

## TỔNG QUAN VỀ HỢP ĐỒNG HỢP TÁC CÔNG TƯ PPP<sup>1</sup>

Hợp đồng PPP (public private partnership) là thỏa thuận hợp tác giữa Nhà nước và khu vực tư nhân trong đầu tư phát triển cơ sở hạ tầng và cung cấp các dịch vụ công, theo đó một phần hoặc toàn bộ công việc sẽ được chuyển giao cho khu vực tư nhân thực hiện với sự hỗ trợ của Nhà nước.

Hợp đồng PPP không phải là khái niệm mới, nhưng vẫn chưa có một định nghĩa khái luận đầy đủ, chính xác và rõ ràng về bản chất hợp đồng PPP, bởi lẽ trên thực tế, mô hình, phương thức và các nội dung của hợp tác công – tư được xây dựng và tiếp cận theo những phạm vi và cách thức khác nhau, tùy thuộc vào các yếu tố về lịch sử, văn hóa, chính sách, luật pháp, và mức độ phát triển của từng quốc gia.

Theo cách hiểu truyền thống, Hợp đồng PPP (public private partnership) là thỏa thuận hợp tác giữa Nhà nước và khu vực tư nhân trong đầu tư phát triển cơ sở hạ tầng và cung cấp các dịch vụ công, theo đó một phần hoặc toàn bộ công việc sẽ được chuyển giao cho khu vực tư nhân thực hiện với sự hỗ trợ của Nhà nước.

Cũng có thể hiểu Hợp đồng hợp tác công – tư là một khái niệm chung đề cập toàn bộ các yếu tố khác biệt và cách tiếp cận khác nhau về hợp tác giữa Nhà nước và khu vực tư nhân, hoặc có thể chỉ đề cập đến một phương thức hoặc một hình thức hợp tác cụ thể giữa nhà nước và khu vực tư nhân. Điều này có thể được tham khảo qua các chính sách hợp tác công – tư của Australia (public private partnership - PPP), Luật về thúc đẩy sáng kiến tài chính tư nhân của Nhật Bản (private finance inital - PFI), Luật về tham gia của tư nhân trong phát triển cơ sở hạ tầng của Hàn

---

<sup>1</sup> Bài viết của Cục Đầu tư nước ngoài- Bộ Kế hoạch và Đầu tư

Quốc (private participation in infrastructure - PPI), hoặc quy định về đầu tư theo hình thức xây dựng – kinh doanh – chuyển giao của Việt Nam (BOT).

Ở bình diện chung nhất khái niệm hợp đồng PPP là phạm trù rộng và được hiểu rất linh hoạt tùy theo cách tiếp cận hợp đồng và những hoàn cảnh áp dụng cụ thể, một hướng xây dựng định nghĩa hợp đồng BOT trên cơ sở bao quát các khía cạnh pháp lý, tài chính chủ yếu của hợp đồng như quá trình đầu tư, chủ thể, tính cấp quyền, tính chất tài chính và mối quan hệ giữa các bên tham gia hợp đồng.

#### - *Cơ sở hình thành thỏa thuận PPP*

Hợp đồng BOT trong nhiều năm gần đây đã được sử dụng và đóng vai trò quan trọng trong phát triển cơ sở hạ tầng, các cơ sở sản xuất công nghiệp, nông nghiệp ở các nước nhất là các nước đang phát triển. Bởi vì, một mặt việc phát triển cơ sở hạ tầng được coi là điều kiện tiên quyết cho phát triển kinh tế. Mặt khác, nguồn vốn của nhà nước để đầu tư vào những lĩnh vực khác nhau của cơ sở hạ tầng còn rất hạn hẹp, chưa thể đáp ứng đủ và càng chưa thể đáp ứng tốt nhu cầu.

Cơ sở hình thành các thỏa thuận PPP xuất phát từ việc đầu tư các dự án/công trình kết cấu hạ tầng và/hoặc cung cấp dịch vụ công nhằm phục vụ nhu cầu thiết yếu của đời sống xã hội, như xây dựng và vận hành hệ thống đường bộ, cấp điện, cấp nước ... Những dự án, dịch vụ này đòi hỏi đầu tư lớn nhưng khó sinh lời nên thường do nhà nước đứng ra thực hiện. Tuy nhiên, có một thực tế là 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 thu xếp nguồn lực hữu hạn của nhà nước mà ngay cả các quốc gia phát triển cũng phải đối mặt với tình huống này. Chính vì vậy mà một trong những giải pháp để khắc phục tình trạng này là thu hút các nguồn lực đầu tư vào các dự án, dịch vụ công thông qua đối tác nhà nước – tư nhân (PPP).

#### ➤ *Đặc điểm của thỏa thuận PPP*

Thông thường PPP là một cam kết hợp tác lâu dài (khoảng 10-50 năm) trong đó quyền lợi và trách nhiệm của các bên được phân bổ tương ứng với phần tham gia của mỗi bên. Điểm nhấn trong phương thức này là thu hút sự tham gia đầu tư của khu vực tư nhân trong các dự án vốn được coi là ít có khả năng sinh lời, do vậy cần có sự tham gia, sự cam kết của nhà nước để dự án trở thành khả thi (Viability Gap).

Bên cạnh đó, cơ chế PPP tạo ra cơ chế năng động trong việc phân công hợp lý giữa các bên trong hợp đồng dự án PPP (khu vực công và khu vực tư): bên nào có khả năng làm tốt hơn một công việc cụ thể sẽ được phân giao thực hiện phần việc đó, đồng thời được hưởng các quyền lợi từ phần việc đó. Nói cách khác, đó là sự tính toán kỹ lưỡng các yếu tố tác động đến suốt vòng đời của dự án, sự phân bổ rủi ro giữa các bên một cách tối ưu nhằm đạt được hiệu quả cao nhất.

PPP khác với tư nhân hóa (trừ một số trường hợp đặc biệt). Tư nhân hóa đồng nghĩa với việc nhà nước thoát vốn (divesture) hay từ bỏ quyền sở hữu, quản lý và chuyển giao các quyền này cho nhà đầu tư tư nhân, đồng thời nhà nước quản lý thông qua luật lệ, quy định chuyên ngành. Trong khi đó, với PPP nhà nước vẫn giữ nguyên quyền quản lý, kiểm soát nhất định, đồng thời có thể đặt ra những chuẩn mực, yêu cầu ràng buộc về cam kết chất lượng và dịch vụ đối với nhà cung cấp tư nhân.

#### ➤ *Bản chất của thỏa thuận PPP*

Để có thể hiểu rõ bản chất hợp đồng PPP trước hết phải đặt chúng trong mối quan hệ với khái niệm PPP nói chung. Theo đó, trên bình diện tổng quát, PPP là một cơ chế pháp lý có thể thích ứng tùy theo tính chất của dự án, loại hình quan hệ đối tác mà dự án đòi hỏi và cũng có thể thích ứng với từng phương thức cung cấp tài chính. Như vậy, PPP có thể áp dụng với nhiều trường hợp thực tiễn khác nhau.

Khi sử dụng cho những dự án về cơ sở hạ tầng - trường hợp thường được sử dụng nhất - PPP được hiểu là phương thức huy động vốn của nhà đầu tư tư nhân để tài trợ, xây dựng và kinh doanh công trình cơ sở hạ tầng thường do nhà nước thực hiện.

Thỏa thuận PPP cũng gắn liền với phát triển cơ sở hạ tầng. Trong dự án PPP, nhà đầu tư tư nhân được đặc quyền xây dựng và kinh doanh công trình cơ sở hạ tầng mà thường do chính phủ thực hiện. Nhà đầu tư tư nhân này cũng có trách nhiệm tài trợ, thiết kế dự án và vào cuối giai đoạn đặc quyền nhà đầu tư sẽ chuyển giao công trình cho nhà nước. Giai đoạn đặc quyền chủ yếu xác định bởi độ dài thời gian cần thiết để doanh thu từ công trình trả hết được nợ của doanh nghiệp và tạo ra được một tỷ suất sinh lời hợp lý cho việc đầu tư và rủi ro mà doanh nghiệp đó phải chịu.

Để thực hiện dự án PPP, đòi hỏi có nhiều hợp đồng được ký kết, song hợp đồng PPP là cơ sở pháp lý quan trọng nhất, là tiền đề cho việc hình thành doanh nghiệp dự án và việc ký kết các hợp đồng liên quan để thực hiện dự án. Hợp đồng PPP là “luật riêng” của mỗi dự án và là tập hợp các thỏa thuận cho phép nhà đầu tư quyền được thực hiện dự án với những cam kết đối với nhà nước trong việc phát triển công trình cơ sở hạ tầng.

Như vậy, ở bình diện chung nhất, PPP được hiểu là một thỏa thuận pháp lý để thực hiện một phương thức đầu tư nhằm huy động nguồn vốn từ khu vực tư nhân để tài trợ và kinh doanh dự án cơ sở hạ tầng vốn thuộc về trách nhiệm của nhà nước, làm giảm gánh nặng bội chi trong ngân sách nhà nước đồng thời tạo ra một cơ chế hữu hiệu trong việc đầu tư của tư nhân phục vụ lợi ích công cộng. Tuy nhiên, thực tiễn pháp lý cho thấy có nhiều cách định nghĩa khác nhau về hợp đồng

PPP tùy theo việc nhìn nhận hợp đồng dưới những khía cạnh khác nhau, cụ thể như sau:

- Dưới góc độ là một quá trình, hợp đồng PPP được hiểu là hình thức pháp lý để nhà đầu tư xây dựng công trình cơ sở hạ tầng và vận hành (kinh doanh) công trình đó trong một thời gian nhất định đủ để nhà đầu tư thu hồi vốn và lãi. Sau thời gian đặc quyền đó, nhà đầu tư chuyển giao không bồi hoàn công trình cho chính phủ. Ở khía cạnh này, hợp đồng PPP luôn đi kèm với một dự án cụ thể. Khi hợp đồng chấm dứt thì cũng có nghĩa dự án đó kết thúc. Chính vì yếu tố này mà người ta thường gọi hợp đồng PPP là hợp đồng dự án. Ưu điểm lớn nhất của khái niệm hợp đồng PPP là nêu bật những cam kết của nhà đầu tư trong việc phát triển công trình cơ sở hạ tầng và việc chuyển giao công trình đó cho nhà nước sau khi hết thời hạn kinh doanh công trình.

- Nhìn nhận khía cạnh chủ thể, hợp đồng PPP được coi là thỏa thuận đầu tư giữa nhà đầu tư và chính phủ (thông qua cơ quan nhà nước có thẩm quyền) trong việc đầu tư xây dựng công trình công cộng vốn dĩ thuộc trách nhiệm của nhà nước. Như vậy, định nghĩa này nêu bật mối quan hệ giữa nhà đầu tư và chính phủ, thể hiện sự kết hợp hài hòa giữa yếu tố “công” và “tư” trong hợp đồng.

- Hợp đồng PPP được định nghĩa là một hợp đồng “nhượng quyền”, theo đó nhà nước có nhu cầu xây dựng cơ sở hạ tầng phục vụ lợi ích công cộng, nhưng không đủ khả năng tài chính và kinh nghiệm để thực hiện các công trình đó nên trao cho một hoặc một nhóm nhà đầu tư, thông qua quy trình chọn thầu, đặc quyền xây dựng, vận hành, quản lý và khai thác thương mại dự án đó trong một thời hạn nhất định đủ để thu hồi vốn và lợi nhuận hợp lý và sau đó chuyển giao công trình không bồi hoàn cho nhà nước.

Mặc dù khái niệm “nhượng quyền” được thừa nhận ở pháp luật của rất nhiều nước song hiện nay vẫn chưa có một cách hiểu thống nhất về phạm vi của việc “nhượng quyền”. Một số đặc điểm chung của nhượng quyền bao gồm: (1) việc nhượng quyền được cấp trên cơ sở thẩm quyền của chính phủ, (2) việc nhượng quyền quy định các quyền của nhà đầu tư để thực hiện một dự án nhất định (chẳng hạn quyền xây dựng, vận hành và kinh doanh một nhà máy điện), (3) việc nhượng quyền trong một chừng mực nào đó có thể bao gồm quyền khai thác độc quyền trong một số lĩnh vực, (4) việc nhượng quyền tạo nên một số bảo đảm pháp lý cho nhà đầu tư trong việc sử dụng quyền được cấp.

- Dưới góc độ tài chính, Clifford Chance - một hãng luật quốc tế có nhiều kinh nghiệm trong lĩnh vực hợp đồng nhượng quyền đã định nghĩa hợp đồng PPP là cách thức tài trợ dự án theo đó bên cho vay đối với dự án PPP chỉ xem xét nguồn thu của dự án như là toàn bộ hoặc phần lớn việc bảo đảm cho các khoản vay mà không dựa trên tài sản của bên đi vay như các hợp đồng tín dụng truyền thống thông thường khác.

Định nghĩa trên dựa trên một đặc điểm tài chính cơ bản của hợp đồng PPP là tính chất “tài trợ dự án”, điểm mấu chốt trong hợp đồng PPP. Khái niệm “tài trợ dự án” vay mượn từ chữ “project finance”, một trào lưu kinh tế mới xuất hiện trong kinh tế học và luật học. Tài trợ dự án được hiểu là việc các nhà đầu tư tư nhân tìm kiếm các khoản vay từ bên cho vay trên cơ sở quyền truy đòi hạn chế (bảo lãnh hạn chế - limited recourse), hay không có quyền truy đòi (không bảo lãnh - none recourse). Quyền truy đòi hạn chế là việc chỉ một phần khoản vay của bên cho vay được bảo đảm bởi một số hình thức cầm cố, thế chấp hoặc bảo lãnh tài sản theo phương thức truyền thống, phần còn lại không được bảo đảm mà được cho vay trên

cơ sở bên cho vay xem xét và thẩm định khả năng tạo doanh thu của dự án. Không có quyền truy đòi là toàn bộ khoản vay của bên cho vay không được bảo đảm bằng bất kỳ hình thức nào như cầm cố, thế chấp hoặc bảo lãnh tài sản. Trong phương thức này bên cho vay hoàn toàn dựa vào các tính toán tài chính đối với nguồn thu dự tính từ việc kinh doanh dự án để hoàn trả khoản vay.

Tính chất tài trợ dự án trong hợp đồng PPP xuất phát từ đối tượng của khái niệm PPP gắn với xây dựng cơ sở hạ tầng. Vốn đầu tư cho các dự án cơ sở hạ tầng thường rất lớn nên ít có nhà đầu tư có đủ tài sản bảo đảm. Mặt khác, tài sản hình thành từ khoản vay là cơ sở hạ tầng, một loại tài sản phục vụ lợi ích công cộng và sẽ được chuyển giao không bồi hoàn cho nhà nước. Do vậy, việc tài trợ cho dự án PPP bởi các bên cho vay thường không phụ thuộc vào giá trị tài sản dùng để bảo lãnh của nhà đầu tư hoặc giá trị tài sản hữu hình của bản thân dự án. Trong tài trợ dự án, việc tài trợ và cung cấp nguồn tài chính cho các khoản vay lớn thường phụ thuộc chủ yếu vào tính hiệu quả và kết quả kinh doanh của chính dự án. Do vậy, các bên cho vay thường xem xét tới nguồn thu của dự án để hoàn trả lại vốn vay thay vì các nguồn bảo đảm khác như tài sản của dự án hay của các nhà tài trợ dự án. Đây là nét đặc trưng của việc đầu tư theo phương thức hợp đồng PPP thể hiện tính phức tạp, tính xã hội và tính đặc thù của hợp đồng PPP.

Có thể nói việc xây dựng một định nghĩa đúng và đầy đủ về hợp đồng PPP là một công việc không hề đơn giản. Có nhiều cách tiếp cận khác nhau về hợp đồng PPP trên các phương diện kinh tế, tài chính, pháp lý và xã hội và mỗi cách tiếp cận lại đưa đến những hệ quả pháp lý khác nhau.

Ở Việt Nam định nghĩa hợp đồng PPP được quy định tại Điều 2 Quy chế thí điểm đầu tư theo hình thức đối tác công - tư ban hành kèm theo Quyết định số 71/2010/QĐ-TTg ngày 09 tháng 11 năm 2010 của Thủ tướng Chính phủ.

Theo đó, Đầu tư theo hình thức đối tác công - tư là việc nhà nước và Nhà đầu tư cùng phối hợp thực hiện Dự án phát triển kết cấu hạ tầng, cung cấp dịch vụ công trên cơ sở Hợp đồng dự án. Hợp đồng dự án là hợp đồng được ký kết giữa Cơ quan nhà nước có thẩm quyền và Nhà đầu tư, trong đó, nhà nước nhượng quyền cho Nhà đầu tư được phép đầu tư, khai thác công trình, cung cấp dịch vụ công trong một thời gian nhất định. Căn cứ tính chất của từng Dự án cụ thể, Hợp đồng dự án quy định cam kết về trách nhiệm, nghĩa vụ và quyền hạn của Nhà đầu tư và Cơ quan nhà nước có thẩm quyền, mối quan hệ giữa nhà nước và Nhà đầu tư.

Với định nghĩa hợp đồng PPP nêu trên, Nhà nước Việt Nam đã nhìn nhận hợp đồng PPP từ khía cạnh là *một quá trình đầu tư của nhà đầu tư (nhấn mạnh tiến trình từ việc nhà đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng đến việc kinh doanh công trình đó và chuyển giao không bồi hoàn cho Nhà nước Việt Nam)* và mối quan hệ chủ thể. Bên cạnh đó, các yếu tố nhượng quyền và tính tài trợ dự án là những thành tố hết sức quan trọng của hợp đồng PPP đã được thừa nhận và là những thành phần buộc phải có trong định nghĩa về hợp đồng PPP.

➤ *5 hình thức hợp tác PPP phổ biến:*

- Nhượng quyền khai thác (Franchise) là hình thức mà theo đó cơ sở hạ tầng được Nhà nước xây dựng và sở hữu nhưng giao (thường là thông qua đấu giá) cho tư nhân vận hành và khai thác;
- Mô hình thiết kế- xây dựng- tài trợ- vận hành DBFO (Design- Build- Finance- Operate), khu vực tư nhân sẽ đứng ra xây dựng, tài trợ và vận hành công trình nhưng nó vẫn thuộc sở hữu Nhà nước;
- Xây dựng- vận hành- chuyển giao BOT (Build- Operate- Transfer) là mô hình mà ở đó công ty thực hiện dự án sẽ đứng ra xây dựng và vận hành công trình trong một thời gian nhất định sau đó chuyển giao toàn bộ cho Nhà nước;

- Mô hình BTO (Xây dựng- chuyển giao- vận hành), quyền sở hữu cơ sở hạ tầng được chuyển giao ngay cho Nhà nước sau khi xây dựng xong, nhưng công ty thực hiện dự án vẫn giữ quyền khai thác công trình;
- Mô hình BOO (Build- Own- Operate): doanh nghiệp thực hiện dự án sẽ đứng ra xây dựng công trình, sở hữu và vận hành nó;
- Mô hình BT (Build- Transfer): doanh nghiệp thực hiện dự án xong thì thực hiện việc chuyển giao lại cho Nhà nước và được Nhà nước giành cho một số ưu đãi nhất định.

Đối tượng tham gia hợp tác luôn gồm một bên là Nhà nước và một bên là các doanh nghiệp, bao gồm cả các doanh nghiệp trong nước và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (FDI). Mô hình hợp tác này thường được thể hiện bằng hình thức Hợp đồng hợp tác.