ của mỗi bên khi chấm dứt hợp đồng trong trường hợp này.

2.2. 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 đến 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 đến 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:

2.2.1. BỔ SUNG QUY ĐỊNH VỀ TRÁCH NHIỆM CỦA CỘNG ĐỒNG, 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 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 CỘNG ĐỒNG, dẫn đến NĐT, DNDA gặp khó khăn trong việc tiếp cận các nguồn vốn và bị chậm tiến độ giải ngân.

82. Theo kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới, do việc đầu tư vào lĩnh vực giao thông đòi hỏi một lượng vốn lớn, 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. Một số ví dụ như sau:

- 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.
- 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.
- Theo pháp luật của Philippines, cơ quan ký kết hợp đồng BOT và chính phủ sẽ đưa ra loại hình bảo lãnh cho NĐT là: Bảo lãnh cho các trách nhiệm trực tiếp (Guarantee for direct liability) và Bảo lãnh các trách nhiệm tiềm ẩn (Guarantee for Contingent Liability). Bảo lãnh 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 được kích hoạt hiệu lực khi cần thiết. Bảo lãnh trách nhiệm tiềm ẩn được quy định tại Mục 13.3.b Luật BOT và IRR sửa đổi năm 2012. Theo đó, Chính phủ có thể bảo lãnh 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 BOT¹⁶.

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 CQNCTQ thường chậm trễ trong 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, thoả thuận bổ sung trong Hợp đồng BOT các quy định về trách nhiệm của CQNCTQ, 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 thoả thuận về các hình thức, biện pháp hỗ trợ cụ thể của CQNCTQ, Cơ quan ký kết hợp đồng cũng như thủ tục và thời hạn tiến hành các biện pháp hỗ trợ đó.

2.2.2. 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 cho DNDA 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,

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

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 giá 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.

2.3. 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:

2.3.1. BỔ SUNG, CHI TIẾT HÓA QUY ĐỊNH VỀ TRÁCH NHIỆM CỦA CÁC BÊN TRONG CÔNG TÁC TỔ CHỨC ĐẦU 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 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 2020¹⁷. Bên cạnh đó, Điều 50 Mẫu Hợp đồng 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. Thực tiễn các dự án triển khai trước khi ban hành Luật PPP cho thấy các DNDA ban hành quy định về lựa chọn nhà thầu chưa thống nhất và chưa 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

¹⁷ 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

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

2.3.2. 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 chất 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. 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. 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.

2.3.3. 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, DNDA và CQNCTQ 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, khó 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:
- 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, 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 CQNCTQ.
 - 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.
 - 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 rất 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 chuẩn bị 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.

2.4. 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 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 CQNNCTQ và NGT, 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, 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 đưa vào 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:
- **Về thời điểm và căn cứ xác định phần doanh thu tăng, giảm:** Theo quy định tại khoản 1 Điều 20 Nghị định số 28/2021/NĐ-CP và Điều 32.1 Mẫu Hợp đồng BOT, trong vòng 10 (mười) 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, thời hạn nộp hồ sơ quyết toán thuế năm chậm nhất là ngày cuối cùng của tháng thứ ba 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, 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.
 - **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, 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, 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, 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.
 - **Về chi phí xử lý:** Theo quy định tại Điều 82 Luật PPP 2020, 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 hiện¹⁸, 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, Hợp đồng BOT cần thỏa thuận chi tiết các quy định về áp dụng cơ chế chia sẻ phần doanh thu tăng, giảm của dự án theo hướng sau:
- 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;
 - 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;
 - 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, DNDA PPP có trách nhiệm nộp phần doanh thu này vào ngân sách Nhà nước theo quy định trong thời hạn 60 (sáu mươi) ngày kể từ thời điểm 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 (sáu mươi) 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.
105. 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 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 nghiệp chậm nộp thuế hay không. Còn đối với phần doanh thu giảm mà Nhà nước chia sẻ với DNDA PPP, trong trường hợp Nhà nước chậm thanh toán gây thiệt hại cho DNDA, CQNNCTQ có trách nhiệm phải bồi thường thiệt hại cho doanh nghiệp hay không. Do vậy, Hợp đồng BOT cần 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 sẻ doanh thu tăng, giảm.

¹⁸ 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”.

2.5. BỔ SUNG, CHI TIẾT HÓA CÁC ĐIỀU KHOẢN LIÊN QUAN ĐẾN CHUYỂN GIAO CÔNG TRÌNH CHO NHÀ NƯỚC

106. 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, v.v. 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.
107. Theo quy định tại Điều 62.1 Mẫu Hợp đồng BOT và khoản 1 Điều 77 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP, 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 chế 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 CQNCTQ. Vấn đề này cần được chi tiết hóa trong Hợp đồng BOT.
108. 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, 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 (hai) 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 (một) 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 CQNCTQ 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.

109. Tại điểm b khoản 1 Điều 78 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định: Trong thời hạn 30 (ba mươi) 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 v.v. 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 đề 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 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.
110. 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 CQNNCTQ 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 thỏa thuận chi tiết trong Hợp đồng BOT.

2.6. BỔ SUNG, CHI TIẾT HÓA CÁC ĐIỀU KHOẢN LIÊN QUAN ĐẾN VI PHẠM VÀ XỬ LÝ VI PHẠM HỢP ĐỒNG

111. 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 trọng 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 dự thảo Hợp đồng BOT, Cơ quan ký kết hợp đồng cần 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.
112. 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 CQNCTQ 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.
113. 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, v.v. 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 GPMB, 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, v.v. Vì vậy, cần xem xét tổng thiệt hại của các bên để có thể điều chỉnh thời gian thực hiện 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 CQNCTQ.

114. 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 hợp đồng nhưng không làm giảm doanh thu của DNDA xuống dưới 75%, DNDA hiện không có cơ chế để đảm bảo quyền lợi của mình.
115. 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.
116. 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.
117. 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 111 và Đoạn 119 của Báo cáo).

2.7. BỔ SUNG, CHI TIẾT HÓA CÁC ĐIỀU KHOẢN LIÊN QUAN ĐẾN ĐIỀU CHỈNH, CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG BOT

2.7.1. VỀ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG

118. 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 113 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.

2.7.2. VỀ CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG TRƯỚC THỜI HẠN

119. 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:

- 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 v.v. 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 của mình theo hợp đồng
- 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, v.v.

120. 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. 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 DNDA 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”*).

121. 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.

122. 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 NĐT, DNDA 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 NĐT, DNDA nếu thuộc trách nhiệm của phía Nhà nước”*.

123. 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, 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 khiến 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.

124. 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, 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 CQNNCTQ. 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.



03

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



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

3.1. Mẫu Hợp đồng BLT
(Xây Dựng – Thuê Dịch Vụ – Chuyển Giao)

3.2. Mẫu Hợp đồng O&M
(Kinh doanh – Quản lý)

125. 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.
126. 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 CQNNCTQ về các tiêu chí xây dựng Mẫu Hợp đồng BLT và Hợp đồng O&M.

3.1. MẪU HỢP ĐỒNG BLT (XÂY DỰNG – THUÊ DỊCH VỤ – CHUYỂN GIAO)

3.1.1. KHÁI NIỆM VÀ CÁC ĐẶC TRƯNG CƠ BẢN CỦA HỢP ĐỒNG BLT

127. 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”.
128. 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 CQNNCTQ trong từng công đoạn “xây dựng”, “vận hành, khai thác” và “chuyển giao” dự án nói trên.
129. 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), 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).
130. Trong Hợp đồng BLT, DNDA thường cung cấp các sản phẩm, dịch vụ công nên việc đảm bảo tình trạng sẵn sàng cung cấp và chất lượng các sản phẩm, dịch vụ do DNDA cung cấp cần được CQNNCTQ quan tâm hàng đầu. Đây là một tiêu chí cơ bản và quan trọng nhất để CQNNCTQ xem xét duy trì việc thuê dịch vụ và thanh toán cho NĐT, DNDA.
131. 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 ở Việt Nam. 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.

132. 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 Thán, huyện Phù Ninh, tỉnh Phú Thọ v.v. Điều này cho thấy hình thức Hợp đồng BLT chưa thực sự hấp dẫn các NĐT 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.

3.1.2.. LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG BLT

133. Giống như các hình thức PPP khác, ngoài việc phải tuân thủ Luật PPP 2020 và các văn bản hướng dẫn thi hành, 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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.

3.1.3. CÁC CHỈ DẪN, TIÊU CHÍ SOẠN THẢO MẪU HỢP ĐỒNG BLT

134. 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.

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

135. 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 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 32/2019/NĐ-CP¹⁹ quy định

¹⁹ 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.

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.

136. Theo Nghị định số 28/2021/NĐ-CP, vốn nhà nước dùng để thanh toán cho DNDA cung cấp sản phẩm, dịch vụ công theo hình thức hợp đồng BLT/BTL gồm (i) vốn đầu tư công được bố trí trong kế hoạch vốn đầu tư công trung hạn và hàng năm để thanh toán chi phí đầu tư của dự án PPP; và (ii) vốn chi thường xuyên từ ngân sách Nhà nước được bố trí trong dự toán hàng năm và các khoản thu (nếu có) của dự án PPP để thanh toán chi phí vận hành của DNDA PPP. Việc chia tách phần vốn nhà nước thanh toán cho DNDA cung cấp sản phẩm, dịch vụ công thành hai cấu phần: chi phí đầu tư và chi phí vận hành, và phân bổ nguồn ngân sách khác nhau cho mỗi cấu phần sẽ gây ra khó khăn cho DNDA và Cơ quan ký kết hợp đồng trong việc xác định và giám sát chi phí cho từng cấu phần.
137. Theo Luật Ngân sách Nhà nước, nguồn chi cho sản phẩm, dịch vụ công phải phù hợp với kế hoạch tài chính 05 (năm) 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) 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) năm và hàng năm của địa phương).
138. Vì vậy, khi thực hiện các dự án theo hình thức BLT và BTL, có thể xảy ra tình trạng sau: Một mặt, NĐT muốn các quy định về giá và lộ trình điều chỉnh giá được quy định rõ ràng trong Hợp đồng, và Cơ quan ký kết hợp đồng phải cam kết chắc chắn tuân thủ các quy định đó. 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. Mặc dù, trong thực tế, khi phê chuẩn dự án đầu tư theo hình thức hợp đồng BTL/BLT, CQNCTQ đã phải thông qua chủ trương chấp thuận đặt hàng dịch vụ công của DNDA và nguyên tắc xác định và điều chỉnh giá sản phẩm dịch vụ công, các NĐT vẫn có thể phải gánh chịu rủi ro khi các cơ quan Nhà nước yêu cầu sửa đổi nội dung giá đã được phê chuẩn trong quyết định đầu tư.
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, ví như:
- 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, DNDA PPP, người sử dụng và Nhà nước, tạo điều kiện để NĐT, DNDA 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) DNDA 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, DNDA 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 DNDA 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, CQNNCTQ đã đặt hàng cung cấp sản phẩm, dịch vụ công cho cả thời gian thực hiện Hợp đồng BLT theo các quy định tại quyết định đầu tư và kết quả đấu thầu lựa chọn NĐT (nếu NĐT được lựa chọn theo tiêu chí giá sản phẩm, dịch vụ công). 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: Trong trường hợp trong quá trình thực hiện hợp đồng BTL/BLT, nếu Cơ quan ký kết hợp đồng không tuân thủ các quy định về giá và lộ trình điều chỉnh giá trong hợp đồng làm ảnh hưởng đến phương án tài chính của DNDA, DNDA phải được gia hạn hợp đồng để đảm bảo thu hồi vốn. Hợp đồng cần đưa ra các công thức tính toán thời gian gia hạn này.

3.1.3.2. 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. Mức giá này có thể do NĐT đề xuất, nếu giá sản phẩm, dịch vụ công được chọn làm tiêu chí lựa chọn NĐT, hoặc do Cơ quan ký kết hợp đồng đề xuất và đưa vào hồ sơ mời thầu. 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 rất khó để các cơ quan Nhà nước xác định được mức giá sản phẩm, dịch vụ công ngay tại thời điểm đấu thầu lựa chọn NĐT.

- *Thứ nhất*, phương án tài chính lập tại giai đoạn chuẩn bị dự án là phương án tài chính dự kiến về chi

phí đầu tư, chi phí công nghệ và doanh thu từ cung ứng sản phẩm, dịch vụ công. Tuy nhiên, chi phí đầu tư thường xuyên biến động theo diễn biến giá cả thị trường và tiêu chuẩn công nghệ áp dụng cho từng dự án PPP 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 và phương án tài chính của dự án.

- *Thứ hai*, khi dự án chưa hoàn thành quyết toán giai đoạn xây dựng, các cơ quan 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 15/5/2017 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_{SX}), 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.

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, 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 CQNNCTQ thanh toán cho NĐT, DNDA theo Hợp đồng BLT là vấn đề được cả NĐT, DNDA và CQNNCTQ quan tâm. 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 CQNNCTQ, 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ.
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.** *Vi 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; v.v.*
 - **Thành phần và quy cách của hồ sơ nghiệm thu.** *Vi 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 CQNNCTQ 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); v.v.*
 - **Các chủ thể tham gia nghiệm thu sản phẩm, dịch vụ công theo Hợp đồng BLT.** *Vi dụ: Thành phần bắt buộc của NĐT, DNDA; Các CQNNCTQ 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); v.v.*

- **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; (iii) 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 DNDA 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, 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 Bản²⁰ hay Thổ Nhĩ Kỳ²¹. 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 hình 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)²². Theo mô hình này, Nhà nước đẩy rủi 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.

²⁰ 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.

²¹ <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33724/9781464815850.pdf>, tr. 22

²² Tlđ số 19, tr. 7.

149. Tại Việt Nam, theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 45 Luật PPP 2020, 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, 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, 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, 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, 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, NĐT, DNDA sẽ gặp khó khăn và thiệt hại rất lớn. Còn nếu Nhà nước thanh toán, lại chưa có căn cứ để nghiệm thu, thanh toán và xác định mức phí thanh toán. Thông lệ cho thấy trong các hợp đồng dịch vụ xử lý chất thải rắn sinh hoạt ký giữa CQNNCTQ và NĐT, DNDA, vẫn quy định CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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 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 NĐT 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 CQNNCTQ 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, 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 định²³. 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. Trong một số trường hợp, CQNNCTQ 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 nhiên điều này cần phải được phê duyệt chính thức của CQNNCTQ 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, CQNNCTQ 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.

²³ 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.

Đồng thời các bên thỏa thuận khi tỷ giá giữa VND và USD có biến động mạnh 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 CQNNCTQ 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 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.

3.1.3.3. 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 v.v. 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 CQNNCTQ 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 v.v.²⁴), nhưng do chưa có bộ tiêu chí đánh giá công nghệ môi trường hoàn thiện nên trong thực tế các CQNNCTQ 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

²⁴ 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", truy cập tại <http://vjst.vn/vn/tin-tuc/5975/cong-nghe-xu-ly-chat-thai-ran-sinh-hoat--nhung-van-de-can-quan-tam.aspx>

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:

- 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 v.v.
- 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 án²⁵ vào Dự thảo Hợp đồng mẫu BLT;
- 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 2020 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, 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 CQNNCTQ xem xét đưa vào các văn bản hướng dẫn về Hợp đồng BLT và Mẫu hợp đồng BLT các quy định sau:

- 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;
- Quy định cho phép NĐT, DNDA được đề xuất điều chỉnh, cải tiến công nghệ của dự 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ đối với việc áp dụng, điều chỉnh công nghệ của NĐT, DNDA trong suốt quá trình thực hiện Hợp đồng BLT.

²⁵ Điều 13 Luật PPP 2020.

3.1.3.4. 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.

3.1.3.5. Về điều chỉnh, tạm dừng, chấm dứt Hợp đồng

161. Do tính chất tương đồng giữa Hợp đồng BLT và Hợp đồng BOT nên CQNCTQ 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 cùng với các phân tích, khuyến nghị tại Mục 2 của Báo cáo này 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 của dự án BLT và sự phát triển nhanh chóng của công nghệ, kỹ thuật hiện nay, 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 v.v.

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 điều chỉnh giá sản phẩm, dịch vụ công như sau:

- 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;
- 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 CQNCTQ lẫn NĐT, DNDA;
- 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.

3.2. MẪU HỢP ĐỒNG O&M (KINH DOANH – QUẢN LÝ)

3.2.1. KHÁI NIỆM VÀ CÁC ĐẶC TRƯNG CƠ BẢN CỦA HỢP ĐỒNG O&M

165. Theo kinh nghiệm quốc tế, hình thức hợp đồng O&M không phải là một hình thức hợp đồng phổ biến vì mức độ chuyển giao rủi ro và trách nhiệm từ khu vực công sang khu vực tư không nhiều. Do đó, không tận dụng được các lợi thế của khu vực tư nhân để giảm thiểu chi phí cả vòng đời dự án, từ giai đoạn xây dựng đến giai đoạn vận hành và quản lý của dự án.
166. Theo quy định tại điểm d 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”. Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt nam, trong Hợp đồng O&M thì NĐT, DNDA chịu trách nhiệm kinh doanh và quản lý theo Hợp đồng O&M riêng biệt với CQNCTQ.
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 hoặc ngược lại.
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 2020²⁶). 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

²⁶ 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 d 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.

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 CQNNCTQ 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.

3.2.2. PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG O&M

170. Với các đặc trưng nêu trên, 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 v.v.) cũng như chịu sự giám sát, quản lý của các CQNNCTQ. 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.

3.2.3. 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 của Báo cáo. Ngoài ra, Hợp đồng cần bổ sung các điều khoản cho phép NĐT, DNDA tham gia vào quá trình đánh giá uy tín, chất lượng của dự án; trong Điều khoản lựa chọn NĐT, DNDA cần bổ sung các điều kiện về công nghệ để xem xét, thẩm định năng lực NĐT. Bên cạnh đó, ở một mức độ nào đó, các quy định liên quan đến cấu phần xây dựng (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.

3.2.3.1. Về thời hạn Hợp đồng

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, Hợp đồng O&M thường có thời hạn khá ngắn năm²⁷). Thời hạn hợp đồng O&M có thể khác nhau tùy thuộc vào tính chất đặc thù của từng dự án, các điều kiện tác động đến việc triển khai, thực hiện dự án và theo sự thỏa thuận giữa các bên. Thông thường, thời hạn của hợp đồng O&M được thiết kế để đảm bảo rằng các hoạt động vận hành

²⁷ 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>).

và bảo trì được duy trì trong suốt thời gian hoạt động của dự án. 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, 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 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, 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 CQNNCTQ hoặc theo đề xuất của NĐT, DNDA. Chẳng hạn, khi CQNNCTQ 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, 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 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), 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, 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 CQNNCTQ 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.

3.2.3.2. 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, 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 CQNNCTQ.

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 CQNNCTQ, 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. Có thể kể đến như:

- *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 CQNNCTQ, đơn vị sự nghiệp công lập quản lý theo đúng quy định của Luật Xây dựng, Luật Ngân sách Nhà nước, Luật Quản lý lượng của công trình có sẵn mà sẽ đề xuất cải tạo, thay đổi hoặc nângtài 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 NĐT 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 cấp công trình. Điều này dẫn đến việc 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 chông 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ.

3.2.3.3. 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 tại 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ. 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 CQNNCTQ 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.

3.2.3.4. Về vận hành, kinh doanh dự án 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 CQNNCTQ 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, CQNNCTQ 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, CQNNCTQ 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, CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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, 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 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 CQNNCTQ (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 trì²⁸ 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.

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

188. Đối với các dự án đầu tư nói chung, 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, 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 thể kể đến một số rủi ro điển hình có thể xuất hiện trong giai đoạn này như: các lỗi sai sót trong thiết kế xây dựng, 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 CQNCTQ 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 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.

3.2.3.6. 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

²⁸ Lan Nhi, Áp lực tìm phương án thu hồi vốn đầu tư 8 dự án cao tốc Bắc Nam phía Đông, Tạp chí Kinh tế Sài Gòn <https://thesaigontimes.vn/ap-luc-tim-phuong-an-thu-hoi-von-dau-tu-8-du-an-cao-toc-bac-nam-phia-dong/>, truy cập ngày 20/7/2022.

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 CQNCTQ. 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, trách nhiệm đó thuộc về các CQNCTQ 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 CQNCTQ trao trách nhiệm cải tạo, sửa chữa lớn công trình cho NĐT, DNDA, 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.

3.2.3.7. Về quyền lợi và 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 CQNCTQ 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.

3.2.3.8. Về nghĩa vụ của CQNCTQ

194. Với tư cách đại diện chủ sở hữu các công trình dự án, CQNCTQ 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 vi trách nhiệm của CQNCTQ 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 CQNNCTQ 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 CQNNCTQ và kết quả cần đạt được; mô tả các vi phạm (nếu có) và hình thức chế tài phù hợp trong trường hợp CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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.

3.2.3.9. Về quyền lợi và nghĩa vụ của Ngân hàng cung cấp vốn

196. Ngân hàng là một chủ thể quan trọng có chịu tác động của việc triển khai, thực hiện dự án theo hình thức hợp đồng O&M. Thông thường, Ngân hàng chấp nhận các hình thức bảo đảm vốn vay bằng các tài sản, quyền tài sản hình thành từ dự án và nguồn thu, lợi nhuận từ hoạt động của dự án. Do vậy, hợp đồng O&M cũng cần có các quy định liên quan đến quyền của Ngân hàng cấp vốn trong việc được giám sát, xử lý tài sản bảo đảm từ Dự án trong các trường hợp bên vay vốn hoặc bên bảo đảm vốn vay hoặc/và CQNNCTQ vi phạm các điều khoản, cam kết tại hợp đồng O&M mà dẫn đến khả năng làm giảm giá trị tài sản bảo đảm hoặc làm giảm, làm mất khả năng thu hồi vốn vay của Ngân hàng. Theo kinh nghiệm của nhóm tác giả, các Ngân hàng thường yêu cầu quy định rất rõ trong hợp đồng tín dụng, hợp đồng bảo đảm về quyền của Ngân hàng được yêu cầu và áp dụng các biện pháp khắc phục hoặc biện pháp xử lý tài sản bảo đảm, quyền được can thiệp của Ngân hàng vào hoạt động đầu tư, kinh doanh của Dự án trong một số trường hợp để đảm bảo khả năng thu hồi vốn vay và bảo toàn giá trị tài sản bảo đảm. Do vậy, các điều khoản tại Hợp đồng O&M cũng phải đảm bảo phù hợp và thống nhất với các cam kết của NĐT và Ngân hàng cấp vốn vay.

3.2.3.10. Về giới hạn việc nhượng quyền

197. Về bản chất của nhượng quyền trong Hợp đồng O&M là việc CQNNCTQ 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 vi dịch vụ mà NĐT, DNDA được CQNNCTQ nhượng quyền kinh doanh gắn với việc khai thác công trình. Đây phải được coi là cam kết về trách nhiệm của CQNNCTQ đối với NĐT, DNDA. Trường hợp CQNNCTQ 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 CQNNCTQ sẽ phải trả tiền phạt nếu vi phạm nghĩa vụ của mình.

3.2.3.11. Về bồi thường thiệt hại

198. 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.
199. 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 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.

III. Kết luận

200. 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.
201. 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 NĐT thực hiện các dự án PPP, rút ngắn thời gian đàm phán, ký kết hợp đồng cho các CQNNCTQ 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.
202. 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 đảm 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.
203. Nội dung của Báo cáo này là những chỉ dẫn hữu ích đối với các NĐT, DNDA và CQNNCTQ 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 CQNNCTQ 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./.

Danh mục tài liệu

1. ADB (Asian Development Bank), 07/2012, Assessment of Public-Private Partnerships in Viet Nam – Constraints and Opportunities.
2. ADB (Asian Development Bank), 2000, Developing Best Practices for Promoting Private Sector Investment in Infrastructure.
3. ADB (Asian Development Bank), 2000-2009, Public and Private Partnerships in ADB Education lending.
4. ADB (Asian Development Bank), 2012, Kế hoạch Hoạt động Quan hệ Đối tác Công – Tư (PPP) 2012 – 2020 – Hiện thực hoá Tầm nhìn Chiến lược 2020: Vai trò Chuyển đổi của Quan hệ Đối tác Công – Tư trong các hoạt động của Ngân hàng Phát triển Châu Á.
5. ADB (Asian Development Bank), 2008, Public-Private Partnership (PPP) Handbook.
6. Bộ Giao thông Vận tải, 05/2016, Hướng dẫn hợp đồng cao tốc – Dự án xây dựng năng lực và hỗ trợ chính sách cho Ban PPP – (Quyển 3).
7. Bộ Giao thông Vận tải, 09/2016, Sổ tay quy trình quản lý và tài liệu hướng dẫn cách thực hiện các dự án PPP – Dự án xây dựng năng lực và hỗ trợ chính sách cho Ban PPP (Quyển 2).
8. Nguyễn Văn Bảo, Nguyễn Thế Quân, 11/2014, Doanh nghiệp dự án trong dự án hợp tác công – tư ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Tạp chí Xây dựng.
9. Nguyễn Xuân Cường, 2017, Đa dạng hóa vốn đầu tư xây dựng đường bộ ở Việt Nam, Luận án Tiến sĩ chuyên ngành kinh tế chính trị.
10. Võ Trí Hào, 2014, Hợp tác công tư: Bản chất và các rủi ro pháp lý, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật.
11. Japan International Cooperation Agency, 2017, Public-Private Partnership (PPP) in the Philippines: A handbook for International Private Investors, tr. 15-16, https://openjicareport.jica.go.jp/pdf/1000035289_02.pdf.
12. Korea Development Institute (PIMAC), Ministry of Strategy and Finance, Republic of South Korea (2011), “Basic plan for public-private partnership projects” .
13. 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, 2019, Hướng dẫn Hợp đồng – Chương 4, tr. 6-7.

Danh mục tài liệu

14. Anh Minh, 2021a, Bộ GTVT lên tiếng về khoản nợ giải phóng mặt bằng tại Dự án BOT Quốc lộ 38, Báo điện tử Đầu tư, <https://baodautu.vn/bo-gtvt-len-tieng-ve-khoan-no-giai-phong-mat-bang-tai-du-an-bot-quooc-lo-38-d137425.html>
15. Anh Minh, 2021b, Thu xếp tin dụng – báo động đỏ cho Dự án PPP cao tốc Diễn Châu – Bãi Vọt, Báo điện tử Đầu tư, <https://baodautu.vn/thu-xep-tin-dung---bao-dong-do-cho-du-an-ppp-cao-toc-dien-chau---bai-vot-d150108.html>
16. Vân Nam, 2014, Đường 768 trễ hẹn hai năm, Báo Đồng Nai điện tử ngày 22/9/2014, <http://baodongnai.com.vn/kinhte/201409/duong-768-tre-hen-hai-nam-2340041/>
17. Lan Nhi, Áp lực tìm phương án thu hồi vốn đầu tư 8 dự án cao tốc Bắc Nam phía Đông, Tạp chí Kinh tế Sài Gòn <https://thesaigontimes.vn/ap-luc-tim-phuong-an-thu-hoi-von-dau-tu-8-du-an-cao-toc-bac-nam-phia-dong/>
18. Public-Private Partnership Legal Resource Center, Worldbank, 2022, Guideline on Management/Operation and Maintenance Contracts, <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/management-and-operating-contracts>
19. Public-Private Partnership Center, Republic of the Philippines, 2022, 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
20. Public-Private Partnership Legal Resource Center, Worldbank, 2022, Performance Requirements, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/performance-requirements>
21. Public-Private Partnership Legal Resource Center, Worldbank, 2021, Sample BOT Contract (Vietnam), <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/2021-08/2.2%20-%20Sample%20%20-%20BOT%20Contract%20%28coal-fired%20plant%29.pdf>
22. Đinh Nam Vinh, 2022, Công nghệ xử lý chất thải rắn sinh hoạt: Những vấn đề cần quan tâm, Tạp chí Khoa học và Công nghệ Việt Nam ngày 30/3/2022, <http://vjst.vn/vn/tin-tuc/5975/cong-nghe-xu-ly-chat-thai-ran-sinh-hoat--nhung-van-de-can-quan-tam.aspx>
23. Sunil Seth, Vasanth Rajakesaran, 2017, The Public – Private Partnership Law Review, Chapter 10-India, tr. 112.

Danh mục tài liệu

24. Lê Minh Sang, Ramesh Govindaraj, và Caryn Bredenkamp, 2020, Public-Private Partnerships for Health in Vietnam: Issues and Options, Ngân hàng Thế giới, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33724/9781464815850.pdf>, tr. 22.
25. Hyeyoung Kim, Jihyun Lee, Gerardo Reyes - Tagle, 2021, Standardized PPP Contract in Korea and Its Implications for Latin America and the Caribbean, Institutions for Development Sector, Inter-American Development Bank.
26. Mark Augernblick and B. Scott Custer, Jr., 1990, The Build, Operate and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries, Legal Department, Technical Department, Europe, Middle East, and North Africa Regional Office, and Infrastructure and Urban Development Department, The World Bank.
27. Nguyễn Xuân Thành, 23/11/2013, Vấn đề tranh chấp và giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nhà nước trong hoạt động đối tác công - tư tại Việt Nam: nghiên cứu tình huống dự án BOT Cầu Phú Mỹ và kinh nghiệm quốc tế.
28. PGS. TS. Nguyễn Hồng Thái, ThS. Lê Quang Tùng, 27/05/2016, Một số đề xuất đối với hình thức hợp tác công - tư trong phát triển hạ tầng giao thông đường bộ Việt Nam.
29. PGS. TS. Nguyễn Hồng Thái, ThS. Nguyễn Đỗ Trung, 06/2014, Những hạn chế và hướng tháo gỡ để đẩy mạnh hình thức hợp tác công tư trong phát triển cơ sở hạ tầng giao thông.
30. PGS. TS Nguyễn Hồng Thái, 2001 - 2002, Hợp tác công tư trong đầu tư triển cơ sở hạ tầng giao thông.
31. PGS. TS Nguyễn Hồng Thái, 2007, Kinh nghiệm quản lý mô hình hợp tác công tư trong việc phát triển mạng lưới đường bộ cao tốc có thu phí của một số nước nhằm rút ra bài học áp dụng cho Việt Nam.
32. SMU Research Project No 15-C234-SMU-001, 03/08/2017, Improving Connectivity between ASEAN's Legal Systems to Address Commercial Issues, Interim Report.
33. Thân Thanh Sơn, 2015, Luận án Tiến sĩ Kinh tế - Nghiên cứu phân bố rủi ro trong hình thức hợp tác công tư phát triển cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ Việt Nam.
34. ThS. Nguyễn Bích Thuận - Viện Nghiên cứu châu Âu, 12/2016, Bài học từ triển khai mô hình hợp tác công - tư ở Cộng Hoà Liên Bang Đức.
35. ThS. Nguyễn Võ Hưng, 2016, Thực tiễn quốc tế, bối cảnh trong nước và vấn đề đặt ra cho PPP thực hiện nhiệm vụ khoa học và công nghệ ở Việt Nam.
36. ThS. Phạm Dương Phương Thảo, 10/2013, Kinh nghiệm triển khai mô hình đầu tư công - tư (PPP) trên thế giới để phát triển cơ sở hạ tầng giao thông đô thị.

Danh mục tài liệu

37. Ủy ban Kinh tế của Quốc hội, 2013-2014, Phương thức đối tác công - tư (PPP): Kinh nghiệm quốc tế và khuôn khổ thể chế tại Việt Nam.
38. NHQuang & Associates, 2018, Báo cáo Nghiên cứu hợp tác đối tác công tư tại Việt Nam - Tiếp cận từ mở cửa thị trường tự do, NHQuang's Research.
39. ICRA Management Consulting Services Limited INDIA, Toolkit for Public Private Partnership frameworks in Municipal Solid Waste Management, Volume I -Overview and Process, Public Private Partnerships Knowledge Series.
40. Panggabean, Adrian T.P, 2006, Expanding Access to Basic Services in Asia and the Pacific Region: Public-Private Partnerships for Poverty Reduction. Economic and Research Department Working Paper Series No. 87. November. Manila: ADB. Available: www.adb.org/Documents/ERD/Working_Papers/WP087.pdf.
41. United Kingdom Department of Finance and Personnel, PPP Projects and Procurement Issues. Available: www2.dfpni.gov.uk/economic_appraisal_guidance/projects.htm.
42. United Kingdom Office of Government Commerce, 2000, A Competence Framework for Creating Effective PFI Projects.
43. Government of Odisha, Housing & Urban Development Department, RFP for Establishment and Operationalization of Project Implementation Unit (PIU) under Swachh Bharat Mission (U).

BÁO CÁO

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

Chịu trách nhiệm xuất bản

Giám đốc
Trương Thu Hiền

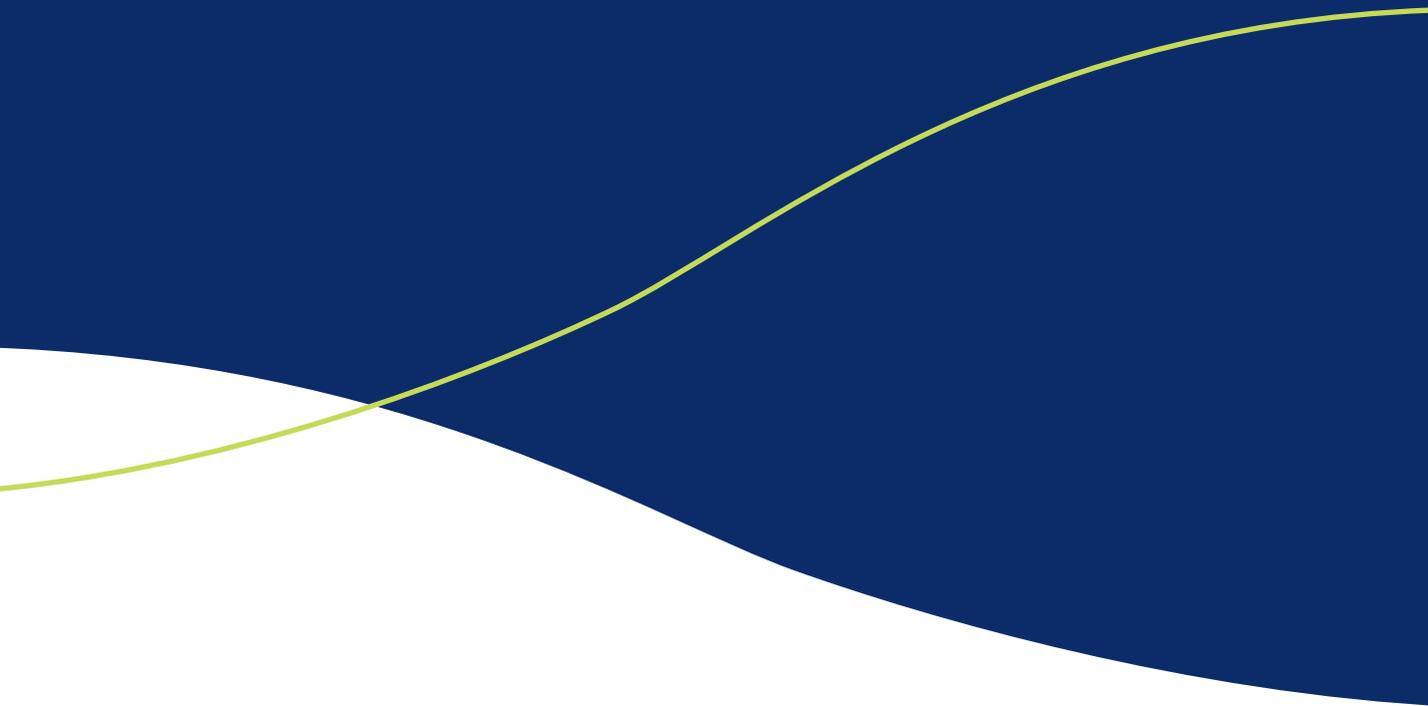
Biên tập
Lương Thị Ngọc Bích
Tôn Nữ Thanh Bình

Thiết kế
slidedy.vn@gmail.com

NHÀ XUẤT BẢN CÔNG THƯƠNG

Trụ sở: Số 655 Phạm Văn Đồng, Bắc Từ Liêm, Hà Nội
Điện thoại: 024 3 934 1562 | Fax: 024 3 938 7164
Website: <http://nhaxuatbancongtuong.com.vn>
Email: nxbct@moit.gov.vn

In 105 cuốn, khổ 19x26 cm tại Công ty TNHH In và Thương mại Trần Gia
Địa chỉ: Số 43 ngõ 406 đường Âu Cơ, Phường Nhật Tân, Tây Hồ, Hà Nội
Số xác nhận đăng ký xuất bản: 4018-2023/CXBIPH/01-222/CT
Số Quyết định xuất bản: 303/QĐ-NXBCT, cấp ngày 14 tháng 11 năm 2023
Mã số ISBN: 978-604-481-074-4
In xong và nộp lưu chiểu: Năm 2023



SÁCH KHÔNG BÁN