

Chỉ định nhà đầu tư thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn - một số đánh giá về tính hợp lý, minh bạch và hiệu quả

Cao Thị Thùy Như^{1,2,*}



Use your smartphone to scan this QR code and download this article

TÓM TẮT

Chỉ định nhà đầu tư thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn là một quy định mới của Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020. Với bản chất là một hình thức lựa chọn nhà đầu tư không được công chúng ủng hộ, quy định mới này của Luật đặt ra nhiều nghi vấn về tính hợp lý, tính minh bạch và tính hiệu quả. Liệu rằng có hợp lý hay không khi pháp luật cho phép sử dụng hình thức chỉ định nhà đầu tư để tìm kiếm nhà đầu tư thay thế. Và liệu rằng khi sử dụng hình thức này, việc lựa chọn nhà đầu tư có được diễn ra một cách minh bạch và đảm bảo tìm kiếm được nhà đầu tư phù hợp nhất cho dự án. Để làm rõ những nghi vấn trên, bài viết sẽ phân tích quy định của Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020 liên quan đến việc chỉ định nhà đầu tư thay thế, so sánh với quy định tương tự trong pháp luật của một số quốc gia trên thế giới và khuyến nghị của UNCITRAL. Trên cơ sở đó, bài viết sẽ lần lượt đưa ra đánh giá về tính hợp lý, tính minh bạch và tính hiệu quả của quy định về việc chỉ định nhà đầu tư thay thế cũng như đề xuất một số quan điểm cá nhân liên quan đến vấn đề này. Đặc biệt, bài viết sẽ nhấn mạnh vai trò của bên cho vay - một chủ thể đặc biệt xuất hiện trong quy trình chỉ định nhà đầu tư thay thế - đối với việc đảm bảo tính hợp lý, minh bạch và hiệu quả của hoạt động chỉ định nhà đầu tư.

Từ khoá: chỉ định nhà đầu tư, chấm dứt trước thời hạn, hợp đồng PPP

GIỚI THIỆU

Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (PPP) đã không còn là phương thức đầu tư xa lạ ở Việt Nam. Trong hơn 10 năm chính thức áp dụng phương thức này, nhiều kết quả tích cực đã được ghi nhận, nhưng cùng với đó là không ít vấn đề bất cập đã được chỉ ra. Một trong số những bất cập đó liên quan đến việc chỉ định nhà đầu tư (sau đây viết tắt là chỉ định NĐT) thực hiện dự án.

Chỉ định NĐT chưa bao giờ là một hình thức lựa chọn NĐT được ủng hộ mạnh mẽ, nhưng lại là hình thức được sử dụng phổ biến ở một số khu vực trên thế giới¹. Tương tự, ở Việt Nam, thời gian đầu triển khai mô hình PPP cũng là khoảng thời gian mà số lượng dự án được chỉ định NĐT chiếm tỷ lệ đáng kể². Mặc dù phía Nhà nước đã đưa ra lý do để giải thích cho hiện tượng này³, nhưng dư luận không ngừng đặt ra nghi vấn về việc có “thỏa thuận ngầm” giữa cơ quan

có thẩm quyền và NĐT được chỉ định, thậm chí tồn tại “lợi ích nhóm” trong các dự án PPP⁴.

Sau nhiều quan điểm trái chiều trong quá trình xây dựng văn bản Luật điều chỉnh mô hình PPP, một điểm tích cực của Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020 (sau đây viết tắt là Luật PPP 2020) đó là thu hẹp chỉ còn 02 trường hợp được chỉ định NĐT^c [5, Khoản 1 Điều 39] [6, Khoản 3 Điều 9]. Một trong số đó là trường hợp cần phải lựa chọn ngay NĐT thay thế để đảm bảo tính liên tục của dự án [5, Điểm b Khoản 1 Điều 39].

Trường hợp chỉ định NĐT trên có thể được hiểu một cách khái quát rằng, khi hợp đồng dự án PPP vì một lý do nào đó bị chấm dứt trước thời hạn^d [5, Khoản 2 Điều 52], phía đối tác công phải tìm kiếm một NĐT

^cTrước khi Luật PPP 2020 ra đời, việc lựa chọn NĐT dự án PPP được thực hiện theo quy định của pháp luật đầu thầu. Theo đó, có 03 trường hợp được phép chỉ định NĐT.

^dHợp đồng PPP bị chấm dứt trước thời hạn trong những trường hợp sau: (i) dự án bị ảnh hưởng bởi sự kiện bất khả kháng mà không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng; (ii) vì lợi ích quốc gia; bảo đảm yêu cầu về quốc phòng, an ninh; bảo vệ bí mật nhà nước; (iii) doanh nghiệp dự án mất khả năng thanh toán; (iv) một trong các bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng; (v) hoàn cảnh thay đổi cơ bản và các bên thỏa thuận chấm dứt hợp đồng. Trong đó, trường hợp thứ (iii) và (iv) là những trường hợp mà dự án PPP cần tìm kiếm NĐT thay thế. Riêng đối với những trường hợp còn lại, thông thường dự án PPP sẽ bị chấm dứt hẳn và phía Nhà nước sẽ tìm kiếm phương án khác để giải quyết phần dự án còn dang dở.

¹Trường Đại học Thủ Dầu Một, Việt Nam

²NCS Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM, Việt Nam

Liên hệ

Cao Thị Thùy Như, Trường Đại học Thủ Dầu Một, Việt Nam

NCS Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM, Việt Nam

Email: nhuctt@tdmu.edu.vn

Lịch sử

- Ngày nhận: 05/08/2021
- Ngày chấp nhận: 04/01/2022
- Ngày đăng: 03/02/2022

DOI: 10.32508/stdjelm.v6i1.903



Bản quyền

© ĐHQG Tp.HCM. Đây là bài báo công bố mở được phát hành theo các điều khoản của the Creative Commons Attribution 4.0 International license.



Trích dẫn bài báo này: Như C T T. Chỉ định nhà đầu tư thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn - một số đánh giá về tính hợp lý, minh bạch và hiệu quả. *Sci. Tech. Dev. J. - Eco. Law Manag.*; 6(1):2257-2264.

khác thay thế cho NĐT đã bị chấm dứt hợp đồng để tiếp tục thực hiện phần dự án còn dang dở. Và việc tìm kiếm NĐT mới sẽ được tiến hành theo hình thức chỉ định NĐT, bởi đây được xem là tình huống cấp bách nhằm đảm bảo tính liên tục của dự án. Đặc biệt, việc tìm kiếm NĐT mới sẽ có sự tham gia của một bên thứ ba – bên cho vay – xuất phát từ một loại quyền đặc biệt đã được thiết lập từ trước, đó là “quyền can thiệp” (step-in right) [5, Điểm a Khoản 4 Điều 52].

Thực tế, quy định về việc cho phép chỉ định NĐT thay thế khi hợp đồng PPP bị chấm dứt trước hạn là một quy định đang tồn tại trong pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới. Thế nhưng, vẫn còn nghi vấn về việc liệu rằng có thực sự hợp lý hay không khi chấp nhận bỏ qua các hình thức lựa chọn NĐT minh bạch khác để quyết định sử dụng hình thức chỉ định NĐT. Đồng thời, liệu rằng khi sử dụng hình thức này, tính minh bạch và hiệu quả - các yếu tố cơ bản của việc lựa chọn NĐT - có được đảm bảo hay không.

Để làm rõ những nghi vấn trên, bài viết sẽ tập trung phân tích và thảo luận ba vấn đề, đó là tính hợp lý, tính minh bạch và tính hiệu quả của việc chỉ định NĐT thay thế khi hợp đồng PPP bị chấm dứt trước thời hạn. Trong quá trình phân tích và thảo luận các vấn đề trên, bài viết sẽ nhấn mạnh vai trò của một chủ thể đặc biệt - bên cho vay - trong việc đảm bảo tính hợp lý, tính minh bạch và tính hiệu quả của việc chỉ định NĐT thay thế.

CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU

Theo Lý thuyết các bên liên quan (*Stakeholder Theory*), trong một mối quan hệ tồn tại nhiều bên liên quan, kỳ vọng và lợi ích của từng bên cần được tính đến để đạt được sự phát triển bền vững^{6,7,8}. Xét trong quan hệ PPP, có rất nhiều bên liên quan mà Nhà nước – chủ thể mang quyền lực công, đóng vai trò trung tâm trong mối quan hệ này – cần phải bảo vệ thông qua công cụ pháp luật. Hai trong số các bên liên quan đó là cộng đồng (những người sử dụng dịch vụ từ dự án) và bên cho vay (chủ thể cấp vốn cho dự án). Lý thuyết trên sẽ được sử dụng để luận giải và đánh giá tính hợp lý của việc chỉ định NĐT thay thế, gắn với việc bảo vệ quyền lợi của hai chủ thể trên.

Cũng theo Lý thuyết phân quyền (*Decentralization Theory*), khi một chủ thể được trao quyền lực quá lớn, khả năng lạm quyền để tư lợi là hoàn toàn có thể⁹.

⁶Lý thuyết các bên liên quan được đề cập lần đầu tiên trong tác phẩm “*Strategic Management: a Stakeholder Approach*” của triết gia người Mỹ Robert Edward Freeman vào năm 1984.

⁷Lý thuyết phân quyền được khai sinh bởi triết gia người Anh John Locke và sau đó được phát triển một cách hoàn chỉnh bởi nhà luật học người Pháp S. Montesquieu.

Trong hoạt động chỉ định NĐT dự án PPP, phía đối tác công (cơ quan có thẩm quyền/ bên mời thầu) được pháp luật trao quyền rất lớn trong việc thiết lập hồ sơ mời thầu, đề xuất NĐT được chỉ định và đánh giá hồ sơ dự thầu của NĐT đó. Đây là điều kiện thuận lợi để phía đối tác công “bắt tay” với NĐT được đề nghị chỉ định, làm sai lệch kết quả lựa chọn NĐT. Điều này đặt ra vấn đề là pháp luật phải thiết kế một mô-đun trong quy trình chỉ định NĐT sao cho mô-đun này có tác dụng kìm chế sự lạm quyền của phía đối tác công. Lý thuyết trên sẽ được sử dụng để luận giải và đánh giá tính minh bạch và hiệu quả của việc chỉ định NĐT thay thế, bằng cách chỉ ra mô-đun có vai trò kìm chế tiêu cực vốn dĩ tồn tại trong hoạt động chỉ định NĐT. Câu hỏi đặt ra khi nghiên cứu chủ đề bài viết đó là “*Quy định về việc chỉ định NĐT thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn có phải là một quy định hợp lý, minh bạch và hiệu quả? Nếu không, giải pháp nào cho vấn đề này?*”. Khảo sát sơ bộ cho thấy, về tính hợp lý, quy định trên được đưa ra là có cơ sở, vì lợi ích của một số bên liên quan trong quan hệ PPP. Riêng về tính minh bạch và hiệu quả, dù việc chỉ định NĐT không thực sự đảm bảo yêu cầu này, nhưng sự can thiệp của bên cho vay có thể là yếu tố mang lại những tác động tích cực. Tuy vậy, cũng cần cân nhắc một số vấn đề để nâng cao hơn nữa tính minh bạch và hiệu quả của việc lựa chọn NĐT.

Để trả lời câu hỏi nghiên cứu và chứng minh giả thuyết nghiên cứu, bài viết đặt ra một số nhiệm vụ. Trước hết, giải thích lý do pháp luật PPP cho phép chỉ định NĐT thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn, từ đó đánh giá tính hợp lý của quy định trên. Sau đó, lần lượt nhận định về tính minh bạch, tính hiệu quả của việc chỉ định NĐT thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn, thảo luận và đề xuất quan điểm cá nhân.

Để thực hiện nhiệm vụ nghiên cứu, bài viết sẽ sử dụng chủ yếu hai phương pháp nghiên cứu: (i) phương pháp phân tích, tổng hợp được sử dụng để làm rõ những vấn đề lý luận và pháp lý về vấn đề nghiên cứu; và (ii) phương pháp so sánh được sử dụng để làm rõ sự tương đồng và khác biệt trong vấn đề nghiên cứu giữa pháp luật nước ta so với pháp luật một số quốc gia trên thế giới, làm cơ sở để đưa ra các đề xuất.

KẾT QUẢ NGHIÊN CỨU VÀ THẢO LUẬN

Tìm kiếm NĐT thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn không phải là một vấn đề mới trong pháp luật PPP các nước. Tuy vậy, việc sử dụng hình thức nào để tìm kiếm NĐT lại là một vấn đề tồn tại nhiều quan điểm lập pháp khác nhau. Theo pháp luật của

Nga, việc lựa chọn NĐT thay thế vẫn phải được tiến hành thông qua thủ tục đấu thầu cạnh tranh, tương tự thủ tục lựa chọn NĐT ban đầu. Trong khi đó, pháp luật của Estonia lại cho phép chỉ định NĐT thay thế mà không cần thông qua đấu thầu cạnh tranh¹⁰. Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên Hiệp Quốc (UNCITRAL) cũng từng đề cập đến vấn đề này khi tổng hợp kinh nghiệm lập pháp về PPP của nhiều quốc gia khác nhau¹¹. Theo đó, một số quốc gia trên thế giới cho phép chỉ định NĐT thay thế khi hợp đồng PPP bị chấm dứt sớm, trong khi một số quốc gia khác lại không chấp nhận điều này mà yêu cầu phải áp dụng một thủ tục lựa chọn NĐT thông thường theo quy định chung của pháp luật PPP [11, tr. 193-194].

Không phải ngẫu nhiên mà pháp luật PPP của một số quốc gia lại không chấp nhận việc chỉ định NĐT thay thế. Những lo ngại và cân nhắc của các quốc gia thường liên quan đến ba vấn đề: (i) tính hợp lý của việc chỉ định NĐT (lo ngại việc sử dụng một hình thức lựa chọn NĐT không được ủng hộ sẽ tạo ra sự phản ứng của công chúng); (ii) tính minh bạch của việc chỉ định NĐT (lo ngại rủi ro tham nhũng, tiêu cực tiềm ẩn trong hoạt động này); và (iii) tính hiệu quả của việc chỉ định NĐT (lo ngại năng lực của NĐT mới không đáp ứng yêu cầu thực hiện dự án). Kết quả nghiên cứu của bài viết sẽ lần lượt phân tích và thảo luận ba vấn đề trên.

Tính hợp lý của việc chỉ định nhà đầu tư thay thế

Với bản chất là một hình thức lựa chọn NĐT không được ủng hộ, việc pháp luật PPP của một số quốc gia, trong đó có Việt Nam, cho phép sử dụng hình thức này để tìm kiếm NĐT thay thế hẳn sẽ dựa trên một số lý do nhất định. Nếu lý do đó thực sự thuyết phục, quy định về việc chỉ định NĐT thay thế sẽ được đánh giá là một quy định hợp lý, và ngược lại.

Trước khi phân tích lý do của việc chỉ định NĐT, cần nhìn nhận bối cảnh mà dự án PPP đang đối mặt. Việc chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn là giải pháp cuối cùng và bất đắc dĩ khi không còn sự lựa chọn nào khác, bởi việc chấm dứt hợp đồng với NĐT có thể để lại nhiều hậu quả khó khắc phục [11, tr. 200-201]. Khi hợp đồng PPP chấm dứt, dự án sẽ đứng trước nguy cơ bị gián đoạn việc thực hiện. Điều này có thể trầm trọng hơn đối với những dự án đang trong giai đoạn vận hành, cung cấp dịch vụ công mà dịch vụ đó lại là dịch vụ thiết yếu đối với công chúng – những người sử dụng. Ngoài ra, với đặc thù là loại dự án cần huy động nguồn vốn lớn, khi NĐT thất bại trong việc duy trì dự án, bên cho vay – chủ thể tài trợ vốn cho dự án – sẽ đứng trước nguy cơ không thể thu hồi khoản vốn đó.

Như vậy, khi hợp đồng PPP bị chấm dứt trước hạn, dự án sẽ đối mặt với rất nhiều vấn đề. Bản thân NĐT dự án sẽ là chủ thể bị thiệt hại lớn nhất, nhưng cùng với đó là thiệt hại của những chủ thể khác, trong đó có người sử dụng dịch vụ và bên cho vay. Theo Lý thuyết các bên liên quan (*Stakeholder Theory*), Nhà nước – với tư cách là chủ thể mang quyền lực công, có trách nhiệm bảo vệ các chủ thể khác trong quan hệ PPP – sẽ phải tính biện pháp để ngăn chặn tối đa thiệt hại cho các chủ thể này. Và quy định của pháp luật PPP về việc chỉ định NĐT thay thế chính là biện pháp để Nhà nước thực hiện điều đó.

Có thể phân tích ngắn gọn hai lý do dẫn đến sự tồn tại của quy định về việc chỉ định NĐT thay thế như sau: *Lý do thứ nhất*, cần nhanh chóng tìm kiếm NĐT thay thế để đảm bảo tính liên tục của dịch vụ vì lợi ích của người sử dụng.

Tính liên tục của dịch vụ công là một trong những yêu cầu đặt ra khi triển khai thực hiện hợp đồng PPP và cũng là một tiêu chí để đánh giá chất lượng dịch vụ [5, Điểm e Khoản 1 Điều 47] [11, tr. 191]. Thật vậy, mục tiêu của dự án PPP không chỉ là để giải quyết vấn đề thiếu hụt ngân sách nhà nước, mà quan trọng hơn chính là cung cấp dịch vụ chất lượng đến người dùng. Nếu đứng ở góc độ của người sử dụng, chất lượng dịch vụ được đo lường bằng sự hài lòng của họ. Và tất nhiên, không thể có sự hài lòng nếu dịch vụ bị gián đoạn, gây bất tiện trong quá trình sử dụng. Tiêu chí này sẽ càng quan trọng hơn đối với những dịch vụ mà người dùng không thể sử dụng được nếu thiếu sự vận hành của NĐT, chẳng hạn dịch vụ xử lý chất thải, vệ sinh môi trường, điện, nước.

Xuất phát từ vai trò quan trọng như trên, pháp luật các quốc gia thường cho phép sử dụng hình thức chỉ định NĐT để giải quyết tình trạng cấp bách trong việc tìm kiếm NĐT thay thế khi hợp đồng PPP bị chấm dứt trước hạn với NĐT cũ. Trong Hướng dẫn lập pháp về PPP của mình, UNCITRAL cũng đề cập đến vấn đề này và cho rằng các quốc gia có thể cân nhắc (dù không thực sự khuyến khích) sử dụng một hình thức lựa chọn NĐT đơn giản, nhanh chóng để tránh gián đoạn dịch vụ công [11, tr. 193-194]. Và nếu so sánh giữa các hình thức lựa chọn NĐT đang tồn tại trong pháp luật PPP hiện hành, không một hình thức nào có quy trình đơn giản và được thực hiện nhanh chóng hơn so với hình thức chỉ định NĐT.

Lý do thứ hai, tạo điều kiện để bên cho vay thực hiện quyền can thiệp vì lợi ích của bên cho vay.

Quyền can thiệp của bên cho vay (*step-in right*), hiểu một cách ngắn gọn, là quyền của bên cho vay được chỉ định một NĐT khác (người được bên cho vay đánh giá đủ năng lực tiếp nhận dự án) để thay thế cho

NĐT cũ khi hợp đồng PPP bị chấm dứt trước hạn⁸ [5, Khoản 2, 3 Điều 53]. Sở dĩ quyền này được pháp luật PPP ghi nhận là vì rủi ro mà bên cho vay phải đối mặt khi tài trợ vốn cho dự án PPP. Nếu dự án thất bại và phải chấm dứt sớm, khoản tiền mà bên cho vay đã giải ngân cho NĐT sẽ không thể thu hồi, xuất phát từ chế độ trách nhiệm hữu hạn của doanh nghiệp dự án. Đặc biệt, trong dự án PPP, các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự không phải là công cụ bảo vệ bên cho vay như trong các giao dịch khác. Bởi lẽ, tài sản vật chất của dự án thường không có giá trị hoặc rất khó thanh lý, mà doanh thu dự án mới chính là tài sản có giá trị nhất. Chính vì vậy, quyền can thiệp (thông qua việc chỉ định NĐT thay thế) được xem là công cụ “vừa phòng thủ, vừa tấn công”, tạo sự an tâm đối với bên cho vay khi tài trợ cho dự án PPP¹⁰.

Như vậy, theo tinh thần của pháp luật PPP, việc cho phép sử dụng hình thức chỉ định NĐT – một hình thức không được ủng hộ - xuất phát từ tình trạng cấp bách phải tìm kiếm ngay NĐT thay thế cũng như tạo điều kiện để bên cho vay chỉ định NĐT khác tiếp nhận dự án sao cho có lợi nhất cho họ.

Về phần mình, tác giả không phủ nhận tính hợp lý của quy định trên. Tuy nhiên, tác giả cho rằng pháp luật PPP cần có sự phân biệt đối với từng trường hợp lựa chọn NĐT thay thế. Bởi lẽ, không phải trường hợp nào việc lựa chọn NĐT thay thế cũng mang tính cấp thiết; và không hẳn việc tiến hành lựa chọn NĐT theo thủ tục đấu thầu cạnh tranh sẽ bất lợi đối với bên cho vay. Những phân tích tiếp theo của tác giả sẽ làm rõ quan điểm trên.

Thứ nhất, về tính cấp thiết của việc lựa chọn NĐT thay thế.

Mặc dù việc chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn có thể gây gián đoạn dịch vụ công, nhưng thiết nghĩ điều này không nên được áp đặt cho tất cả trường hợp. Bởi lẽ, trên thực tế, có những dịch vụ vẫn có thể được sử dụng trong một khoảng thời gian mà không cần sự vận hành của NĐT, chẳng hạn dịch vụ sử dụng đường bộ. Hoặc, với những dự án không đòi hỏi yếu tố công nghệ, phía đối tác công/ bên cho vay có thể tạm thời tiếp nhận công trình để đảm bảo tính liên tục của dịch vụ trong khoảng thời gian tìm kiếm NĐT thay thế.

Vậy nên, tác giả cho rằng pháp luật PPP cần cân nhắc thêm về vai trò của NĐT trong việc vận hành công trình và cung cấp dịch vụ công, từ đó cân nhắc tính cấp thiết của việc phải chỉ định ngay NĐT thay thế. Nếu dịch vụ công chỉ có thể sử dụng được nếu có sự

vận hành của NĐT thì bắt buộc phải chỉ định NĐT thay thế trong thời gian sớm nhất. Ngược lại, nếu dịch vụ công vẫn có thể được sử dụng mà không cần sự vận hành của NĐT (tức NĐT chỉ tổ chức thu phí) hoặc cơ quan ký kết hợp đồng/ bên cho vay có thể tạm thời tiếp nhận công trình để vận hành trong một khoảng thời gian ngắn mà không ảnh hưởng quá lớn đến chất lượng dịch vụ, thì vẫn có thể cân nhắc áp dụng hình thức đấu thầu rộng rãi để lựa chọn NĐT tốt nhất cho dự án. Đặc biệt, nếu dự án bị chấm dứt trong giai đoạn công trình dự án chưa hoàn thành, việc tổ chức đấu thầu rộng rãi lại càng cần thiết nhằm đảm bảo lựa chọn được NĐT có khả năng hoàn thành công trình với chất lượng tốt nhất.

Thứ hai, về việc đảm bảo quyền lợi của bên cho vay. Như đã trình bày, việc pháp luật PPP cho phép chỉ định NĐT là nhằm tạo điều kiện để bên cho vay chỉ định ngay một NĐT mà họ cho là phù hợp để tiếp nhận dự án. Tuy nhiên, trên thực tế, điều này có thể trở thành một trong những thách thức đối với bên cho vay. Một nghiên cứu đã chỉ ra rằng, bên cho vay có thể không đủ năng lực và kinh nghiệm để có thể tự mình tiếp nhận dự án hoặc tìm kiếm ngay một NĐT đủ năng lực để tiếp nhận dự án. Thậm chí, ngay cả khi bên cho vay tìm được NĐT phù hợp, vẫn có khả năng NĐT đó không đạt được thỏa thuận với phía đối tác công khi đàm phán hợp đồng PPP mới¹⁰.

Thách thức trên có thể được giải quyết thông qua việc tổ chức đấu thầu rộng rãi với sự tham gia của nhiều NĐT. Khi đó, một mặt, bên cho vay có cơ hội tìm kiếm NĐT phù hợp tiếp nhận dự án. Mặt khác, họ có cơ hội thỏa thuận với cả NĐT trúng thầu và NĐT xếp hạng tiếp theo. Với NĐT trúng thầu, họ sẽ thỏa thuận điều kiện tiếp nhận dự án cũng như tiếp nhận nghĩa vụ thanh toán khoản vay. Riêng với NĐT xếp hạng tiếp theo, họ có thể thỏa thuận điều kiện để NĐT này tham gia dự án (với tư cách là NĐT được bên cho vay để cử) nếu NĐT trúng thầu không đạt được thỏa thuận với phía đối tác công; hoặc nếu NĐT trúng thầu lại tiếp tục thất bại sau khi tiếp nhận dự án. Khi đạt được càng nhiều thỏa thuận với nhiều NĐT, khả năng cao khoản vay sẽ được hoàn trả liên tục¹⁰.

Tóm lại, tác giả không phủ nhận tính hợp lý của quy định về việc chỉ định NĐT thay thế khi hợp đồng PPP chấm dứt trước hạn. Tuy vậy, với bản chất là một hình thức lựa chọn NĐT không được ủng hộ, thiết nghĩ pháp luật PPP cần hạn chế đến mức thấp nhất việc sử dụng hình thức này. Để xuất được tác giả đưa ra đó là chúng ta nên tính đến đặc thù của từng dự án và vai trò của NĐT trong việc vận hành dự án để có lựa chọn phù hợp. Việc sử dụng hình thức đấu thầu rộng rãi bao giờ cũng tạo được hiệu ứng tích cực trong cộng đồng, và thậm chí trong một số trường hợp còn có thể

⁸Cũng cần nhấn mạnh rằng mặc dù quyền can thiệp của bên cho vay được pháp luật quy định, nhưng đây không phải là quyền đương nhiên của bên cho vay. Nói cách khác, quyền này chỉ phát sinh khi các bên (cơ quan có thẩm quyền, NĐT và bên cho vay) có thỏa thuận điều này trong hợp đồng PPP/ văn bản liên quan khác.

tao điều kiện thuận lợi hơn để bên cho vay tìm kiếm được NĐT thích hợp.

Tính minh bạch của việc lựa chọn nhà đầu tư thay thế

Tính minh bạch luôn là vấn đề được công chúng quan tâm khi dự án PPP được chỉ định NĐT. Bởi so với các hình thức lựa chọn NĐT khác, công chúng mặc nhiên cho rằng việc chỉ định NĐT luôn có sự “mập mờ” và điều đó sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi của họ¹². Điều này đã trở thành “định kiến” được hình thành từ rất nhiều vụ việc tiêu cực trong thực tiễn chỉ định NĐT. Với định kiến đó, bất kể việc chỉ định NĐT vì lý do gì (kể cả do tình thế cấp thiết, vì lợi ích của người sử dụng dịch vụ và bên cho vay) thì nghi vấn về tính minh bạch vẫn được đặt ra.

Dẫn Sách xanh về PPP (the PPP Green Paper) của Ủy ban Châu Âu, khi đề cập đến vấn đề trao quyền chỉ định NĐT cho bên cho vay, Ủy ban này đặt ra câu hỏi liệu rằng có hay không sự cạnh tranh khi mà pháp luật trao quyền cho bên cho vay được chỉ định NĐT mới để thay thế NĐT đã thất bại trước đó; và một khi đã không có sự cạnh tranh thì liệu rằng tính minh bạch có được đáp ứng¹³. Bên cạnh đó, một nghiên cứu khác về mua sắm khẩn cấp cũng chỉ ra rằng, tham nhũng là rủi ro rất lớn khi mua sắm khẩn cấp bằng hình thức chỉ định NĐT. Bởi lẽ, khi việc tìm kiếm NĐT được thực hiện một cách vội vã, sự tồn tại của những lợi ích có được từ việc chỉ định NĐT cộng với quyền lực quá lớn được trao cho người có thẩm quyền chỉ định NĐT là những yếu tố thúc đẩy người có thẩm quyền thực hiện hành vi tham nhũng¹⁴.

Mặc dù việc tồn tại rủi ro tiêu cực trong chỉ định NĐT là có thật, nhưng đối với trường hợp chỉ định NĐT thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn, rủi ro trên có thể được hạn chế bởi sự tham gia của một chủ thể - bên cho vay. Chủ thể này sẽ đóng vai trò như một mô-đun kiểm soát sự lạm quyền của phía đối tác công cũng như những tiêu cực giữa phía đối tác công với NĐT được chỉ định. Và động lực để bên cho vay thực hiện điều này chính là vì lợi ích của bản thân họ. Cơ chế này tương tự cơ chế kiểm soát quyền lực đã được đề cập trong Lý thuyết phân quyền (*Decentralization Theory*).

Cụ thể, theo pháp luật PPP, việc chỉ định NĐT thay thế sẽ được thực hiện dựa trên sự phối hợp của hai bên, cơ quan ký kết hợp đồng và bên cho vay. Theo đó, cả hai bên sẽ cùng xác định yêu cầu về năng lực, kinh nghiệm, tư cách hợp lệ của NĐT được đề nghị chỉ định; cùng tiến hành đánh giá các yêu cầu trên để đề nghị cấp có thẩm quyền phê duyệt kết quả chỉ định NĐT [15, Điều 67, 68]. Khi đó, cơ quan ký kết hợp

đồng (phía đối tác công) sẽ không được trao quyền lực quá lớn trong việc chỉ định NĐT (một trong những yếu tố giúp sức cho tham nhũng) và do đó sẽ khó có cơ hội “bắt tay” với NĐT được chỉ định. Ngoài ra, bên cho vay – chủ thể đang đối mặt với nguy cơ không thu hồi được khoản vay – chắc chắn sẽ không thể chấp nhận việc chỉ định một NĐT yếu kém tiếp tục thực hiện dự án để khoản nợ của mình một lần nữa đối mặt rủi ro.

Như vậy, về mặt cơ chế, có thể phần nào yên tâm về tính minh bạch của việc chỉ định NĐT thay thế. Rủi ro tiêu cực, tham nhũng có thể được kiểm soát, bởi NĐT thay thế là chủ thể được bên cho vay lựa chọn và vì lợi ích của bên cho vay. Tuy vậy, nếu nhìn nhận một cách khắt khe, nghi vấn về tính minh bạch trong việc chỉ định NĐT được đặt ra trong Sách xanh về PPP của Ủy ban Châu Âu cũng không hẳn là không có cơ sở. Bởi lẽ, có một điều không thể phủ nhận rằng hình thức lựa chọn NĐT mà trong đó tồn tại yếu tố cạnh tranh thì bao giờ cũng tạo sự an tâm về tính minh bạch hơn so với hình thức lựa chọn NĐT không tồn tại yếu tố này.

Về phần mình, tác giả cho rằng vấn đề minh bạch trong việc chỉ định NĐT thay thế không phải là một vấn đề đáng lo ngại. Hơn nữa, đây cũng là một quy định mới của Luật PPP 2020 và thực tiễn triển khai dự án PPP ở nước ta chưa ghi nhận trường hợp hợp đồng PPP chấm dứt trước hạn mà buộc phải chỉ định NĐT thay thế¹⁶. Do vậy, cần một khoảng thời gian để có thể đánh giá tác động của quy định trên trước khi đưa ra những nhận định chính xác. Tuy nhiên, như đã trình bày ở mục trước đó, quan điểm xuyên suốt của tác giả là chúng ta chỉ nên chỉ định NĐT trong những trường hợp thực sự cấp bách mà vai trò của NĐT là không thể thiếu trong việc vận hành công trình, cung cấp dịch vụ công. Đối với những trường hợp còn lại, việc sử dụng một hình thức lựa chọn NĐT có tính cạnh tranh hơn vẫn là một giải pháp tối ưu để đảm bảo tính minh bạch và tạo được niềm tin trong công chúng.

Tóm lại, tính minh bạch là yêu cầu cơ bản cần đảm bảo trong việc lựa chọn NĐT. Với việc chỉ định NĐT thay thế, mặc dù sự tham gia của bên cho vay có thể là yếu tố giúp hạn chế rủi ro tiêu cực, nhưng việc xem xét những trường hợp thật sự cấp thiết để quyết định chỉ định NĐT vẫn là điều mà các nhà làm luật cần cần nhắc để tuân thủ tuyệt đối tính minh bạch trong lựa chọn NĐT.

¹⁶Hiện tại, một số dự án BOT ở nước ta đang đối mặt nguy cơ thất bại do phương án tài chính dự án bị phá vỡ. Một trong số đó là dự án BOT mở rộng quốc lộ 14 do Công ty cổ phần BOT Quang Đức làm doanh nghiệp dự án. Đây được xem là một dự án khá “tai tiếng” và từng bị đề nghị chấm dứt hợp đồng. Tuy vậy, vấn đề chấm dứt hợp đồng trước hạn vẫn đang được Bộ Giao thông Vận tải cân nhắc và chưa đưa ra quyết định.

Tính hiệu quả của việc chỉ định nhà đầu tư thay thế

Tính hiệu quả cũng là một vấn đề đáng lo ngại trong hoạt động chỉ định NĐT nói chung, xuất phát từ việc thiếu yếu tố cạnh tranh. Khi không tồn tại yếu tố này, khó có cơ sở để công chúng tin rằng NĐT được chỉ định là NĐT tốt nhất (hoặc ít nhất là đủ năng lực) thực hiện dự án. Bên cạnh đó, xét ở góc độ lợi ích của người sử dụng dịch vụ, việc tồn tại yếu tố cạnh tranh sẽ có lợi hơn cho họ, bởi nó sẽ thúc đẩy NĐT đưa ra những cam kết hấp dẫn hơn về chất lượng dịch vụ cũng như giá dịch vụ¹.

Riêng đối với hoạt động chỉ định NĐT thay thế, tính hiệu quả của hoạt động này có thể được cải thiện phần nào nhờ sự tham gia của bên cho vay. Thật vậy, bên cho vay - chủ thể đang phải đối mặt với rủi ro từ sự thất bại của dự án - luôn mong muốn tìm được NĐT có khả năng vận hành tốt nhất công trình dự án. Đặc biệt, điều này càng trở nên quan trọng hơn khi doanh thu dự án chính là tài sản bảo đảm giá trị nhất, chứ không phải tài sản vật chất của dự án.

Dù vai trò của bên cho vay đã được khẳng định, nhưng một số nghiên cứu lại bày tỏ sự lo ngại về việc bên cho vay có thể quá chú trọng vào tiêu chí “khả năng thu hồi nợ” của mình mà bỏ qua tiêu chí “lợi ích công cộng”. Nói cách khác, tiêu chí chính mà bên cho vay sử dụng để tìm kiếm NĐT thay thế có thể sẽ là khả năng tài chính của NĐT hoặc cam kết hấp dẫn của NĐT về việc trả nợ, thay vì năng lực chuyên môn của NĐT. Khi đó, chất lượng dịch vụ được cung cấp đến công chúng có thể không đáp ứng kỳ vọng, thậm chí giá dịch vụ còn bị đẩy lên cao hơn so với ban đầu. Nếu điều này xảy ra, mục tiêu mà bên cho vay và NĐT mới có thể đạt được, nhưng công chúng lại là người phải gánh chịu hậu quả.

Để giải quyết tình trạng trên, pháp luật một số quốc gia, chẳng hạn Estonia, ràng buộc một số điều kiện khi chỉ định NĐT thay thế. Theo đó, NĐT được chỉ định phải đáp ứng yêu cầu của hồ sơ mời thầu, có đủ năng lực tài chính và kỹ thuật để thực hiện dự án¹⁰. Đây cũng là hướng quy định của pháp luật PPP nước ta. Theo đó, trước khi chỉ định NĐT, cơ quan ký kết hợp đồng và bên cho vay phải cùng phối hợp xác định yêu cầu về năng lực, kinh nghiệm của NĐT để làm căn cứ đánh giá năng lực của NĐT được đề nghị chỉ định. Cùng với đó, dự thảo hợp đồng PPP cũng phải được xây dựng để làm cơ sở đàm phán với NĐT sau khi NĐT đã được xác định là đáp ứng yêu cầu về năng lực [15, Khoản 1 Điều 67]. Như vậy, có thể nhận thấy rằng pháp luật PPP đã có sự dự liệu và đã đưa ra hướng giải quyết đối với lo ngại liên quan đến năng lực của NĐT được chỉ định. Tuy vậy, đây thực chất vẫn là một quy

định rất khái quát, và hiệu quả thực tế còn phụ thuộc vào cách thức mà các bên triển khai hoạt động này.

Về phần mình, tác giả vẫn giữ quan điểm rằng đấu thầu rộng rãi là hình thức lựa chọn NĐT nên được ưu tiên sử dụng trong những tình huống mà việc lựa chọn NĐT thay thế không quá cấp thiết. Tuy vậy, nếu bắt buộc phải sử dụng hình thức chỉ định NĐT, một khuyến nghị được gợi mở bởi UNCITRAL có thể được pháp luật PPP cân nhắc. Cụ thể, UNCITRAL cho rằng các quốc gia cần tiến hành đàm phán với một số lượng tối thiểu NĐT tiềm năng trước khi đưa ra quyết định chỉ định NĐT. Số lượng NĐT tối thiểu cần đàm phán có thể là 03 NĐT hoặc nhỏ hơn trong một số trường hợp đặc biệt, chẳng hạn khi số lượng NĐT tiềm năng tối thiểu không có sẵn. Việc đàm phán này nên được công bố trên các ấn phẩm liên quan đến đấu thầu dự án PPP và trước một khoảng thời gian đủ để các NĐT tiềm năng có thể nghiên cứu dự án và có sự chuẩn bị tốt [11, tr. 119-120].

Nếu khuyến nghị trên của UNCITRAL được cân nhắc, pháp luật PPP có thể ràng buộc cơ quan ký kết hợp đồng và bên cho vay phải tiến hành đàm phán với một số lượng tối thiểu NĐT tiềm năng trước khi chỉ định NĐT. Khi đó, dù việc tìm kiếm NĐT thay thế cần được thực hiện trong khoảng thời gian ngắn, nhưng cơ quan ký kết hợp đồng cũng cần khảo sát các NĐT đang hoạt động trong lĩnh vực đầu tư dự án, lựa chọn những NĐT tiềm năng, gửi hồ sơ mời quan tâm đến những NĐT đó và đăng thông báo công khai trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia để các NĐT khác gửi đề xuất nếu có quan tâm. Sau khi xem xét các đề xuất, so sánh các tiêu chí về kỹ thuật, tài chính, cơ quan ký kết hợp đồng sẽ phối hợp với bên cho vay để lựa chọn NĐT tốt nhất cho dự án và đề nghị cấp có thẩm quyền phê duyệt.

Tóm lại, sự tham gia của bên cho vay là yếu tố thúc đẩy hiệu quả của việc chỉ định NĐT thay thế, thông qua việc cố gắng tìm kiếm NĐT đủ năng lực để đảm bảo khả năng thu hồi nợ. Thế nhưng, điều này cũng không thể chắc chắn rằng NĐT được chỉ định là NĐT tốt nhất cho dự án, xuất phát từ đặc thù của hình thức chỉ định NĐT là thiếu yếu tố cạnh tranh và mục tiêu mà bên cho vay theo đuổi là khả năng tài chính của NĐT được chỉ định. Do vậy, bên cạnh việc cân nhắc các trường hợp cần thiết phải chỉ định NĐT, pháp luật PPP cũng cần có sự can thiệp để tối đa hóa hiệu quả của hoạt động này. Và khuyến nghị của UNCITRAL về việc đàm phán với số lượng NĐT tối thiểu có thể là một sự gợi mở.

KẾT LUẬN

Chỉ định NĐT là hình thức lựa chọn NĐT được quy định từ lâu trong pháp luật đấu thầu, nhưng trường

hợp chỉ định NĐT thay thế khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn lại là một quy định mới của Luật PPP 2020. Quy định này được đưa ra nhằm giải quyết tính cấp thiết của việc lựa chọn NĐT vì lợi ích của người sử dụng dịch vụ; song song đó là tạo điều kiện để bên cho vay thực hiện quyền can thiệp (step-in right) như một điều khoản của hợp đồng vay và cả hợp đồng PPP. Tác giả nhìn nhận rằng sự xuất hiện của bên cho vay trong quy trình chỉ định NĐT thay thế có một ý nghĩa quan trọng giúp hạn chế những vấn đề tiêu cực vốn dĩ tồn tại trong hoạt động chỉ định NĐT. Tuy vậy, pháp luật PPP cũng nên cân nhắc thêm một số khuyến nghị để nâng cao hơn nữa tính minh bạch và hiệu quả của việc tìm kiếm NĐT thay thế, củng cố niềm tin của công chúng và NĐT vào mô hình PPP. Theo đó, quy định tại Điểm b Khoản 1 Điều 39 Luật PPP 2020 về trường hợp chỉ định NĐT thay thế cần được cân nhắc bổ sung thêm điều kiện áp dụng. Đó là, chỉ cho phép chỉ định NĐT trong những trường hợp dự án PPP chấm dứt trước hạn mà không thể thiếu sự vận hành của NĐT; đồng thời ràng buộc các bên liên quan phải đàm phán với một số lượng tối thiểu NĐT tiềm năng trong lĩnh vực đầu tư dự án để có sự so sánh và đưa ra lựa chọn tốt nhất có thể. Trong phạm vi hẹp của bài viết, tác giả chỉ tập trung làm rõ cơ sở lý luận và pháp lý của việc chỉ định NĐT thay thế khi hợp đồng PPP bị chấm dứt trước hạn, cũng như đề xuất một số quan điểm cá nhân nhằm tăng cường tính minh bạch và hiệu quả của hoạt động này. Tuy nhiên, cũng cần nhấn mạnh rằng đây không phải là giải pháp duy nhất mà sẽ cần rất nhiều giải pháp đồng bộ, đặc biệt là sự giám sát chặt chẽ lẫn nhau giữa các bên liên quan và hệ thống chế tài nghiêm khắc áp dụng với chủ thể vi phạm quy định về lựa chọn NĐT dự án PPP.

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

NĐT: nhà đầu tư

Luật PPP 2020: Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020

XUNG ĐỘT LỢI ÍCH

Tác giả xin cam đoan rằng không có bất kỳ xung đột lợi ích nào trong công bố bài báo.

ĐÓNG GÓP CỦA CÁC TÁC GIẢ

Toàn bộ nội dung bài viết chỉ do tác giả thực hiện.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Tadelis S, Bajari P. Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement. [Online]. 2006 [cited 2021 July 19]. [19 screens]; Available from: <http://faculty.washington.edu/bajari/published/incentive.pdf>.
2. Báo Kiểm toán nhà nước. Minh bạch lựa chọn nhà thầu dự án PPP để ngăn thất thoát, lãng phí. [Online]. 2020 [cited 2021 July 30]; Available from: <http://baokiemtoannhanuoc.vn/van-de-hom-nay/minh-bach-lua-chon-nha-thau-du-an-ppp-de-ngan-that-thoat-lang-phi-143910>.
3. Thông báo số 2222/TB-TTCT ngày 01/9/2017 của Thanh tra Chính phủ kết luận thanh tra việc chấp hành quy định pháp luật trong việc thực hiện một số dự án đầu tư theo hình thức BT, BOT trong lĩnh vực giao thông, môi trường tại Bộ Giao thông Vận tải;.
4. Hào VT. Chủ nghĩa thân hữu đằng sau hợp đồng PPP. Tạp chí Kinh tế Sài Gòn Online. [Online]. 2016 [cited 2021 July 20]; Available from: <https://www.thesaigontimes.vn/148551/Chu-nghia-than-huu-dang-sau-hop-dong-PPP.html>.
5. Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020;.
6. Nghị định 25/2020/NĐ-CP ngày 28/02/2020 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đầu tư về lựa chọn nhà đầu tư;.
7. Freeman RE. Strategic Management: A Stakeholder Approach. Boston (Massachusetts). Pitman Publishing; 1984;.
8. Donaldson T, Preston LE. The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications. Academy of Management Review 1995 20(1):65-91; Available from: <https://doi.org/10.5465/amr.1995.9503271992>.
9. Lục PT. Ý nghĩa của lý thuyết phân quyền trong quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam. Tạp chí Nghiên cứu lập pháp 2008 (11):18-23;.
10. Madykov M. Step-In Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions. DePaul Business & Commercial Law Journal 2015 13(2):273-300;.
11. UNCITRAL. Legislative Guide on Public - Private Partnerships. Vienna (Austria). Publishing and Library Section (United Nations); 2020;.
12. Bovis C. The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public Private Partnerships Regulations. European Public Private Partnership Law Review 2008 3(1):17-35; Available from: <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2008/1/35>.
13. Burnett M. PPP during the Contract Execution Phase - A Need for Greater Certainty in Community Law. European Public Private Partnership Law Review 2008 3(2): 51-57; Available from: <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2008/2/27>.
14. Jessica Schultz & Tina Søreide. Corruption in emergency procurement. Disasters 2008 32(4):516-536; PMID: 18435769. Available from: <https://doi.org/10.1111/j.1467-7717.2008.01053.x>.
15. Nghị định 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư;.
16. Báo Nhân dân. Chung quanh các dự án BOT giao thông. [Online]. 2015 [cited 2021 June 09]; Available from: <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-kinh-te/chung-quanh-cac-du-an-bot-giao-thong-tiep-theo-va-het-243425/>.