

NÉT ĐẶC THÙ TRONG TRÌNH TỰ KÍ KẾT HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG, KINH DOANH, CHUYỂN GIAO

NGUYỄN THỊ LÁNG *

Hợp đồng xây dựng, kinh doanh, chuyển giao (BOT) trong nhiều năm gần đây đã đóng vai trò quan trọng trong thu hút vốn đầu tư của khu vực tư nhân cho phát triển cơ sở hạ tầng ở các quốc gia, đặc biệt các nước đang phát triển như Việt Nam. Đây là một hợp đồng có nhiều đặc thù, có tính dài hạn và đòi hỏi nguồn vốn lớn. Do vậy, ngoài các bước cơ bản cho việc hình thành một hợp đồng thông thường, trình tự kí kết hợp đồng BOT có những nét đặc thù, thường phức tạp hơn và là vấn đề quan trọng được các chủ thể kí kết hợp đồng BOT hết sức quan tâm.

Theo Nghị định của Chính phủ số 78/2007/NĐ-CP về đầu tư theo hình thức hợp đồng BOT, BTO và BT (sau đây gọi tắt là Nghị định số 78), để hình thành hợp đồng BOT, bao gồm những bước sau:

* *Lựa chọn nhà đầu tư đàm phán hợp đồng BOT*

Việc kí kết hợp đồng BOT trước hết liên quan đến thủ tục lựa chọn nhà đầu tư tham gia đàm phán hợp đồng BOT. Theo Nghị định số 78, việc lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án theo một trong hai hình thức: Đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư đàm phán hợp đồng BOT hoặc chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng BOT. Nghị định số 78 cũng quy định các điều kiện được phép chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng

BOT và phương án giải quyết trong trường hợp nhà đầu tư đề xuất dự án không thuộc danh mục dự án được công bố.

Nghị định số 78 quy định trừ trường hợp chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng BOT hoặc trường hợp nhà đầu tư đề xuất dự án không thuộc danh mục dự án được công bố, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm phải đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án. Việc chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng BOT chỉ được thực hiện trong điều kiện:

- Cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã tiến hành sơ tuyển nhà đầu tư đàm phán hợp đồng BOT nhưng chỉ có một nhà đầu tư đáp ứng được yêu cầu sơ tuyển;

- Dự án cần được thực hiện để đáp ứng nhu cầu cấp bách về sử dụng công trình kết cấu hạ tầng hoặc để đảm bảo tính liên tục trong việc sử dụng sản phẩm, dịch vụ mà không thể tiến hành đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư đàm phán hợp đồng BOT;

- Các trường hợp khác theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

Quy định trên là bước đi tích cực của Nghị định số 78 so với các quy chế cũ. Quy chế hợp đồng BOT nước ngoài trước đây chỉ quy định

* Nghiên cứu sinh

Trưởng đại học luật thành phố Hồ Chí Minh

chung là thủ tục, thể thức lựa chọn nhà đầu tư nước ngoài kí hợp đồng BOT được thực hiện theo quy định của pháp luật về đấu thầu của Việt Nam. Còn Quy chế hợp đồng BOT trong nước thì không quy định rõ việc lựa chọn nhà đầu tư tham gia đàm phán kí kết hợp đồng BOT có bắt buộc phải qua quy trình đấu thầu hay không. Vì vậy, trong thời gian qua, hầu hết các hợp đồng BOT trong nước đều được thực hiện trên cơ sở đề xuất của các doanh nghiệp, cá nhân và được chấp nhận không qua thủ tục đấu thầu. Còn đối với đầu tư nước ngoài thì trong số 7 dự án BOT đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt và cho phép cấp giấy phép đầu tư, chỉ có duy nhất một dự án chủ đầu tư được chọn thông qua đấu thầu rộng rãi là dự án Nhà máy điện Phú Mỹ 2.2.

Hiện nay, với việc tăng cường quản lí đầu tư và xây dựng thông qua công cụ đấu thầu và khả năng tiếp cận cơ hội đầu tư của nhà đầu tư thực hiện hợp đồng BOT ngày càng được mở rộng thì việc áp dụng đấu thầu lựa chọn đối tác đàm phán, kí kết và thực hiện hợp đồng BOT là hết sức cần thiết. Tuy nhiên, quy định về thể thức lựa chọn nhà đầu tư tham gia đàm phán hợp đồng BOT theo Nghị định số 78 vẫn còn nhiều hạn chế như sau:

Thứ nhất, Nghị định số 78 giao cho Thủ tướng Chính phủ được quyền quyết định chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng BOT mà không đưa ra các tiêu chí để thực thi quyền đó. Điều này dễ gây nên tình trạng chủ đầu tư dùng các quan hệ tác động để được chỉ định thực hiện hợp đồng BOT mà không phải qua quy trình đấu thầu. Một số quốc gia quy định thủ tướng chỉ có quyền quyết định chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng

BOT khi dự án đó liên quan đến bí mật quốc gia, an ninh quốc phòng.

Thứ hai, Nghị định số 78 không quy định rõ ràng việc cho phép chỉ định nhà đầu tư cho dự án cần được thực hiện để đáp ứng nhu cầu cấp bách về sử dụng công trình kết cấu hạ tầng hoặc để đảm bảo tính liên tục trong việc sử dụng sản phẩm, dịch vụ mà không thể tiến hành đấu thầu. Tiêu chí “không thể tiến hành đấu thầu” không được giải thích gây nhiều khó khăn trong áp dụng trên thực tế.

Thứ ba, Điều 54 Luật đầu tư quy định: Khi có từ hai nhà đầu tư trở lên quan tâm đến một dự án quan trọng như đã nêu trong quy hoạch tổng thể của một ngành nào đó, việc lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án phải được thực hiện theo phương thức đấu thầu và phù hợp với Luật đấu thầu. Theo Luật đấu thầu, quy trình đấu thầu sẽ được áp dụng đối với các dự án đầu tư và phát triển có sử dụng vốn nhà nước từ 30% trở lên. Như vậy, theo Luật đấu thầu thì việc lựa chọn nhà đầu tư tham gia đàm phán hợp đồng BOT chỉ thông qua thủ tục đấu thầu khi một doanh nghiệp nhà nước là đối tác dự án có 30% vốn trở lên hoặc khi có bảo lãnh Nhà nước, hoặc khi Nhà nước cấp một khoản vay cho một dự án BOT. Do vậy, với các dự án BOT không sử dụng vốn ngân sách nhà nước thì sẽ không nằm trong phạm vi điều chỉnh của Luật đấu thầu. Vì vậy, không rõ Điều 54 của Luật đầu tư có định đưa ra các trường hợp bổ sung áp dụng Luật đấu thầu để Luật đấu thầu vẫn có hiệu lực áp dụng khi không có vốn đầu tư của Nhà nước?

Mặt khác, trong rất nhiều dự án BOT có sự tham gia của doanh nghiệp nhà nước thông qua các hợp đồng dài hạn về mua sản

phẩm chính của dự án (ví dụ hợp đồng mua điện giữa doanh nghiệp BOT và Tổng công ti điện lực Việt Nam trong một dự án BOT về điện). Luật đấu thầu không nêu rõ trong trường hợp doanh nghiệp nhà nước mua sản phẩm của dự án BOT có phải tuân theo các quy trình đấu thầu không?

** Lập dự án đầu tư xây dựng công trình*

Các quy chế hợp đồng BOT trước đây quy định trình tự thực hiện dự án BOT bao gồm việc lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi, lựa chọn doanh nghiệp thực hiện dự án BOT, đàm phán hợp đồng, lập thiết kế kỹ thuật và thi công công trình... Trước đây, việc lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi cho đầu tư xây dựng công trình là một bước đầu tiên trong quá trình hình thành hợp đồng BOT. Tuy nhiên, các quy chế hợp đồng BOT cũ không quy định rõ trách nhiệm này thuộc về ai, các cơ quan nhà nước liên quan hay nhà đầu tư. Điều này gây khó khăn cho việc phân định trách nhiệm giữa nhà đầu tư và cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trên thực tế, do lo ngại báo cáo nghiên cứu tiền khả thi cho đầu tư xây dựng công trình không được phê duyệt, các doanh nghiệp thường có xu hướng dựa vào Nhà nước để thực hiện công việc này.

Khắc phục phần nào hạn chế nói trên, khoản 1 Điều 13 Nghị định số 78 đã được thiết kế theo hướng quy định rõ trách nhiệm của nhà đầu tư được lựa chọn đàm phán hợp đồng BOT phải lập dự án đầu tư xây dựng công trình để làm cơ sở cho việc đàm phán. Tuy nhiên, quy định này còn hạn chế sau:

- Việc lập dự án đầu tư xây dựng công trình để làm cơ sở cho đàm phán sau thủ tục lựa chọn nhà đầu tư không phù hợp đối với

trường hợp đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư, bởi vì trong trường hợp này dự án đầu tư đã phải được chuẩn bị từ trước.

- Nghị định số 78 không quy định thời hạn nhà đầu tư đã được lựa chọn nộp dự án đầu tư cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và thời hạn cơ quan nhà nước có thẩm quyền thông qua báo cáo nghiên cứu tính khả thi đó. Hợp đồng BOT thường liên quan đến dự án ảnh hưởng lớn đến nền kinh tế và đời sống của người dân, vì vậy việc quy định các thời hạn trên là hết sức quan trọng.

** Đàm phán, kí kết hợp đồng BOT*

Khác với các hợp đồng thông thường khác, việc đàm phán hợp đồng BOT chỉ được thực hiện sau khi đã lựa chọn được nhà đầu tư tham gia đàm phán hợp đồng. Một trong những điểm tiến bộ của Nghị định số 78 liên quan đến đàm phán hợp đồng BOT là quy định việc thành lập nhóm công tác liên ngành về dự án BOT với kinh phí hoạt động từ ngân sách nhà nước nhằm hỗ trợ cho quá trình đàm phán hợp đồng BOT. Nếu quy định này được thực thi tốt trên thực tiễn nhà đầu tư sẽ không phải thương lượng với rất nhiều cơ quan từ địa phương đến trung ương hoặc ít nhất nhà đầu tư cũng có đầu mối đứng ra giải quyết các vấn đề phát sinh.

Nghị định số 78 quy định đồng thời với việc đàm phán hợp đồng BOT, nhà đầu tư có thể đàm phán các hợp đồng thuê đất, xây dựng, lắp đặt máy móc, thiết bị, dịch vụ tư vấn, giám định, mua nguyên liệu, bán sản phẩm, dịch vụ, cung cấp dịch vụ kỹ thuật, vay vốn, cầm cố, thế chấp tài sản và các hợp đồng khác đồng thời cũng yêu cầu cơ quan Nhà nước đồng đốc đàm phán các hợp đồng liên quan để

đảm bảo phù hợp với hợp đồng BOT.

Tuy nhiên, quy định của Nghị định số 78 liên quan đến bước đàm phán, kí kết hợp đồng BOT vẫn còn những tồn tại sau:

Thứ nhất, theo quy chế về hợp đồng BOT trước đây thì sau khi đàm phán hợp đồng BOT xong, các bên kí tắt và tiến hành thủ tục phê duyệt hợp đồng BOT trước khi kí chính thức. Nghị định số 78 lại không quy định rõ thời điểm nào thì hợp đồng BOT sẽ được kí kết chính thức và sau khi đàm phán xong hợp đồng BOT thì các bên có phải kí tắt hợp đồng BOT hay không.

Thứ hai, Nghị định số 78 quy định nhà đầu tư có thể tiến hành đàm phán “các hợp đồng khác” là hợp đồng phụ để phục vụ cho việc thực hiện dự án mà không quy định rõ những hợp đồng phụ quan trọng nào có thể được đàm phán cùng lúc với hợp đồng BOT. Thực tế này sẽ dẫn đến việc nhà đầu tư thường muốn đàm phán tất cả các hợp đồng phụ liên quan đến việc thực hiện dự án, vì vậy làm cho thời gian đàm phán thường bị kéo dài rất lâu.

Thứ ba, chi phí giao dịch cho việc đàm phán hợp đồng BOT rất lớn. Bản chất phức tạp của dự án cộng với số lượng các bên có các lợi ích khác nhau làm cho nhiệm vụ đàm phán, kí kết hợp đồng BOT trở nên nặng nề. Quá trình thương lượng thường kéo dài và đôi khi đòi hỏi phải tổ chức hàng loạt các cuộc gặp ở nhiều địa điểm khác nhau và thậm chí là ở nhiều nước khác nhau. Nghị định số 78 vẫn chưa xác định rõ một khung pháp lí chuẩn có thể dự đoán được cho các dự án BOT lớn để nhà đầu tư đẩy nhanh tiến độ đàm phán hợp đồng BOT. Trên thực tế có rất nhiều hợp đồng BOT thời gian đàm phán kéo

dài nhiều năm thậm chí có những đàm phán không thành công chẳng hạn như việc thương lượng hợp đồng BOT về xây dựng nhà máy nhiệt điện tại Quảng Ninh của Tập đoàn Oxbow

Thứ tư, mặc dù việc quy định Thủ tướng Chính phủ xem xét, chấp thuận yêu cầu bảo lãnh trước khi đàm phán hợp đồng dự án là một điểm mới trong Nghị định số 78, pháp luật hiện hành vẫn không quy định một cách cụ thể là Thủ tướng sẽ chỉ xem xét và chấp thuận yêu cầu bảo lãnh về mặt nguyên tắc hay sẽ chấp thuận toàn bộ chi tiết của yêu cầu bảo lãnh. Thực tiễn các dự án trước đây cho thấy Thủ tướng sẽ xem xét và chấp thuận nội dung chi tiết yêu cầu bảo lãnh chứ không chỉ chấp thuận về mặt nguyên tắc.

** Thẩm tra hợp đồng BOT*

Khoản 3 Điều 14 Nghị định số 78 quy định hợp đồng BOT và các hợp đồng có liên quan được thẩm tra đồng thời với việc thẩm tra, cấp chứng nhận đầu tư theo quy định tại Điều 17 của Nghị định số 78. Tuy nhiên, Điều 17 Nghị định số 78 lại không quy định cụ thể thủ tục thẩm tra hợp đồng BOT mà chỉ quy định thẩm quyền và thủ tục thẩm tra, cấp chứng nhận đầu tư. Để được cấp giấy chứng nhận đầu tư, nhà đầu tư phải nộp hồ sơ tới Bộ kế hoạch và đầu tư. Trong thời hạn 45 ngày Bộ kế hoạch và đầu tư sẽ xem xét quyết định cấp chứng nhận đầu tư cho dự án trên cơ sở ý kiến của các cơ quan hữu quan. Quy định về thẩm tra hợp đồng BOT đã đặt ra một số vấn đề sau:

Thứ nhất, danh mục hồ sơ cần thiết cho việc thẩm tra hợp đồng BOT (và cấp chứng nhận đầu tư) còn thiếu một văn bản quan trọng đó là quyết định lựa chọn nhà đầu tư tham gia đàm phán hợp đồng căn cứ vào kết

quả đấu thầu trong trường hợp đấu thầu rộng rãi lựa chọn nhà đầu tư hoặc quyết định chỉ định thầu trong trường hợp chỉ định nhà đầu tư đàm phán trực tiếp hợp đồng BOT hoặc quyết định thông qua đề xuất dự án trong trường hợp dự án do nhà đầu tư đề xuất.

Thứ hai, Nghị định số 78 vẫn chưa đặt quy trình cấp giấy chứng nhận đầu tư để thực hiện dự án BOT trong mối liên hệ với các quy định của Luật đầu tư và Luật doanh nghiệp. Hồ sơ cần thiết cho việc thẩm định cấp giấy chứng nhận đầu tư không bao gồm các văn bản về tư cách pháp lí, tình hình tài chính của nhà đầu tư, đơn xin cấp giấy chứng nhận đầu tư, danh sách thành viên, cổ đông... theo quy định của Luật đầu tư và Luật doanh nghiệp. Ngoài ra, trái ngược với các quy định của Luật đầu tư về cơ quan có thẩm quyền cấp chứng nhận đầu tư (gồm ủy ban nhân dân cấp tỉnh hoặc ban quản lí khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao), Nghị định số 78 quy định Bộ kế hoạch và đầu tư là cơ quan có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đầu tư cho các dự án BOT.

Thứ ba, việc kí chính thức hợp đồng BOT có ý nghĩa hết sức quan trọng vì nó xác định tính ràng buộc của các điều khoản hợp đồng BOT. Tuy vậy, các chủ thể tham gia hợp đồng BOT lại không thể xác định rõ khi nào hợp đồng BOT sẽ được kí kết chính thức: Ngay sau khi đàm phán thành công hợp đồng BOT hay trong quá trình Bộ kế hoạch và đầu tư thẩm định hồ sơ cấp chứng nhận đầu tư hay sau khi Bộ kế hoạch và đầu tư cấp chứng nhận đầu tư. Điều này sẽ mang lại những hệ quả pháp lí khác nhau. Nếu hợp đồng BOT được kí chính thức ngay sau khi đàm phán thành công hợp đồng BOT và trước khi Bộ kế

hoạch và đầu tư thẩm tra dự án và cấp giấy chứng nhận đầu tư thì không rõ có thể quy định trong hợp đồng BOT hiệu lực của hợp đồng BOT là ngay thời điểm kí kết hợp đồng BOT hay không. Nếu hợp đồng BOT được kí chính thức trong quá trình Bộ kế hoạch và đầu tư thẩm định hồ sơ thì chưa rõ điều đó đã thỏa mãn điều kiện hợp đồng BOT đã được thẩm tra hay chưa. Nếu hợp đồng BOT chỉ được kí kết chính thức sau khi Bộ kế hoạch và đầu tư cấp chứng nhận đầu tư thì pháp luật cũng không xác định rõ trong thời gian tối đa bao nhiêu lâu các bên phải kí chính thức hợp đồng BOT, bởi chứng nhận đầu tư được cấp nhằm mục đích thực hiện hợp đồng BOT.

Thứ tư, Nghị định số 78 chưa xác định ý nghĩa và giá trị pháp lí của việc thẩm tra hợp đồng BOT, liệu vấn đề này có xác định hiệu lực của hợp đồng BOT hay không khi vấn đề này đã được các bên tham gia kí kết hợp đồng thỏa thuận và quy định trong hợp đồng BOT?

Thứ năm, pháp luật vẫn chưa quy định rõ cơ chế phối hợp giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhà đầu tư và Bộ kế hoạch và đầu tư trong việc tiến hành các thủ tục thẩm tra hợp đồng BOT. Quá trình hình thành hợp đồng BOT từ những bước lựa chọn nhà đầu tư, phê duyệt dự án đầu tư, đàm phán, kí kết hợp đồng, đến thẩm tra hợp đồng BOT tốn rất nhiều thời gian, công sức và tiền bạc. Đặc biệt, quá trình hình thành hợp đồng BOT liên quan đến rất nhiều cơ quan nhà nước khác nhau ở những cấp khác nhau. Nhà đầu tư thường quan tâm làm sao có cơ quan nhà nước đầu mối để thực hiện việc đàm phán, kí kết và quản lí thực hiện các hợp đồng BOT. Trên thực tế, mỗi hợp đồng BOT sẽ được xem xét và phê chuẩn bởi một số cơ quan nhà

nước ở cấp trung ương và địa phương. Mỗi cấp lại thực hiện công việc một cách độc lập, nhà đầu tư lại phải đáp ứng toàn bộ các yêu cầu của các cấp này. Ngoài ra, tình trạng quan liêu, năng lực và kinh nghiệm hạn chế của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thương lượng hợp đồng BOT đã làm giảm rất nhiều tiến độ thương lượng đối với hợp đồng BOT.

Thứ sáu, pháp luật không xác định ý nghĩa và giá trị pháp lý của việc kí nháy các hợp đồng có liên quan đến hợp đồng BOT và được đàm phán cùng một lúc với hợp đồng BOT. Từ thời điểm các hợp đồng phụ này được kí nháy cho đến khi được kí chính thức thì quyền lợi và nghĩa vụ của các chủ thể trong hợp đồng được giải quyết như thế nào? Liệu Bộ kế hoạch và đầu tư, cơ quan nhà nước có thẩm quyền hay nhà đầu tư có quyền yêu cầu sửa đổi nội dung các hợp đồng phụ này khi văn bản này đã được kí nháy hay đã được thẩm tra hay không? Việc kí nháy các hợp đồng phụ có ràng buộc trách nhiệm pháp lý của các bên tham gia hợp đồng hay không?

Có thể thấy các quy định về trình tự kí kết hợp đồng BOT theo Nghị định số 78 nêu trên là những bước đi cụ thể tích cực của Việt Nam trong việc thu hút hơn nữa nguồn vốn tư nhân cho phát triển cơ sở hạ tầng phục vụ lợi ích của đông đảo quần chúng nhân dân. Tuy nhiên, những hạn chế liên quan đến trình tự kí kết hợp đồng BOT của Nghị định số 78 như đã nêu trên cần phải tiếp tục nghiên cứu để giải quyết một cách thoả đáng nhằm tiếp tục xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng BOT nói riêng, luật hợp đồng, đầu tư và doanh nghiệp nói chung đồng thời đáp ứng các yêu cầu cấp bách mà thực tiễn cuộc sống đặt ra./.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO HIỂM Y TẾ... (tiếp theo trang 7)

hệ thống bệnh viện theo các địa bàn dân cư, tăng đầu tư cho các bệnh viện tuyến dưới để tăng khả năng tiếp cận dịch vụ y tế của nhân dân, hạn chế tình trạng quá tải ở các bệnh viện tuyến trên. Ngành y tế cần tích cực sắp xếp lại tổ chức bộ máy, đề xuất chính sách đãi ngộ, chính sách ưu đãi đối với cán bộ y tế, cán bộ dược, cán bộ y học cổ truyền.

Thứ hai, bên cạnh việc quy định chế độ khám chữa bệnh cần quy định thêm chế độ phòng bệnh, chẩn đoán sớm và tư vấn sức khỏe miễn phí cho người tham gia BHYT.

Để thu hút người khỏe mạnh tham gia BHYT, bên cạnh việc chữa bệnh cần quy định cả chế độ phòng bệnh, chẩn đoán sớm và tư vấn sức khỏe miễn phí cho người tham gia BHYT hoặc có cơ chế thưởng cho người tham gia BHYT nhưng có sức khỏe tốt và không phải đi khám chữa bệnh. Những dịch vụ này có chi phí nhỏ nhưng lại có tác động về mặt tinh thần rất lớn vì những người khỏe mạnh tham gia BHYT sẽ thấy được sự hữu ích của hoạt động bảo hiểm này và tích cực tham gia BHYT.

Thứ ba, cần có chế tài xử phạt nghiêm khắc hơn để xử lí các vi phạm về BHYT như trốn đóng BHYT cho người lao động, lợi dụng, lừa đảo tiền bảo hiểm. Bên cạnh đó, nên tăng trách nhiệm và quyền hạn cho cơ quan bảo hiểm xã hội. Cần quy định thêm chức năng giám sát chất lượng khám chữa bệnh của các bệnh viện cho cơ quan bảo hiểm xã hội, bên cạnh lực lượng thanh tra y tế còn rất mỏng hiện nay để tăng hiệu quả của công tác này./.