

GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT ĐẦU TƯ THEO PHƯƠNG THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ (Dự thảo tháng 4/2020)

Tiến sỹ, Luật sư Lê Đình Vinh

Giám đốc Công ty Luật Vietthink, Trọng tài viên VIAC

Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (PPP) lần đầu tiên được xây dựng ở nước ta, do đó có nhiều vấn đề lý luận và thực tiễn cần phải bàn luận, đồng thời phải tham khảo kinh nghiệm của các nước và thông lệ trên thế giới. Những vấn đề lý luận về đầu tư PPP và khung lý thuyết cho việc xây dựng Luật về PPP đã được nhiều chuyên gia đề cập, phân tích sâu. Trong bản tham luận này, dưới góc nhìn của một người nghiên cứu pháp luật và tư vấn về đầu tư, tác giả xin đưa ra các bình luận và góp ý đối với một số chương, điều của Dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư đang được xây dựng (“Dự thảo Luật”), trong tâm là phần doanh nghiệp dự án, hợp đồng dự án và tài sản dự án và một vấn đề khác.

CHƯƠNG IV: THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP DỰ ÁN VÀ KÝ KẾT HỢP ĐỒNG

Điều 45. Phân loại hợp đồng dự án PPP

1. Việc phân loại hợp đồng dự án PPP thành hai nhóm: (i) Nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế thu phí trực tiếp từ người sử dụng hoặc tổ chức bao tiêu sản phẩm, và (ii) Nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế Nhà nước thanh toán trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công như tại Điều 45 Dự thảo Luật là hợp lý, qua đó phản ánh rõ đặc điểm của từng nhóm hợp đồng PPP để thiết lập các cơ chế điều chỉnh phù hợp.

2. Đối với loại Hợp đồng xây dựng – Sở hữu – Kinh doanh (BOO): nên thay quy định “*Hết thời hạn, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chấm dứt hoạt động của dự án*” bằng một cơ chế xử lý linh hoạt hơn. Thay vì chấm dứt hoạt động của dự án, nếu các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng này vẫn đảm bảo các điều kiện kinh doanh, vận hành bình thường và hai bên vẫn có nhu cầu thì Nhà nước có thể cho phép nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án được tiếp tục thực hiện dự án nhưng kèm theo các điều kiện ràng buộc nhất định, hoặc cho phép nhà đầu tư được chuyển nhượng, chuyển giao dự án cho Nhà nước hoặc cho bên thứ ba theo các phương thức, điều kiện do các bên thỏa thuận, v.v...

3. Đối với loại Hợp đồng Kinh doanh – Quản lý (O&M): nên thay quy định “*hết thời hạn, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chấm dứt hoạt động của Dự án*” bằng một cơ chế xử lý linh hoạt hơn, tương tự như đối với loại hợp đồng BOO đã nêu ở trên.

4. Nên bỏ hình thức “hợp đồng hỗn hợp” quy định tại khoản 4 Điều 45 và “hợp đồng khác” quy định tại khoản 5 Điều 45 vì các quy định này vừa khó khả thi vừa dễ bị biến tướng trong quá trình áp dụng, gây khó khăn cho việc quản lý của các cơ quan Nhà nước.

5. Thay vào đó, nên bổ sung thêm một số loại hợp đồng PPP đang được áp dụng ở các nước, như: Hợp đồng Xây dựng - Sở hữu - Vận hành - Chuyển giao (BOOT), hợp đồng Thiết kế - Xây dựng - Cấp vốn - Vận hành (DBFO), hợp đồng Thiết kế - Xây dựng - Cấp vốn - Vận hành - Chuyển giao (DBFOT), v.v... Mặt khác, chúng tôi nhận thấy hầu hết các loại hợp đồng PPP được quy định trong Dự thảo Luật đều theo phương thức nhượng quyền (concession). Về phương diện lý thuyết, phương thức này mức độ tham gia của nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án là rất sâu, và rủi ro cũng rất lớn, nên không thực sự hấp dẫn với nhà đầu tư. Do vậy, dựa trên kinh nghiệm các nước, cần lựa chọn và bổ sung vào Dự thảo Luật các hình thức hợp đồng khác trong quan hệ đối tác công tư có tính linh hoạt hơn, có mức độ can dự của nhà đầu tư ít hơn và rủi ro thấp hơn để tăng thêm sự hấp dẫn và tăng cơ hội lựa chọn cho nhà đầu tư. Ví dụ: Hình thức Sáng kiến tài chính tư (Private finance initiative - PFI), hình thức đối tác phát triển sản phẩm (Product development partnerships - PDPs)...

Điều 47. Nội dung cơ bản của hợp đồng

1. Điểm c khoản 1 Điều 47: cần bổ sung nội dung “*đồng tiền tính toán và đồng tiền thanh toán sản phẩm, dịch vụ công*”. Theo kinh nghiệm tư vấn của chúng tôi việc thỏa thuận về đồng tiền tính toán và đồng tiền thanh toán sản phẩm, dịch vụ công luôn là một nội dung mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án rất quan tâm khi đàm phán ký kết hợp đồng PPP, nhất là trong trường hợp chủ thể ký kết hợp đồng là nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

2. Ngoài các nội dung được quy định tại khoản 1 Điều 47 Dự thảo Luật, cần bổ sung các vấn đề sau vào nội dung cơ bản của hợp đồng PPP:

(i) *Lộ trình tăng vốn điều lệ của doanh nghiệp dự án PPP theo quy định tại khoản 3 Điều 78 Luật này;*

(ii) *Quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của các bên trong hợp đồng dự án PPP. Trong đó, đối với phương thức nhượng quyền (concession) cần nhấn mạnh trách nhiệm của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP trong việc gánh chịu các rủi ro về tài sản và hoạt động đầu tư dự án PPP;*

(iii) *Cam kết và bảo đảm của các bên trong hợp đồng.*

Điều 48. Bảo đảm thực hiện hợp đồng dự án PPP

Theo khoản 4 Điều 48: Thời gian có hiệu lực của bảo lãnh thực hiện hợp đồng tính từ ngày hợp đồng có hiệu lực cho đến ngày các bên hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc ngày chuyển sang thực hiện nghĩa vụ bảo hành, bảo trì đối với dự án áp dụng loại hợp đồng BT.

Quy định về thời gian có hiệu lực của bảo lãnh thực hiện hợp đồng trên đây là quá dài và không hợp lý. Theo chúng tôi, thời gian có hiệu lực của bảo lãnh thực hiện hợp đồng nên kết thúc sau khi hoàn thành xây dựng công trình đối với dự án có cấu phần xây dựng hoặc sau khi chuyển sang giai đoạn vận hành đối với dự án không có cấu phần xây dựng. Như chúng tôi đã đề cập ở trên, đối với các hợp đồng PPP theo phương thức nhượng quyền, hầu như toàn bộ rủi ro được chuyển sang cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án gánh chịu, nên cơ quan ký hợp đồng không cần thiết phải áp dụng hình thức bảo lãnh tài sản trong suốt thời gian thực hiện hợp đồng để phòng ngừa rủi ro. Riêng đối với loại hợp đồng BT, khi phát sinh nghĩa vụ bảo trì của Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án thì nên áp dụng hình thức bảo lãnh bảo hành, bảo trì công trình.

Điều 50. Ký kết hợp đồng dự án PPP

1. Theo khoản 1 Điều 50: “*Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP hợp thành một bên và cùng ký vào hợp đồng với cơ quan ký kết hợp đồng. Nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án PPP cùng chịu trách nhiệm về quyền và nghĩa vụ cam kết trong Hợp đồng*”.

Quy định này có nghĩa nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án cùng là chủ thể ký hợp đồng dự án PPP. Chúng tôi hiểu rằng mục đích của quy định này là nhằm ràng buộc trách nhiệm

của nhà đầu tư trong quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP cũng như thực hiện Dự án PPP.

Tuy nhiên, mặc dù doanh nghiệp dự án PPP có tư cách pháp nhân độc lập, nhưng lại thuộc sở hữu của các nhà đầu tư. Việc hai chủ thể pháp lý không bình đẳng với nhau không nên là đồng chủ thể trong cùng một quan hệ hợp đồng, nơi mà các chủ thể sẽ được xác lập các quyền và nghĩa vụ hợp đồng bình đẳng với nhau.

Thêm nữa, theo quy định của Luật doanh nghiệp 2014 thì thành viên, cổ đông công ty TNHH và công ty cổ phần phải chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản của công ty trong phạm vi số vốn góp vào công ty. Do vậy, việc quy định *Nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án PPP cùng chịu trách nhiệm về quyền và nghĩa vụ cam kết trong Hợp đồng vô hình dung tạo ra nghĩa vụ “kép”* cho nhà đầu tư. Một mặt, nhà đầu tư phải trực tiếp chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ cam kết trong hợp đồng PPP với tư cách là chủ thể hợp đồng; mặt khác, họ cũng phải chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ của chủ thể còn lại là doanh nghiệp dự án PPP với tư cách là thành viên, cổ đông của doanh nghiệp dự án.

2. Chúng tôi đồng tình với quan điểm cho rằng chính doanh nghiệp dự án mới là chủ thể trung tâm trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng PPP và thực hiện dự án PPP. Do vậy, việc tham gia của nhà đầu tư với tư cách chủ thể ký hợp đồng PPP không thực sự cần thiết trong trường hợp này. Cho dù không trực tiếp ký hợp đồng PPP nhưng nhà đầu tư vẫn bị ràng buộc bởi các nghĩa vụ pháp lý được quy định trong Luật Đầu tư. Hơn nữa, nhà đầu tư vẫn phải chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp dự án với tư cách là thành viên góp vốn, cổ đông theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Trái lại, việc quy định nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án cùng hợp thành một bên trong hợp đồng dự án sẽ đưa đến những phức tạp về pháp lý trong việc phân định nghĩa vụ, trách nhiệm hợp đồng giữa nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án.

Điều 52. Thời hạn hợp đồng dự án PPP

1. Theo khoản 1 Điều 52: *“Thời hạn hợp đồng do các bên thỏa thuận căn cứ vào quyết định phê duyệt báo cáo nghiên cứu khả thi và kết quả lựa chọn nhà đầu tư”*. Theo kinh nghiệm của một số nước, đối với các loại hợp đồng PPP theo phương thức nhượng quyền (concession) thường có quy định giới hạn thời hạn thực hiện, thông thường tối đa 25 năm

hoặc 30 năm. Theo khoản 2 Điều 52: tổng thời hạn hợp đồng, bao gồm cả thời gian điều chỉnh không vượt quá thời hạn giao đất, cho thuê đất theo quy định của pháp luật về đất đai. Theo quy định của Luật đất đai 2013, thời hạn giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án đầu tư không vượt quá 50 năm. Đối với dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm, dự án đầu tư vào địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn mà cần thời hạn dài hơn thì thời hạn giao đất, cho thuê đất không quá 70 năm. Nếu thời hạn thực hiện hợp đồng dự án PPP xác định theo thời hạn giao đất, cho thuê đất thì sẽ là tương đối dài và không phù hợp với thông lệ quốc tế.

2. Về các trường hợp điều chỉnh thời hạn hợp đồng, ngoài quy định tại khoản 3 Điều 52, theo chúng tôi cần bổ sung các căn cứ sau:

(i) Khi điều chỉnh chủ trương đầu tư theo quy định tại Điều 19 Luật này dẫn đến thay đổi thời hạn thực hiện dự án PPP đã được phê duyệt;

(ii) Khi điều chỉnh báo cáo nghiên cứu khả thi theo quy định tại Điều 25 Luật này dẫn đến thay đổi thời hạn thực hiện dự án PPP đã được phê duyệt;

(ii) Các trường hợp khác do các bên thỏa thuận trong Hợp đồng dự án PPP.

Điều 53. Chấm dứt hợp đồng dự án PPP

1. Về căn cứ chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn, ngoài các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c, d, đ khoản 2 Điều 53, cần bổ sung các căn cứ sau:

(i) Khi dự án PPP bị Nhà nước thu hồi theo quy định của pháp luật;

(ii) Các trường hợp khác được quy định trong hợp đồng dự án PPP.

2. Trường hợp chấm dứt hợp đồng dự án PPP trước thời hạn do nguyên nhân từ phía Nhà nước (khoản 3 Điều 53), cần bổ sung quy định về điều kiện Nhà nước mua lại doanh nghiệp PPP; nguyên tắc xác định giá trị doanh nghiệp doanh nghiệp PPP khi Nhà nước mua lại; quy trình, thủ tục Nhà nước mua lại và tiếp nhận, vận hành doanh nghiệp dự án PPP, v.v...

3. Ngoài ra, cần bổ sung quy định về nguyên tắc, quy trình, thủ tục xử lý tài sản, tài chính của dự án PPP và doanh nghiệp dự án PPP, giải quyết quyền lợi của các bên trong hợp

đồng; quy trình, thủ tục Nhà nước tiếp nhận dự án PPP, các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng thuộc dự án PPP trong các trường hợp chấm dứt hợp đồng PPP trước thời hạn.

Điều 54. Quyền tiếp quản dự án của cơ quan ký kết hợp đồng

Trường hợp cơ quan ký kết hợp đồng tiếp quản dự án và chỉ định nhà đầu tư mới theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 39 để tiếp tục thực hiện dự án, cần quy định rõ việc nhà đầu tư mới được chỉ định có quyền đàm phán, ký lại hợp đồng dự án PPP hay không, hay phải mặc nhiên kế thừa các điều khoản của hợp đồng PPP đã ký? Trường hợp phải ký lại thì hợp đồng dự án PPP ký lại có những điểm gì khác so với hợp đồng dự án PPP đã ký trước đó (ví dụ: về phương án tài chính có phải thay đổi hay không)? Các lợi ích liên quan đến dự án của nhà đầu tư cũ (nếu có) sẽ được giải quyết như thế nào?

Điều 55. Quyền tiếp quản dự án của bên cho vay

1. Tương tự Điều 54, trường hợp bên cho vay tiếp quản dự án và đề xuất cơ quan có thẩm quyền chỉ định nhà đầu tư mới theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 39 để tiếp tục thực hiện dự án, cần quy định rõ việc nhà đầu tư mới được chỉ định có quyền đàm phán, ký lại hợp đồng dự án PPP hay không, hay phải mặc nhiên kế thừa các điều khoản của hợp đồng PPP đã ký? Trường hợp phải ký lại thì hợp đồng dự án PPP ký lại có những điểm gì khác so với hợp đồng dự án PPP đã ký trước đó (ví dụ: về phương án tài chính có phải thay đổi hay không)? Các lợi ích liên quan đến dự án của nhà đầu tư cũ (nếu có) sẽ được giải quyết như thế nào?

2. Trường hợp bên cho vay chuyển hợp đồng cấp tín dụng, tài sản bảo đảm tiền vay cho nhà đầu tư mới được chỉ định (khoản 2 Điều 55) thì nhà đầu tư mới có được quyền đàm phán lại các điều khoản của hợp đồng tín dụng và ký hợp đồng tín dụng mới với bên cho vay hay không, hay phải mặc nhiên kế thừa hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp tài sản mà nhà đầu tư cũ đã ký với bên cho vay?

Điều 56. Chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp, quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng dự án PPP

1. Khoản 1, khoản 2 Điều 56 cần quy định rõ trường hợp nhà đầu tư là thành viên, cổ đông doanh nghiệp dự án PPP muốn chuyển nhượng phần vốn góp, cổ phần cho nhau hoặc

cho nhà đầu tư khác thì phải tuân thủ các điều kiện, thủ tục chuyển nhượng, chào bán phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn, cổ phần trong công ty cổ phần được quy định tại Luật doanh nghiệp 2014. Trường hợp nhà đầu tư là cổ đông sáng lập của doanh nghiệp dự án (được thành lập theo hình thức công ty cổ phần) thì việc chuyển nhượng cổ phần của cổ đông sáng lập cho người khác phải tuân thủ quy định tại khoản 3 Điều 119 và khoản 1 Điều 126 Luật doanh nghiệp 2014. (Vấn đề này tuy đã được nhắc đến tại điểm b khoản 4 Điều 56 nhưng chưa rõ).

2. Khi nhà đầu tư chuyển nhượng vốn góp, cổ phần trong doanh nghiệp dự án cho nhau hoặc cho nhà đầu tư khác sẽ làm thay đổi cơ cấu chủ thể hợp đồng dự án PPP đã ký. Trong trường hợp này, ngoài việc bên nhận chuyển nhượng phải cam kết tiếp tục thực hiện các quyền và nghĩa vụ của bên chuyển nhượng theo quy định tại hợp đồng PPP và các hợp đồng có liên quan (điểm c khoản 5 Điều 56) thì có cần phải ký lại hợp đồng PPP và các hợp đồng có liên quan hay không?

CHƯƠNG V: TRIỂN KHAI THỰC HIỆN DỰ ÁN

Điều 65. Cung cấp sản phẩm, dịch vụ công

Khoản 1 Điều 65 cần quy định rõ việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ngoài việc phải tuân theo các yêu cầu, điều kiện thỏa thuận tại hợp đồng PPP thì có phải thực hiện theo các hình thức cung ứng sản phẩm, dịch vụ công theo quy định của pháp luật hiện hành hay không? Cụ thể là đối với nhóm hợp đồng dự án áp dụng cơ chế Nhà nước thanh toán trên cơ sở chất lượng sản phẩm, dịch vụ công thì có phải thực hiện theo phương thức đấu thầu hoặc đặt hàng? (Nghị định số 130/2013/NĐ-CP đã được thay thế bởi Nghị định 32/2019/NĐ-CP ngày 10/4/2019 của Chính phủ quy định 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).

Trường hợp phải thực hiện theo phương thức đấu thầu hoặc đặt hàng thì cần quy định rõ loại hợp đồng cung ứng sản phẩm, dịch vụ công sẽ ký kết giữa doanh nghiệp dự án PPP và cơ quan Nhà nước có thẩm quyền; các nội dung cơ bản của loại hợp đồng này; thời điểm ký hợp đồng, v.v...

Theo thông lệ, hợp đồng cung ứng sản phẩm, dịch vụ công (Tiếng Anh là Offtake Agreement hoặc Sales & Purchase Agreement) thường được thương lượng và ký kết trước khi thực hiện dự án PPP để đảm bảo đầu ra của sản phẩm, dịch vụ trong tương lai. Hợp đồng này sẽ là một ràng buộc pháp lý giữa doanh nghiệp dự án PPP và cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến giao dịch cung ứng sản phẩm, dịch vụ công được tạo ra bởi dự án PPP, đặc biệt là quy định về giá mua sản phẩm, dịch vụ sau khi dự án đi vào vận hành chính thức.

Trong thực tiễn tư vấn các dự án PPP, chúng tôi nhận thấy rằng việc đạt được một hợp đồng về tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ công là tối quan trọng, đôi khi là điều kiện tiên quyết đối với nhà đầu tư trước khi triển khai thực hiện dự án PPP. Vì nó là cơ sở để xác định doanh thu, dòng tiền của dự án, từ đó quyết định đến tính khả thi và hiệu quả của phương án tài chính. Do vậy, đây không chỉ là mối quan tâm của nhà đầu tư mà cũng là mối quan tâm của bên cho vay trong quá trình thẩm định hồ sơ giải ngân vốn cho dự án vì nó liên quan trực tiếp đến khả năng thu hồi vốn vay. Kinh nghiệm cho thấy các hợp đồng tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ công thường phải được đàm phán song song và cùng với hợp đồng dự án PPP. Do vậy, trong Dự thảo Luật cần có những quy định về hình thức, nội dung cơ bản của hợp đồng cung ứng sản phẩm, dịch vụ công được ký giữa doanh nghiệp dự án và cơ quan Nhà nước có thẩm quyền; hoặc ít nhất cũng cần quy định những nguyên tắc cơ bản và những chỉ dẫn về việc doanh nghiệp dự án và cơ quan nhà nước có thẩm quyền đàm phán, ký kết các hợp đồng này theo quy định của pháp luật hiện hành cùng với việc đàm phán, ký kết hợp đồng dự án PPP.

Điều 66. Giá, phí sản phẩm, dịch vụ công

Tại Điều này cần bổ sung quy định về đồng tiền sử dụng để tính toán và thanh toán giá sản phẩm, dịch vụ công. Đây cũng là một yếu tố quan trọng, đôi khi là tiên quyết trong các hợp đồng dự án PPP và hợp đồng tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ công giữa doanh nghiệp dự án và cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Theo quy định về quản lý ngoại hối, về nguyên tắc các giao dịch tại Việt Nam được thực hiện bằng tiền Đồng Việt Nam (VND), trừ các trường hợp được pháp luật cho phép thực hiện bằng ngoại tệ. Trong khi đó các nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án (nhất là các nhà đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp dự án có vốn đầu tư nước ngoài) luôn mong muốn và đòi hỏi sử dụng đồng ngoại tệ (thông thường là USD) để tính toán giá sản phẩm dịch vụ công do doanh nghiệp cung ứng. Lý do là bởi xu hướng mất giá của đồng

nội tệ khiến nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án gặp phải những rủi ro khó kiểm soát. Thêm nữa, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án cũng phải chịu sức ép từ các ngân hàng, định chế tài chính cấp vốn cho dự án trong việc sử dụng đồng ngoại tệ (USD) trong tính toán giá sản phẩm, dịch vụ như một điều kiện tiên quyết. Chính vì lý do này nên những bất đồng trong việc sử dụng đồng tiền để tính toán giá sản phẩm, dịch vụ công nhiều khi trở thành khúc mắc, trở ngại lớn đối với các bên khi đàm phán, ký kết hợp đồng PPP và hợp đồng cung ứng sản phẩm, dịch vụ công.

Ngoài ra, nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án cũng mong muốn có được bảo lãnh từ phía cơ quan nhà nước có thẩm quyền về biến động tỷ giá hối đoái giữa VND/USD và các ngoại tệ khác để chia sẻ và hạn chế rủi ro đối với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án.

Chúng tôi cho rằng những vấn đề trên đây cần được nghiên cứu và giải quyết trong Dự thảo Luật.

Điều 67. Giám sát thực hiện hợp đồng trong giai đoạn vận hành, kinh doanh

Ngoài các nội dung quy định tại khoản 2 Điều 67, theo chúng tôi cần bổ sung một số nội dung giám sát sau đây:

(i) Giám sát việc tiếp nhận, xử lý góp ý của các đối tượng sử dụng về chất lượng sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp theo quy định tại khoản 4 Điều 65 Luật này;

(ii) Giám sát việc sửa chữa, bảo dưỡng định kỳ, bảo đảm công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng vận hành an toàn theo đúng thiết kế hoặc quy trình đã cam kết tại hợp đồng theo quy định tại khoản 5 Điều 65 Luật này;

(iii) Giám sát việc thực hiện quy định về giá sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp theo quy định tại Luật này và pháp luật khác có liên quan;

(iv) Giám sát việc tuân thủ các quy định về bảo vệ môi trường và khắc phục sự cố môi trường (nếu có) của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án.

CHƯƠNG VI: NGUỒN VỐN THỰC HIỆN DỰ ÁN

Điều 74. Chi phí của cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng, đơn vị chuẩn bị dự án, bên mời thầu, Hội đồng thẩm định dự án PPP, đơn vị được giao nhiệm vụ thẩm định dự án PPP

1. Các khoản chi này được bố trí từ vốn đầu tư công và được tính vào tổng mức đầu tư của dự án. Do vậy, Dự thảo Luật cần có thêm các quy định về nguyên tắc chi, định mức chi các điều khoản về phòng chống tham nhũng (anti-corruption) trong việc thực hiện các khoản chi này để hạn chế tình trạng tiêu cực, thất thoát ngân sách và làm đội vốn đầu tư của dự án, qua đó giảm bớt gánh nặng tài chính cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án.

2. Thực tế thời gian qua cho thấy việc bố trí và giải ngân vốn đầu tư công để thực hiện các khoản chi này thường rất phức tạp do thủ tục rườm rà, qua nhiều cấp phê duyệt, nên thường ảnh hưởng đến tiến độ lập, phê duyệt và triển khai các dự án PPP. Do vậy, Dự thảo Luật cũng cần có thêm các quy định về áp dụng hình thức xã hội hóa và kêu gọi tài trợ kinh phí thực hiện các khâu lập, phê duyệt dự án, lựa chọn nhà đầu tư... để giảm chi tiêu công và đẩy nhanh tiến độ thực hiện dự án PPP. Điều này cũng phù hợp với các quy định pháp luật về quy hoạch và xây dựng hiện hành.

Điều 77. Thu xếp tài chính thực hiện dự án

1. Quy định thời hạn thu xếp tài chính thực hiện dự án PPP là 12 tháng và 18 tháng tại Điều này là phù hợp với thực tế hiện nay. Tuy nhiên, Dự thảo Luật cần đưa ra các quy định ưu đãi nhằm khuyến khích các nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án hoàn thành việc thu xếp tài chính cho dự án PPP trước thời hạn quy định để đẩy nhanh tiến độ triển khai đầu tư, xây dựng và đưa vào vận hành các dự án PPP.

2. Quy định tại khoản 2 Điều 77 “*Hợp đồng PPP chỉ có hiệu lực khi nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP hoàn thành thu xếp tài chính*” là nhằm mục đích gây sức ép buộc các nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án phải tích cực trong việc thu xếp tài chính để thực hiện dự án. Tuy nhiên, quy định này chưa phù hợp về mặt pháp lý và xung đột với các điều khoản khác của Dự thảo Luật. Cụ thể:

- Điểm c khoản 1 Điều 52: Phương án tài chính (bao gồm kế hoạch thu xếp tài chính) là một trong những nội dung cơ bản của Hợp đồng PPP.

- Khoản 1 Điều 77: Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chịu trách nhiệm góp vốn của sở hữu, huy động vốn vay và các nguồn vốn hợp pháp khác để thực hiện dự án theo quy định tại hợp đồng;

- Khoản 3 Điều 77: *“Hình thức xử lý trong trường hợp nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP không thu xếp được tài chính theo thời hạn quy định tại khoản 2 Điều này phải được quy định tại hồ sơ mời thầu và hợp đồng dự án PPP”*.

- Khoản 1 Điều 79: Khi thực hiện thu xếp tài chính theo Điều 77 Luật này, doanh nghiệp dự án PPP được phát hành trái phiếu riêng lẻ để huy động vốn thực hiện dự án.

- Khoản 2 Điều 79: Sau khi hoàn thành xây dựng công trình đối với dự án có cấu phần xây dựng hoặc sau khi chuyển sang giai đoạn vận hành đối với dự án không có cấu phần xây dựng, doanh nghiệp dự án PPP được chào bán trái phiếu riêng lẻ để huy động vốn.

Như vậy, căn cứ các quy định nêu trên trong Dự thảo Luật thì chỉ khi hợp đồng dự án PPP có hiệu lực pháp luật thì Nhà đầu tư mới có cơ sở để tiến hành các hoạt động thu xếp tài chính cho dự án; đồng thời, hợp đồng dự án PPP có hiệu lực pháp luật mới là căn cứ để xem xét, áp dụng các hình thức xử lý đối với trường hợp nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án không thu hoàn thành thu xếp tài chính đúng hạn.

Theo quan điểm của chúng tôi, quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng dự án PPP cần đưa về Chương IV của Dự thảo Luật; đồng thời nên sửa đổi quy định theo hướng: Hợp đồng PPP có hiệu lực sau khi được ký kết và nhà đầu tư đã thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng theo quy định tại Điều 48 Luật này. Trường hợp nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP không thu xếp được tài chính cho dự án thì được coi là hành vi vi phạm hợp đồng PPP. Cơ quan ký hợp đồng PPP có thể áp dụng quy định tại điểm d khoản 2 Điều 53 Luật này để chấm dứt hợp đồng với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án.

CHƯƠNG VII: ƯU ĐÃI VÀ BẢO ĐẢM ĐẦU TƯ

Điều 83. Cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu

1. Theo khoản 1 Điều 83, nhà đầu tư, doanh nghiệp PPP chia sẻ với Nhà nước 50% phần tăng doanh thu giữa doanh thu thực tế và doanh thu theo phương án tài chính khi doanh thu thực tế đạt từ 125% mức doanh thu trong phương án tài chính trở lên. Trong khi đó, theo

khoản 2 Điều 183, Nhà nước chia sẻ với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP 50% phần giảm doanh thu giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết tại hợp đồng PPP; trong đó, mức doanh thu cam kết tại hợp đồng không cao hơn 75% mức doanh thu trong phương án tài chính. So sánh giữa quy định tại khoản 1 và khoản 2 trên đây có thể thấy ngay rằng mức doanh thu mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án chia sẻ với Nhà nước trong trường hợp tăng doanh thu sẽ cao hơn mức doanh thu mà Nhà nước chi sẻ với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án trong trường hợp giảm doanh thu. Nói cách khác, phần thiệt thòi hơn thuộc về các nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án.

2. Trong khi cơ chế Nhà nước chia sẻ phần giảm doanh thu với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án chỉ được áp dụng với những dự án PPP đáp ứng đầy đủ một số điều kiện nhất định (khoản 2 Điều 83) thì cơ chế nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án chia sẻ phần tăng doanh thu với Nhà nước lại áp dụng đối với mọi dự án PPP một cách vô điều kiện. Theo chúng tôi, để đảm bảo sự công bằng thì cơ chế chia sẻ phần tăng doanh thu với Nhà nước cũng chỉ nên áp dụng với một số dự án PPP khi thỏa mãn những điều kiện nhất định, tương tự trường hợp áp dụng cơ chế chia sẻ phần giảm doanh thu. Chẳng hạn, việc chia sẻ phần tăng doanh thu với Nhà nước chỉ nên áp dụng đối với một số loại hợp đồng PPP và đối với các dự án PPP có những lợi thế rõ rệt về tăng trưởng doanh thu ngay từ khi lập và phê duyệt dự án. Không áp dụng cơ chế chia sẻ phần tăng doanh thu đối với các dự án PPP đầu tư hệ thống cơ sở hạ tầng tại các địa phương vùng sâu vùng xa, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, biên giới, hải đảo... như một biện pháp ưu đãi đầu tư để thu hút nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP đầu tư vào các địa bàn này.

CHƯƠNG VII: KIỂM TRA, THANH TRA CHUYÊN NGÀNH, KIỂM TOÁN NHÀ NƯỚC VÀ GIÁM SÁT HOẠT ĐỘNG ĐẦU TƯ THEO PHƯƠNG THỨC PPP

Điều 86. Hoạt động kiểm toán Nhà nước trong đầu tư theo phương thức PPP

1. Theo quy định tại Điều này, hoạt động kiểm toán Nhà nước được tiến hành thường xuyên, liên tục và toàn diện từ trước, trong và sau khi thực hiện dự án PPP (cả tiền kiểm lẫn hậu kiểm). Quy định này khiến cho tần suất kiểm toán Nhà nước đối với một dự án PPP là khá lớn. Điều này có thể khiến nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án cảm thấy e ngại.

2. Việc kiểm toán tuân thủ về quá trình chuẩn bị dự án, kết quả lựa chọn nhà đầu tư đối với dự án PPP chỉ nên tiến hành khi quá trình chuẩn bị dự án, kết quả lựa chọn nhà đầu tư có dấu hiệu vi phạm một cách rõ ràng. Không nên áp dụng tràn lan, đại trà đối với tất cả các dự án PPP để giảm bớt thủ tục phiền hà, đẩy nhanh tiến độ triển khai thực hiện và đưa dự án vào khai thác.

Điều 88. Nội dung giám sát của cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư theo phương thức PPP

Ngoài các nội dung quy định tại Điều 88 Dự thảo Luật, theo chúng tôi cần phải bổ sung các nội dung giám sát sau:

(i) *Giám sát việc tiếp nhận, xử lý góp ý của các đối tượng sử dụng về chất lượng sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp theo quy định tại khoản 4 Điều 65 Luật này;*

(ii) *Giám sát việc sửa chữa, bảo dưỡng định kỳ, bảo đảm công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng vận hành an toàn theo đúng thiết kế hoặc quy trình đã cam kết tại hợp đồng theo quy định tại khoản 5 Điều 65 Luật này;*

(iii) *Giám sát việc thực hiện quy định về giá sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp theo quy định tại Luật này và pháp luật khác có liên quan;*

(iv) *Giám sát việc tuân thủ các quy định về bảo vệ môi trường và khắc phục sự cố môi trường (nếu có) của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án;*

(v) *Giám sát hoạt động của cơ quan ký hợp đồng dự án PPP.*

CHƯƠNG IX: NHIỆM VỤ, QUYỀN HẠN, TRÁCH NHIỆM CỦA CÁC CƠ QUAN, TỔ CHỨC, CÁ NHÂN TRONG ĐẦU TƯ THEO PHƯƠNG THỨC PPP

Điều 97. Trách nhiệm của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

1. Dự thảo Luật cần bổ sung quy định về trách của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền trong việc tiếp nhận, vận hành các công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng được nhà đầu tư bàn giao khi hết thời hạn thực hiện dự án hoặc trong các trường hợp hợp đồng dự án PPP bị chấm dứt trước thời hạn và bị thanh lý.

2. Ngoài ra, cần bổ sung quy định về trách nhiệm pháp lý rõ ràng của các cơ quan, người có thẩm quyền liên quan đối với kết quả phê duyệt dự án PPP, hiệu quả thực hiện dự án, hiệu quả quản lý và sử dụng nguồn vốn đầu tư công trong các dự án PPP... để hạn chế thất thoát, lãng phí trong đầu tư công./.