

ĐỐI TÁC CÔNG TƯ TẠI VIỆT NAM

NHỮNG THÁCH THỨC ĐỐI VỚI KHU VỰC TƯ NHÂN¹

Luật sư Nguyễn Hưng Quang
VPLS NHQuang & Cộng sự

1. Nhận thức về “đối tác công tư” ở Việt Nam

“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” (Quyết định số 71/2010/QĐ-TTg về việc ban hành quy chế thí điểm đầu tư theo hình thức đối tác công tư)

“Đối tác công tư (PPP) là việc chuyển giao cho khu vực tư nhân các dự án đầu tư mà theo truyền thống thì đó là các dự án phải do nhà nước đầu tư và vận hành. Định nghĩa này nhấn mạnh vào vấn đề đầu tư của PPP nhưng có hai khía cạnh cần được lưu ý: 1, Nhà đầu tư tư nhân nhận trách nhiệm cung cấp dịch vụ thông qua dự án; 2, một số rủi ro liên quan đến dự án sẽ được chuyển giao từ khu vực nhà nước cho khu vực tư nhân. Tuy nhiên, PPP rất khác với việc từ bỏ tài sản của nhà nước hay hợp đồng các dịch vụ ra bên ngoài. Đó là vì PPP hàm chứa việc cùng hợp tác vận hành giữa nhà nước và khu vực tư nhân, khá rõ ràng là tinh thần của một liên doanh.” (Báo cáo Phát triển Việt Nam 2009, Ngân hàng Thế giới)²

Mặc dù Việt Nam đã có một định nghĩa mang tính tạm thời về “đầu tư theo hình thức đối tác công tư” từ năm 2010, nhưng cho đến nay vẫn có nhiều cách hiểu, quan niệm khác nhau về hình đầu tư này tại Việt Nam. Có nơi, có lúc, các dự án “đối tác công-tư” được coi là các dự án “xã hội hóa” hay “nhà nước và nhân dân cùng làm”. Có thời điểm, các dự án “đối tác công tư” chỉ được coi đơn thuần là những dự án đầu tư thu lợi nhuận của khu vực tư nhân.

Hơn nữa, “xã hội hóa” hay “nhà nước và nhân dân cùng làm” được giới thiệu ở Việt Nam từ rất lâu trong các nghị quyết của Đảng nhưng lại không có một định nghĩa rõ ràng và một cơ chế pháp lý để bảo đảm cho việc thực thi³. “Xã hội hóa” hay “nhà nước và nhân dân cùng làm” hiểu một cách chung chung là nhà nước mong muốn các tổ chức, cá

¹ Bài viết này được chuẩn bị cho Hội thảo “Thực hiện các Dự án đối tác công tư (PPP), kinh nghiệm và đề xuất”, Viện Nghiên cứu và Phát triển, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 17/07/2012.

² Báo cáo “Những vấn đề cơ bản trong Báo cáo Phát triển Việt Nam năm 2009” của Ngân hàng Thế giới, trang 93.

³ Xem thêm trong ‘Quan hệ Hợp tác Công tư Vì Người nghèo’, Tim Dyce và Nguyễn Hưng Quang, Phòng Thương mại Công nghiệp Việt Nam – Tổ chức Lao động quốc tế, 2009.

nhân khu vực nằm ngoài hệ thống cơ quan nhà nước thay thế hoặc hợp tác với khu vực nhà nước để tham gia vào một số hoạt động/dịch vụ của nhà nước. Thực tế, trong một trường hợp, khái niệm “*xã hội hóa*” được sử dụng tại Việt Nam có ý nghĩa tương tự với khái niệm “*đôi tác tác công tư*” hay “*hợp tác công tư*” của Ngân hàng Thế giới hay các quốc gia khác⁴.

Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp khái niệm “*xã hội hóa*” được vận dụng trong các trường hợp nhà nước kêu gọi “*trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp*” (corporate social responsibility) trong các công việc của nhà nước. Trong khi “socialization” (nghĩa là “*xã hội hóa*”) của nhiều quốc gia khác là một khái niệm về tâm lý học nhằm nói đến “*điểm biến tâm lý của một cá nhân hòa nhập vào đời sống xã hội*”⁵.

Trong một số các trường hợp khác, mô hình đầu tư “*đôi tác công tư*” hay “*xã hội hóa*” lại được thực hiện theo hình thức tư nhân hóa tài sản, hay lợi thế thương mại của Nhà nước, ví dụ như: các dự án đầu tư BT (xây dựng-chuyển giao) hay BOT (xây dựng-kinh doanh-chuyển giao) cho hạ tầng để đổi lấy “*đất dự án đô thị*”⁶. Như vậy, bản chất của mối quan hệ “*đôi tác*” hay “*phối hợp*” của một dự án “*đôi tác công tư*” đã không đúng với định nghĩa của Quyết định 71/2010/QĐ-TTg hay của Ngân hàng Thế giới đề cập.

Do không thống nhất về “*khái niệm*” hay nói cách khác thiếu một hành lang pháp lý đầy đủ đối với các hoạt động hợp tác theo phương thức “*đôi tác công tư*” hay “*xã hội hóa*”, nên các cơ quan nhà nước đã áp dụng không thống nhất chính sách đầu tư và pháp luật điều chỉnh đối với một dự án có sự hợp tác của khu vực tư nhân. Có thể nhận thấy, nhiều dự án đầu tư vào cơ sở hạ tầng lẫn trong các lĩnh vực khác, như giáo dục, y tế, văn hóa... được kêu gọi dưới hình thức “*xã hội hóa*” nhằm để “*tránh né*” những điều kiện, thủ tục áp dụng cho một dự án “*đôi tác công tư*”. Chỉ trong một số ít dự án, thường với quy mô lớn cần sự phê duyệt của Bộ Kế hoạch Đầu tư thì mới được ‘*gắn mác*’ là “*đôi tác công tư*” và được nằm trong “*Danh mục kêu gọi đầu tư*”.

⁴ Nguyễn Hưng Quang, *Xã hội hóa công tác phổ biến, giáo dục pháp luật*, Tạp chí Dân chủ Pháp luật, Số chuyên đề “*Xây dựng Luật Phổ biến Tuyên truyền Giáo dục Pháp luật*”, 2010.

⁵ Eleanor E.Maccoby, *Lược sử về Nghiên cứu và Lý thuyết Xã hội hóa* (Historical Overview of Socialization Research and Theory), trong tác phẩm “*Sổ tay về Xã hội hóa – Lý thuyết và Nghiên cứu*” (Handbook of Socialization – Theory and Research), do Joan E.Grusec và Paul D. Hastings (chủ biên), The Guilford Press, 2007; Nguyễn Hưng Quang, “*Xã hội hóa công tác phổ biến, giáo dục pháp luật*”, Tạp chí Dân chủ Pháp luật, Số chuyên đề “*Xây dựng Luật Phổ biến Tuyên truyền Giáo dục Pháp luật*”, 2010; Đinh Ngọc Vương, *Vai trò của các tổ chức xã hội, các tổ chức dân sự trong việc thực hiện thông tin, phổ biến, giáo dục pháp luật*, Tham luận tại Hội thảo về Pháp luật và thực tiễn phổ biến giáo dục pháp luật 9/2008, Dự án JUDGE

⁶ *Dự án BT hấp dẫn nhà đầu tư - vì sao?*, Tiền phong, 16/03/2012, <http://www.tienphong.vn/xa-hoi/569871/Du-an-BT-hap-dan-nha-dau-tu-Vi-sao-tpp.html>

Hơn nữa, dường như có sự khác biệt cơ bản giữa khái niệm “nhà đầu tư” trong mô hình “đối tác công tư” của Việt Nam và thế giới. Ở Việt Nam, khái niệm “tư” dường như chỉ định vào “nhà đầu tư” mà không phân biệt nguồn vốn đầu tư: “nhà nước” hay “tư nhân”. Nên ở Việt Nam, nhiều dự án “đối tác công tư” lại hoàn toàn là sự “đối tác công – công” vì các doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam đã tham gia vào các dự án đối tác công tư. Trong khi đó, khái niệm “tư” của thế giới lại nhằm vào “khu vực tư nhân” với mục tiêu phát huy thế mạnh của khu vực tư nhân trong các dự án “công” như đã nêu ở trên.

Với những hạn chế từ sự không rõ ràng về khái niệm, chính sách và pháp luật trong lĩnh vực này nên tạo ra cơ chế “xin cho” trong các dự án, quan hệ “đối tác công tư”. Nhà đầu tư thuộc khu vực tư nhân không thể bình đẳng đàm phán với Nhà nước về hợp đồng, cơ chế hỗ trợ hay hình thức, mức độ ưu đãi trên cơ sở pháp luật.

2. Vai trò của khu vực tư nhân trong các dự án “đối tác công tư”

Như đã phân tích ở trên, “đối tác công tư” để nói tới một mô hình liên kết giữa khu vực nhà nước và khu vực tư nhân nhằm cung cấp những lợi ích cụ thể cho cả hai bên. Một cách đơn giản để hiểu “đối tác công tư” là chuyển giao cho khối tư nhân những dịch vụ mà trước đây vẫn do khối nhà nước thực hiện hoặc ít nhất là cấp vốn⁷. Khu vực tư nhân cũng phải đầu tư tiền của vào việc cung cấp các dịch vụ công, kèm theo đó là việc đánh giá rủi ro và lợi ích - nhiệm vụ và kỹ năng quản trị của một doanh nghiệp để bảo đảm dự án đầu tư được thành công. Vai trò của nhà đầu tư tư nhân cần phải được ghi nhận là một “đối tác” của nhà nước với địa vị “bình đẳng” theo bản chất của kinh doanh “lời ăn, lỗ chịu”. Thế mạnh của mỗi bên cần được phát huy trong việc đầu tư và vận hành một dự án, dịch vụ công.

Trong khi đầu tư của khu vực tư nhân vào các dự án, hoạt động “công” ngày càng trở nên phổ biến tại nhiều quốc gia thì ở Việt Nam phương pháp này vẫn chưa được tận dụng để huy động tài chính cho việc xây dựng cơ sở hạ tầng và điều này được đánh giá là một nguyên nhân của việc thâm hụt từ 2 đến 3% GDP trước năm 2009⁸.

Ngoài những hạn chế về nhận thức của khu vực công về vai trò của khu vực tư nhân trong quan hệ “đối tác công tư”, thì dường như vẫn có sự dè dặt, thiếu tin tưởng và/hoặc thiếu trách nhiệm trong việc lập kế hoạch, xây dựng và vận hành dự án của khu vực công đối với khu vực tư nhân. Dẫn đến có dự án hợp tác, nhà đầu tư đã không được

⁷ Xem thêm trong ‘Quan hệ Hợp tác Công tư Vì Người nghèo’, Tim Dyce và Nguyễn Hưng Quang, Phòng Thương mại Công nghiệp Việt Nam – Tổ chức Lao động quốc tế, 2009.

⁸ Báo cáo Phát triển Việt Nam năm 2009, Ngân hàng Thế giới, trang 95

bảo đảm lợi ích tối thiểu theo dự toán do hai bên thống nhất (ví dụ vụ việc cầu Phú Mỹ giữa Công ty cổ phần BOT Cầu Phú Mỹ với UBND Tp. Hồ Chí Minh).

3. Những quan tâm và thách thức của khu vực tư nhân khi tham gia vào các dự án “hợp tác công tư” ở Việt Nam

a. Công khai thông tin về các dự án “đối tác công tư”

Để bảo đảm được sự công bằng, bình đẳng, công khai và minh bạch của việc lựa chọn đối tác ở khu vực tư nhân tham gia cung cấp dịch vụ, công trình cho khu vực công thông qua “đối tác công tư”, pháp luật có quy định các hoạt động đó phải được thực hiện thông qua phương thức đấu thầu hoặc chào hàng cạnh tranh. Nhưng thực tế, thông tin về các dự án này thường không công khai tại một đầu mối mà nhà đầu tư phải kiếm tìm tại nhiều cơ quan khác nhau mới có được thông tin đầy đủ. Hiện tại, đối với các dự án đầu tư cơ sở hạ tầng cần sự tham gia của nhà đầu tư, Bộ Kế hoạch và Đầu tư và UBND các tỉnh mới chỉ công bố Danh mục dự án với những thông tin rất cơ bản, không đủ để nhà đầu tư nghiên cứu tính toán về đầu tư dự án.

Đối với các dự án “xã hội hóa” trong các lĩnh vực khác, có một vài địa phương ban hành danh mục kêu gọi đầu tư theo phương thức “xã hội hóa” với những thông tin cũng rất cơ bản. Thực tế cho thấy sự thiếu vắng các quy định pháp lý bắt buộc các cơ quan nhà nước phải cung cấp các thông tin liên quan đến việc các dự án “đối tác công tư”. Muốn thực hiện một dự án “đối tác công tư”, một số nhà đầu tư đã cố gắng “quan hệ” để “xin” được các thông tin đầy đủ của dự án cùng với các cam kết bảo đảm thông tin đó chính xác.

Một số nhà đầu tư lựa chọn các dự án “đối tác công tư” thông qua hình thức tự đề xuất dự án. Trong những trường hợp này, nhà đầu tư có thể có thuận lợi về thông tin của dự án do tự tìm kiếm từ trước nhưng họ vẫn thường gặp những khó khăn khi được sự chấp thuận về các số liệu, thông tin mình có được với cơ quan nhà nước.

Hai phương thức về tiếp cận dự án “đối tác công tư” nêu trên là ví dụ cho thấy sự “yếu thế” của các nhà đầu tư trong các dự án “đối tác công tư”, nhưng lại cho thấy khả năng tiềm tàng về “những mối quan hệ phi chính thức”. Những mối quan hệ này đã làm cho các dự án “đối tác công tư” biến dạng, không còn mang tính “đối tác” giữa các pháp nhân mà sẽ là “quan hệ riêng lẻ”.

b. Đàm phán và xây dựng hợp đồng thực hiện dự án “đối tác công tư”

Xét về lý thuyết hoặc mô hình tại các quốc gia khác, nhà đầu tư tham gia các dự án “đối tác công tư” phải thực hiện việc đàm phán và đạt được thỏa thuận với các bên liên

quan đến dự án “đối tác công tư” đó (stakeholders), như chính quyền, cộng đồng dân cư bị ảnh hưởng/được hưởng lợi... Nhưng ở Việt Nam, việc đàm phán đối với các hợp đồng của dự án “đối tác công tư” chủ yếu là giữa chính quyền với nhà đầu tư.

Như đã phân tích ở trên, có quá nhiều lý do tác động đến vị thế của nhà đầu tư khi tham gia vào các dự án “đối tác công tư” và cũng tác động đến vị thế của họ khi đàm phán và xây dựng hợp đồng. Có nhà đầu tư cho rằng cơ hội để đàm phán dường như là không có, mà thay vào đó là nhà đầu tư cố gắng thỏa hiệp những yêu cầu mà khu vực công đưa ra hoặc cố gắng “xin thêm điều kiện, ưu đãi”.

Năng lực đàm phán và xây dựng hợp đồng của khu vực công lẫn khu vực tư ở Việt Nam còn nhiều hạn chế. Các bên phần lớn chỉ tập trung vào việc xây dựng và hoàn thiện một bản hợp đồng ngắn gọn với các phụ lục về thông số kỹ thuật để ký kết và đã không chú ý tới việc lập các loại biên bản, thư từ giao dịch nhằm thể hiện rõ hơn ý chí của từng bên đối với từng điều khoản cụ thể. Trong khi một dự án “đối tác công tư” thường kéo dài hàng chục năm, những người thực thi sau này sẽ gặp khó khăn nếu như các hợp đồng, phụ lục không giải thích rõ ràng về ý chí xác lập từng quy định của hợp đồng của các bên.

Một thói quen phổ biến trong xây dựng hợp đồng ở Việt Nam đó là “hợp đồng xây dựng trên niềm tin” và đây lại là một rủi ro cho tất cả các bên. Các nhà đầu tư rất e ngại khi phải soạn thảo những hợp đồng quá chi tiết đối với khu vực công vì có thể sẽ nhận được ý kiến cho rằng “thiếu niềm tin vào chính quyền, nhà nước”. Những hợp đồng xây dựng trên niềm tin mà thiếu tính chi tiết, rõ ràng sẽ là nguy cơ của tranh chấp sau này. Nhưng điều này có thể sẽ là có lợi cho một bên nếu như quá trình xây dựng hợp đồng đã có những ý tưởng “trục lợi” bên kia bằng những thỏa thuận không rõ ràng.

c. Pháp luật điều chỉnh mối quan hệ “đối tác công tư” và tính ổn định của chúng.

Mục tiêu của các dự án “đối tác công tư” thường là những dự án, công trình dành cho sự phát triển của xã hội như dự án phát triển cơ sở hạ tầng, giáo dục, y tế, văn hóa, môi trường... Những luật chuyên ngành điều chỉnh những hoạt động, sự ảnh hưởng của các dự án, công trình đó như Luật Điện lực, Luật Xây dựng, Luật Đấu thầu, Luật Giao thông đường bộ, Luật Giáo dục, Luật Bảo vệ Môi trường...

Nhà nước (khu vực công) là bên ban hành các quy định pháp luật cũng là bên tham gia vào dự án “đối tác công tư”. Pháp luật Việt Nam được đánh giá là “thiếu tính ổn định”, tạo nhiều rủi ro cho các dự án “đối tác công tư”. Việc này đã làm nghi ngại về sự tham gia các nhà đầu tư nước ngoài vào các dự án “đối tác công tư” từ phía các nhà đầu tư lẫn các cơ quan nhà nước. Nhà đầu tư thì không muốn dự án của mình không được tuân thủ vì pháp luật thay đổi. Còn cơ quan nhà nước thì e ngại nhà đầu tư nước ngoài có thể kiện mình ra các cơ quan tài phán quốc tế.

4. Kiến nghị và đề xuất

Từ những thách thức nêu trên đòi hỏi Việt Nam cần có một văn bản luật điều chỉnh tổng thể các loại hình dự án “đối tác công tư” như Luật Đầu tư công hoặc các vấn đề về “đầu tư công” cần được quy định cụ thể tại Luật Đầu tư (sửa đổi) sau này. Những khái niệm “*hợp tác công-tư*”, “*đối tác công tư*” hay “*xã hội hóa*”, “*nhà nước và nhân dân cùng làm*”, “*khu vực tư*” (tư nhân hay đầu tư) cần phải được thống nhất về nội hàm và cơ chế thực hiện. Không nên cho các doanh nghiệp nhà nước hoặc có sử dụng một tỷ lệ vốn nhà nước nhất định tham gia vào các dự án “đối tác công tư” vì như vậy sẽ không phát huy được nguồn vốn và các thế mạnh khác của khu vực tư nhân. Nhưng pháp luật cũng cần phải minh định các khả năng “tư nhân hóa” những tài sản, thế mạnh của nhà nước.

Các loại dự án “đối tác công tư” không nên chỉ bó hẹp là các dự án tập trung vào cơ sở hạ tầng mà nên mở rộng để thu hút nhiều hơn nữa thế mạnh của khu vực tư nhân trong các dịch vụ công, nhằm thúc đẩy chất lượng và hiệu quả của các dịch vụ công. Chính phủ và các cơ quan nhà nước cũng nên ban hành danh mục, công bố các thông tin về loại hình, tiêu chí, quy mô tiêu chuẩn của các dự án “đối tác công tư” trong lĩnh vực giáo dục, dạy nghề, y tế, văn hóa và môi trường.

Các quy định pháp luật còn chưa tạo điều kiện thuận lợi cho sự tham gia của các cá nhân, hộ gia đình, doanh nghiệp nhỏ và rất nhỏ vào hoạt động “đối tác công tư” (hoặc “xã hội hóa”) ở quy mô nhỏ, như thủ tục đấu thầu phức tạp, chưa có các cơ chế công bố các dự án nhỏ. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền chưa ban hành hướng dẫn cụ thể về dự án BOT, BTO, BT quy mô nhỏ, thủ tục đấu thầu đối với hoạt động “xã hội hóa” theo quy định của pháp luật.