**GÓP Ý NGHỊ ĐỊNH HƯỚNG DẪN THI HÀNH LUẬT ĐẦU TƯ THEO HÌNH THỨC ĐỐI TÁC CÔNG – TƯ (PHỤ LỤC IV – HƯỚNG DẪN SOẠN THẢO HỢP ĐỒNG)**

*Lê Nết, trọng tài viên Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam*

*Luật sư thành viên LNT & Partners*

*Tham luận hội thảo VCCI ngày 19/10/2020*

Tôi xin trân trọng cảm ơn Ban Tổ chức hội thảo đã cho tôi trình bày tham luận tại hội thảo quan trọng này. Trước tiên, tôi xin được đánh giá cao chất lượng và tính chuyên nghiệp của dự thảo, và mong mỏi Nghị định khi ban hành sẽ được nhiều nhà đầu tư hưởng ứng. Với tư cách là luật sư tham ra nhiều dự án cơ sở hạ tầng và tài trợ dự án, tôi xin phép có một số ý kiến đóng góp như sau.

Như ban soạn thảo đã chỉ rõ, mục tiêu của việc soạn thảo, đàm phán và ký kết hợp đồng dự án PPP (Hợp đồng) là để tạo lập công cụ pháp lý sao cho: (a) có hiệu lực pháp lý ràng buộc tất cả các bên nhằm đạt mục tiêu kinh tế - xã hội mà các bên đề ra (KPI); (b) các bên biết mình phải thực hiện những gì (đối tượng), khi nào (thời gian), ở đâu (địa điểm) và bằng cách nào (phương thức); và (c) các biết cách xử lý khi một bên không thực hiện nghĩa vụ của mình do lỗi (vi phạm) hay không do lỗi (bất khả kháng, hoàn cảnh thay đổi không thể lường trước được, do bên thứ ba – thí dụ bên cho vay).

## **1. CẤU TRÚC VÀ NGUYÊN TẮC SOẠN THẢO HỢP ĐỒNG PPP**

Cách thức soạn thảo Hợp đồng dự án PPP là trình bày theo thứ tự diễn ra các mốc thời gian: (a) Giai đoạn 1: ký kết Hợp đồng và các tài liệu dự án, chuẩn bị các điều kiện thực hiện dự án (về thiết kế khảo sát, đất đai, tài chính); (b) Giai đoạn 2: tiến hành xây dựng dự án (B – build); (c) Giai đoạn 3: kinh doanh dự án (O – operate, hoặc L - lease); (d) Giai đoạn 4: bàn giao dự án, thanh toán và kết thúc dự án (T – transfer / termination).

Tùy từng hình thức Hợp đồng (BOT, BTO, BOO, BTL, BLT) mà các giai đoạn 3 và 4 có thể hoán đổi cho nhau. Tại các mốc thời gian, Hợp đồng phải quy định rõ các điều kiện tiên quyết để dự án bước sang giai đoạn tiếp theo, quyền và nghĩa vụ của các bên theo mục 1(b) trên đây, và cách thức xử lý các tình huống phát sinh theo mục 1(c) trên đây.

Hợp đồng dự án PPP được soạn thảo trên các nguyên tắc sau đây:

1. Tuân thủ các quy định của Luật đầu tư theo hình thức đối tác công tư (Luật PPP) và các văn bản pháp luật liên quan.
2. Tuân thủ các cam kết của Nhà đầu tư với các cơ quan có thẩm quyền được dẫn chiếu đến các báo cáo nghiên cứu khả thi, quyết định chủ trương đầu tư được phê duyệt và quyết định lựa chọn Nhà đầu tư. Nhà đầu tư chịu trách nhiệm về việc doanh nghiệp dự án (DNDA) thực hiện được các cam kết đó.
3. Cơ quan ký kết Hợp đồng (CQKK) và DNDA tuân thủ quy định pháp luật và các thỏa thuận trong Hợp đồng dự án. Trừ trường hợp quy định rõ trong Hợp đồng là rủi ro của cơ quan ký kết Hợp đồng, các rủi ro còn lại là rủi ro của Nhà đầu tư.
4. Trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác, các bên được quyền tự do cam kết, thỏa thuận, miễn không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam quy định tại Điều 3 Bộ luật dân sự 2015.
5. Các bên tham gia Hợp đồng có đủ thẩm quyền quyết định các vấn đề thuộc nội dung quyết định chủ trương đầu tư đã được phê duyệt, kể cả các vấn đề như gia hạn, điều chỉnh phí, chia sẻ doanh thu, phạt, bồi thường và chấm dứt Hợp đồng.

## **2. ĐỊNH NGHĨA VÀ GIẢI THÍCH**



Các định nghĩa có thể được trình bày trong một Phụ lục của hợp đồng chính. Các bên có thể thỏa thuận định nghĩa các khái niệm được sử dụng theo thông lệ quốc tế trên bối cảnh Việt Nam, như bồi thường thỏa thuận (liquidated damages), bồi hoàn (indemnity) hay ủy thác (trust). Đây là các khái niệm theo hệ thống luật common law, nhưng có thể nội luật hóa được. Thí dụ:

1. Khái niệm bồi thường theo thỏa thuận không trái quy định của Điều 13 BLDS 2015: “*Cá nhân, pháp nhân có quyền dân sự bị xâm phạm được bồi thường toàn bộ thiệt hại,* ***trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác*** *hoặc luật có quy định khác*.”
2. Khái niệm bồi hoàn thực chất là “*hold harmless*” (giữ không bị tổn hại, tức là bồi thường thiệt hại đã phát sinh và trực tiếp). Chính là quy định phần gạch đậm dưới đây tại Khoản 2 Điều 302 Luật thương mại 2005: “*Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất* ***thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu*** *do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.*” Mục đích của điều khoản bồi hoàn là để bên bị thiệt hại không bị mất tiền do bên kia gây ra thiệt hai, nhưng cũng không được làm giàu bằng các khái niệm mơ hồ như “*khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm”.* Việc đưa điều khoản này vào Hợp đồng là giúp cho các bên an toàn trong giao dịch.

Phần giải thích cần được trình bày tiếp theo sau phần định nghĩa. Các bên có thể liệt kê các tài liệu dự án, như các thỏa thuận tài chính (thỏa thuận vay, thỏa thuận hỗ trợ tài chính của NĐT, thỏa thuận về thứ tự thanh toán các khoản thu từ dự án, thỏa thuận về tài sản bảo đảm), các hợp đồng với nhà cung cấp hoặc dịch vụ quan trọng (hợp đồng đầu vào), hợp đồng bán sản phẩm (hợp đồng đầu ra), các giấy phép, chấp thuận, cam kết của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác để vận hành dự án dưới dạng một Phụ lục của Hợp đồng.

## **3. MỤC TIÊU DỰ ÁN, PHẠM VI CÔNG VIỆC, TÀI SẢN CHUYỂN GIAO**



1. Các mục tiêu then chốt của dự án (KPI) cần được nêu ra một cách rõ ràng tại phần này, là cụ thể hóa về khối lượng, chất lượng, tiến độ của các mục tiêu trong quyết định chủ trương đầu tư đã được phê duyệt, bao gồm các sản phẩm đầu ra (mô tả kết quả hoạt động phải đạt được) mà DNDA phải bàn giao và các yêu cầu về đầu vào (mô tả phương pháp theo đó kết quả sẽ đạt được). KPI phải phù hợp với các chính sách của Nhà nước và quy định của pháp luật có liên quan. CQKK có nghĩa vụ soạn thảo KPI và thống nhất nội dung này với NĐT và DNDA dưới dạng 1 Phụ lục của Hợp đồng. Nếu có bất kỳ điểm nào không rõ ràng, NĐT và DNDA phải yêu cầu CQKK làm rõ. Việc ký Hợp đồng là bằng chứng NĐT và DNDA hiểu rõ và chịu trách nhiệm tiến hành mọi công việc cần thiết để đạt KPI đã thỏa thuận.

2. Phạm vi công việc là các công việc do NĐT và DNDA đề xuất để đạt được các KPI tại mục 1 trên đây dưới dạng 1 Phụ lục của Hợp đồng. Do phạm vi công việc do NĐT và DNDA tự nguyện đề xuất dựa trên kinh nghiệm và hiểu biết của mình, nên bất kỳ công việc nào chưa được nêu trong Phụ lục này mà cần thiết theo quy định của pháp luật hoặc để thực hiện KPI đều được coi như thuộc rủi ro của NĐT và DNDA và đã bao gồm trong phạm vi công việc đó.

3. Tài sản chuyển giao là các công trình và cơ sở hạ tầng sẽ chuyển giao cho CQKK, cùng với phụ tùng thiết bị, các hợp đồng đầu vào và đầu ra cho dự án, danh sách các lao động được chuyển giao, các tài liệu của dự án. NĐT và DNDA cần mô tả chi tiết về các hạng mục công trình, các tài sản cũng như các trang thiết bị và vật liệu sẽ được sử dụng trong quá trình thi công, hoặc mô tả về loại hình trang thiết bị sẽ được DNDA sử dụng trong quá trình thực hiện các công việc. Các báo cáo, các tài liệu bàn giao, và các sản phẩm cuối cùng được cung cấp (vào các thời hạn cụ thể) bởi bên thực hiện công việc cần phải được nêu rõ ràng tại phần này.

4. Phạm vi công việc và tài sản chuyển giao là cơ sở để CQKK nhượng quyền cho NĐT phát triển dự án để đạt được các mục tiêu của cả hai bên đề ra. Sau khi ký Hợp đồng, NĐT có quyền giao lại cho DNDA thực hiện các quyền và nghĩa vụ của Hợp đồng, với điều kiện là NĐT vẫn phải chịu trách nhiệm với CQKK về việc DNDA thực hiện các công việc trong phạm vi công việc và chuyển giao các tài sản theo quy định tại Hợp đồng.

5. Để thực hiện phạm vi công việc có chất lượng, Hợp đồng cần quy định rõ tiêu chuẩn công việc và dịch vụ do DNDA thực hiện, thể hiện trong tài liệu thông số kỹ thuật chi tiết về sản phẩm đầu ra và được lập thành Phụ lục của Hợp đồng.

## **4. TUYÊN BỐ VÀ BẢO ĐẢM CỦA CÁC BÊN**

1. Để tránh việc nhà đầu tư (NĐT) hay DNDA nại ra rằng mình tin tưởng vào thông tin do CQKK cung cấp mà đầu tư, sau đó bị thiệt hại và đòi bồi thường, NĐT và DNDA cần cam đoan và bảo đảm rằng mình đã nghiên cứu kỹ và kiểm tra lại tất cả các thông tin đươc CQKK cung cấp và không có khiếu nại gì về tính không chính xác của các thông tin hay dự toán không thực tế (nếu có) liên quan đến các dự báo, hiểu rõ rằng việc đầu tư xây dựng dự án có các rủi ro tiềm tàng, và chịu rủi ro đó trừ trường hợp quy định trong Hợp đồng là rủi ro do CQNN gánh chịu.

2. CQKK phải nêu rõ rằng việc cung cấp thông tin về điều kiện địa chất, dự báo kinh tế của CQKK chỉ có tính chất tham khảo và NĐT phải kiểm tra lại; CQKK không chịu trách nhiệm về tính chính xác của các thông tin đó (trừ trường hợp các hạn chế này ảnh hưởng đến hiệu lực của Hợp đồng).

**5. NGHĨA VỤ CỦA DNDA**

Dự thảo cần bổ sung DNDA có nghĩa vụ xin mọi giấy phép và chấp thuận cần thiết để thực hiện dự án, trừ khi Hợp đồng quy định rõ CQKK xin giấy phép cụ thể, để tránh việc CQKK bị kiện do chậm xin giấy phép và chấp thuận cho DNDA, vốn dĩ phụ thuộc vào sự đầy đủ của hồ sơ mà DNDA chuẩn bị.

Để tránh CQKK bị kiện do chậm bàn giao mặt bằng hay mặt bằng vướng tiện ích, dự thảo cần quy định DNDA có nghĩa vụ nhận đất đai, tài sản từ CQKK để thực hiện dự án theo đúng thực trạng sẵn có và phải chịu trách nhiệm dọn dẹp mặt bằng để thi công theo tiến độ được duyệt. “Theo tiến độ thi công” có nghĩa là CQKK có quyền bàn giao từng phần mặt bằng chứ không nhất thiết toàn bộ, miễn là đảm bảo được tiến độ thi công của DNDA.

Cần lưu ý bàn giao mặt bằng (về mặt pháp lý) khác với giải phóng mặt bằng, vốn là nghĩa vụ của chủ đầu tư (trong trường hợp này là DNDA) đối với nhà thầu xây dựng. DNDA không có quyền từ chối nhân mặt bằng để thi công với bất kỳ lý do nào. Trừ trường hợp có thỏa thuận khác trong Hợp đồng, nếu mặt bằng chưa dọn dẹp các công trình tiện ích, DNDA có trách nhiệm chủ động dọn dẹp và dự toán tổng vốn đầu tư cho khoản này.

Hợp đồng cần quy định rõ là DNDA chịu mọi rủi ro đối với Hợp đồng trừ trường hợp được quy định rõ trong Hợp đồng là rủi ro thuộc trách nhiệm của CQKK.

## **6. CÁC GIAI ĐOẠN THỰC HIỆN CÔNG VIỆC, ĐIỀU KIỆN TIÊN QUYẾT ĐỂ CHUYỂN GIAI ĐOẠN**



1. Phần này đưa ra thời hạn mà DNDA phải bàn giao các phần công việc (các giai đoạn quan trọng) đã quy định và toàn bộ phạm vi công việc, cùng các điều kiện tiên quyết để bắt đầu giai đoạn tiếp theo.

Giai đoạn 1 - Thiết kế, khảo sát, tìm nguồn vốn.

Giai đoạn 2 - Xây dựng, nghiệm thu, và đưa vào kinh doanh

Giai đoạn 3:

- Đối với Hợp đồng BOT/BOO/BLT: kinh doanh: nêu thời gian kể từ khi kết thúc Giai đoạn 2 và (đối với BOT và BLT) chuyển giao Công trình cho CQNN khi hết thời hạn kinh doanh.

- Đối với Hợp đồng BTO/BTL: chuyển giao Công trình cho CQNN khi kết thục Giai đoạn 2, và thuê lại Công trình để kinh doan trong thời hạn theo thỏa thuận từ khi kết thúc Giai đoạn 2.

2. Điều kiện tiên quyết để chuyển từ Giai đoạn 1 sang Giai đoạn 2 có thể được thỏa thuận như sau:

* + - * CQKK đã bàn giao mặt bằng đủ để khởi công dự án trên thực địa, và cung cấp đường vào dự án (theo thỏa thuận);
      * NĐT và DNDA đã xin được các chấp thuận cần thiết, giấy phép nhập khẩu, giấy phép xây dựng, các giấy phép về môi trường hoặc các giấy phép cần thiết khác để khởi công;
      * NĐT đã ký kết các tài liệu bảo lãnh và bảo đảm, bao gồm cả các bảo đảm thực hiện dự án;
      * NĐT đã góp đủ vốn vào DNDA;
      * Các bên cho vay tài trợ dự án xác nhận điều kiện giải ngân lần đầu đã thỏa mãn (Đóng Tài chính), bao gồm các điều kiện như:
        1. NĐT và DNDA đã ký kết hay nhận được các tài liệu dự án theo yêu cầu của các bên cho vay;
        2. NĐT và DNDA đã ký các hợp đồng bảo hiểm để thực hiện công việc xây dựng;
        3. NĐT đã được xác nhận các ưu đãi đầu tư (nếu phù hợp).

3. Điều kiện tiên quyết để chuyển từ Giai đoạn 2 sang Giai đoạn 3 là:

* + 1. Biên bản nghiệm thu công trình, có phê duyệt của cơ quan có thẩm quyền (nếu áp dụng);
    2. Các phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường, phòng cháy chữa cháy; và
    3. Xác nhận đạt tiêu chí đầu ra trong quay trình thử nghiệm.

4. Trường hợp một bên chưa thể hoàn thành các điều kiện tiên quyết trước một hạn chót theo thỏa thuận, bên kia vẫn có thể cho phép bên chưa hoàn thành tiếp tục chuyển sang giai đoạn tiếp theo, hoặc gia hạn hoàn thành điều kiện tiên quyết này. Nếu không thể thỏa thuận được, thì bên không vi phạm có quyền yêu cầu chấm dứt Hợp đồng và buộc bên không đạt được điều kiện tiên quyết phải bồi thường thiệt hại.

5. Để tạo điều kiện có nguồn thu và trả nợ Bên Cho vay, DNDA có quyền yêu cầu CQKK nghiệm thu từng phần và kinh doanh từng phần của dự án nếu tính chất của dự án cho phép.

4. Trường hợp dân cư tại địa điểm dự án cần phải di dời, thì Hợp đồng có thể thỏa thuận CQKK chịu trách nhiệm, hoặc trợ giúp DNDA trong việc di dời số cư dân này.

5. Quyền tiếp cận mặt bằng sớm và đúng hạn là yếu tố cơ bản cho việc hoàn thành kịp thời các công việc; do đó nói chung cơ quan nhà nước sẽ chịu trách nhiệm đối với chậm trễ hay các khoản chi phí gia tăng nào phát sinh do việc chậm bàn giao mặt bằng dự án, nếu việc chậm trễ đó ảnh hướng đến tiến độ thi công trên thực tế.

## **7. KINH DOANH CÔNG TRÌNH DỰ ÁN**

1. Hợp đồng có thể thỏa thuận trong trường hợp mức phí và lệ phí thu được thấp hơn một tỷ lệ nhất định so với dự toán vì lý do khách quan, DNDA có quyền đề xuất CQKK xin chấp thuận thay đổi mức phí thu hoặc gia hạn thời hạn Hợp đồng để bù đắp khoản thiếu hụt. Nếu không xin được chấp thuận thì sẽ áp dụng cơ chế chia sẻ doanh thu theo quy định tại Điều 82 Luật PPP.

2. Đối với dự án có nguồn thu ổn định (thí dụ các hợp đồng BOT ngành điện), DNDA cung cấp sản lượng và nhận thanh toán theo quy định với bên mua san phẩm. Cơ chế cam kết và điều chỉnh sản lượng được tự do thỏa thuận trực tiếp với bên mua.

3. Hợp đồng có thể quy định DNDA có trách nhiệm xây dựng quỹ bảo trì và tiến hành bảo trì để (i) dự án luôn trong tình trạng có thể hoạt động đến hết tuổi thọ, (ii) sửa chữa các hư hỏng phát sinh trong quá trình sử dụng và (ii) cung cấp dịch vụ theo các tiêu chí KPI đã thỏa thuận. Quỹ bảo trì hàng năm được tính theo % giá trị dự án.

4. Đối với các Hợp đồng BTL và BLT, DNDA được nhận thanh toán từ CQKK sau khi đạt được các điều kiện như (a) dự án đi vào kinh doanh, (b) Chất lượng dự án đạt tiêu chí tối thiểu quy định tại KPI; và (c) Số tiền mà DNDA nhận được tỷ lệ thuận với việc đạt các tiêu chí KPI. Có nghĩa là trong trường hợp DNDA không đạt được các tiêu chí này, CQKK có quyền khấu trừ thanh toán tương ứng với giá trị phần không đạt.

5. Trong trường hợp không thể thanh toán được theo tiêu chí tại mục (c) (ví dụ công viên, nhà vệ sinh được sử dụng miễn phí cho mọi người), thì số tiền mà DNDA nhận được sẽ là một khoản tiền cố định cho toàn bộ phần sử dụng đó.

## **8.** **CHIA SẺ DOANH THU**

1. Nghĩa vụ báo cáo doanh thu: Hợp đồng cần quy định DNDA có nghĩa vụ báo cáo doanh thu cho CQKK, kể cả thiết lập phần mềm và hệ thống theo dõi doanh thu sao cho không xảy ra tình trạng gian lận doanh thu. Mọi giao dịch phát sinh doanh thu liên quan đến dự án phải được ghi nhận trên hệ thống. Hợp đồng có thể quy định rõ các khoản thu nào đươc tính vào doanh thu dự án, và nghĩa vụ báo cáo doanh thu tuần, tháng, năm của DNDA với CQKK.

2. Theo Điều 82 Luật PPP, DNDA được chia sẻ rủi ro trong một số trường hợp, như Doanh thu từ dự án không đạt 75% Doanh thu dự kiến trong năm tài chính. Hợp đồng có thê quy định thêm: DNDA có nghĩa vụ phải hạn chế thiệt hại ở mức thấp nhất trước khi yêu cầu CQNN chia sẻ rủi ro, và nếu doanh thu thực tế quá thấp so với Doanh thu dự kiến liên tục trong 3 năm, CQKK có quyền yêu cầu chấm dứt Hợp đồng.

3. Hợp đồng cần quy định rõ ràng quy trình thanh toán do chia sẻ rủi ro, các tài liệu mà DNDA cần chuẩn bị, thời gian chấp thuận của CQKK và thẩm quyền thanh toán của CQKK từ ngân sách chi thường xuyên, nếu quỹ dự phòng của dự án án không đủ để thanh toán.

4. Hợp đồng nên quy định tiền chia sẻ doanh thu sẽ được thanh toán vào các tài khoản theo thứ tự ưu tiên như sau (tài khoản sau chỉ được thanh toán khi tài khoản trước không còn dự nợ): Tài khoản trả Nợ Cao cấp; Tài khoản trả Quỹ Bảo trì dự án; Tài khoản trả chi phí vận hành dự án; và Tài khoản doanh thu cho dự án.

5. Điều 82 Luật PPP cũng quy định DNDA phải chia sẻ 50% doanh thu vượt trội so với 125% của Doanh thu dự kiến hàng năm. Hợp đồng cần làm rõ quy trình thanh toán do chia sẻ lợi nhuận, và thời hạn thanh toán, thí dụ trong vòng 90 ngày kể từ khi kế thúc năm tài chính.

## **9. CHUYỂN GIAO CÔNG TRÌNH**



1. Điều 67 của Luật PPP quy định thủ tục và điều kiện để chuyển giao công trình dự án. Nhìn chung, việc chuyển giao công trình dự án phải được công khai một năm trước khi thực hiện việc chuyển giao đó, cơ quan có thẩm quyền sẽ đánh giá việc công trình dự án có đáp ứng các tiêu chuẩn theo yêu cầu của hợp đồng, DNDA sẽ chuyển giao công nghệ và thực hiện việc huấn luyện đào tạo cũng như thực hiện duy tu bảo dưỡng định kỳ cho công trình dự án. Sau khi chuyển giao công trình dự án, cơ quan có thẩm quyền tiếp nhận việc quản lý và kinh doanh công trình dự án.

2. Hợp đồng có thể thỏa thuận rằng dự án sẽ được “chuyển giao lại” cho Nhà nước trong tình trạng đã được duy tu bảo dưỡng hợp lệ khi kết thúc thời hạn dự án. Ví dụ, hợp đồng có thể quy định:

* + - 1. các chỉ số về tình trạng mà các tài sản phải có khi kết thúc thời hạn hợp đồng (ví dụ, tuổi thọ còn lại của mỗi loại tài sản, khả năng đáp ứng một số thử nghiệm về công năng);
      2. Mọi thiết bị, tài sản đều trong tình trạng sử dụng tốt và đảm bảo phục vụ được nhu cầu công cộng như quy định tại KPI;
      3. Các nhân viên của dự án có đủ tại các vị trí cần thiết và được huấn luyện đầy đủ để vận hành và sửa chữa nhỏ đối với dự án;
      4. Các tài liệu, bản vẽ, hướng dẫn đã được bàn giao đầy đủ cho CQNN để có thể tiếp tục thực hiện, phát triển dự án;
      5. dự án không còn bị cầm cố, thế chấp hay bất kỳ hạn chế về quyền sở hữu nào khác; và
      6. việc xác minh bởi kiểm toán nhà nước về việc các công việc phải đáp ứng các điều kiện chuyển giao lại đã được hoàn thành thỏa đáng (điều này cũng có thể dẫn tới việc giải ngân các số tiền giữ lại cho DNDA).

3. Để kiểm kê tài sản và chốt số liệu trước khi chuyển giao, Hợp đồng có thể thỏa thuận một thời hạn trước ngày dự định chuyển giao, NĐT gửi thông báo cho CQKK đến kiểm tra tình trạng dự án. Trong thời hạn ngắn hơn, kể từ ngày nhận được thông báo, CQKK phải hoàn tất kiểm tra và thông báo cho NĐT các hạng mục chưa đạt. CQKK chậm trễ trong việc gửi thông báo được coi như đã chấp thuận tình trạng dự án theo như thông báo của NĐT.

4. Hợp đồng có thể thỏa thuận rằng vào thời điểm chuyển giao, CQKK và NĐT ký biên bản chuyển giao tài sản, tài liệu và nhân viên và các khoản nợ (nếu có – trường hợp chấm dứt Hợp đồng do vi phạm). Các sai sót có thể khắc phục vào thời điểm chuyển giao sẽ được ký vào Phụ lục và thực hiện một trong các giải phải pháp sau:

(a) Gia hạn cho NĐT khắc phục; hoặc

(b) Trừ tiền từ khoản thanh toán cho Nhà đầu tư hay Bên Cho vay

5. Trừ trường hợp chấm dứt Hợp đồng do vi phạm, vào trước thời điểm chuyển giao, NĐT và DNDA phải hoàn tất các thủ tục sau đây:

(a) Tất toán mọi khoản nợ với bên cho vay, mọi nghĩa vụ thuế với cơ quan nhà nước, mọi khoản nợ đối với người lao động;

(b) Tất toán mọi khoản nợ thứ cấp và mọi khoản nợ với các bên thứ ba khác;

(c) Giải thể DNDA (trừ trường hợp CQNN yêu cầu duy trì DNDA); và

(d) Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định pháp luât và thỏa thuận tại Hợp đồng.

4. Ngay khi hoàn thành việc chuyển giao các tài sản dự án cho Nhà nước và xác nhận rằng DNDA không còn bất cứ nghĩa vụ nào còn tiếp tục hoặc chưa hoàn thành đối với Nhà nước, DNDA sẽ được giải thể theo Luật Doanh nghiệp. CQKK tiếp thu dự án từ thời điểm ký biên bản bàn giao và phải chỉ định doanh nghiệp / cơ quan nhận tiếp thu dự án. Các nhân viên của dự án sẽ được ký hợp đồng với cơ quan hay doanh nghiệp được CQNN chỉ định nhận dự án. Lao động dôi dư sẽ được giải quyết theo quy định của luật lao động hiện hành.

## **10. CÁC SỰ KIỆN THAY ĐỔI**



1. Trên nguyên tắc, do DNDA là chủ đầu tư của dự án, vì vậy mọi thay đổi trong quá trình xây dựng nếu không phải do CQKK yêu cầu đều thuộc rủi ro và chi phí của DNDA và NĐT. Tuy nhiên, trước khi tiến hành bất kỳ thay đổi nào ngoài phạm vi công việc đã quy định trong Hợp đồng, NĐT cần gửi văn bản yêu cầu CQKK chấp thuận thay đổi, và chỉ được tiến hành thay đổi sau khi CQKK đã chấp thuận các thay đổi đó.

2. Nếu CQKK thay đổi KPI, như về công năng và phạm vi sử dụng của dự án, thay đổi về công suất (khối lượng) dự án hay các thay đổi về tiêu chí kỹ thuật của dự án, thì DNDA có quyền xác nhận lại xem có thể thực hiện thay đổi mà không làm phát sinh chi phí hay không. Trong trường hợp việc thay đổi phải phát sinh chi phí, các bên sẽ đàm phán về mức phí để tiến hành thay đổi. Trong trường hợp không có sự đồng thuận thì CQKK có quyền thuê bên thứ ba thực hiện thay đổi với điều kiện không làm ảnh hưởng đến tiến độ thi công của DNDA.

3. Đối với các dự án có thu phí sử dụng, Hợp đồng có thể quy định rằng trong trường hợp doanh thu bị sụt giảm bất ngờ dưới một tỷ lệ % nhất định so với doanh thu dự kiến, NĐT có quyền yêu cầu CQNN thay đổi cách tính phí và công khai chi phí để để đạt được sự đồng thuận với người sử dụng. Các giải trình thay đổi này bao gồm:

a. Cách tính phí và chi phí theo Hợp đồng cùng các giả định về thời điểm hoàn vốn.

b. Các thay đổi về giả định dẫn đến buộc phải thay đôi phí.

c. Các cải tiến về công nghệ, kỹ thuật nhằm giảm chi phí.

d. Các lợi ích gia tăng cho người sử dụng khi có các thay đổi về phí.

5. CQKK sẽ tiên hành kiểm tra tính xác thực và hợp lý của đề xuất tăng phí và trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trong trường hợp cần thiết, CQKK có quyền yêu cầu DNDA tham khảo bản chào của ít nhất ba nhà thầu khác để tìm mức phí hợp lý nhất và không làm tăng gánh nặng trả phí cho người sử dụng. Trong trường hợp không thể tăng phí do quy định của pháp luật, CQKK sẽ ra kết luận sau cùng trong thời hạn, và NĐT được quyền áp dụng cơ chế chia sẻ doanh thu theo quy định tại Điều 82 Luật PPP.

6. Trường hợp có thay đổi quy định của luật, văn bản dưới luật, chính sách, chỉ thị áp dụng cho dự án có tính chất bắt buộc, khiến cho mục đích của NĐT trong Hợp đồng này không thể đạt được, mặc dù NĐT đã thực hiện nghĩa vụ khắc phục các khó khăn, thì NĐT được quyền yêu cầu bổ sung, sửa đổi hợp đồng. Hợp đồng cần quy định rõ các tài liệu chứng minh thiệt hại của NĐT để CQKK có thể trình các cấp có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung hợp đồng. Trong trường hợp NĐT chịu thiệt hại không thể khắc phục bằng cách sửa đổi, bổ sung Hợp đồng thì NĐT được quyền áp dụng cơ chế chia sẻ rủi ro theo Điều 82 PPP.

## **11.** **CHẤM DỨT TRƯỚC HẠN**



1. Điều 52 của Luật PPP quy định các trường hợp chấm dứt hợp đồng trước thời hạn: chấm dứt do sự kiện vi phạm của NĐT hay DNDA, và chấm dứt do Sự kiện vi phạm của Cơ quan Nhà nước. Do chấm dứt Hợp đồng là các trường hợp nghiêm trọng, nên cũng chỉ có thể áp dụng đối với sự kiện vi phạm nghiêm trọng. Vi phạm nghiêm trọng, hay vi phạm cơ bản Hợp đồng được quy định tại Điều 3 của Luât thuong mai. Đó là các vị phạm của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng.

2. Đối với sự kiện vi phạm của NĐT hay DNDA, các sự kiện sau đây thường được đưa vào danh mục các sự kiện vi phạm:

* + - 1. vi phạm nghĩa vụ nghĩa vụ theo Hợp đồng này mà việc vi phạm đó gây ra ảnh hưởng nghiêm trọng và bất lợi tới mục tiêu cung cấp dịch vụ theo các tiêu chí KPI quy định tại Hợp đồng. Các bên có thể quy định là các hành vi nghiêm trọng là khi hành vi vi phạm đó không được khắc phục trong trong thời hạn nhất định kể từ ngày CQKK gửi một thông báo văn bản tới NĐT nêu rõ rằng sự kiện vi phạm đang xảy ra.
      2. Tòa án ra quyết định giải thể NĐT hay DNDA hoặc một nghị quyết giải thể, NĐT hay DNDA PPP rơi vào tình trạng phá sản, hoặc một quản tài viên được lựa chọn theo pháp luật về phá sản liên quan đối với NĐT hay DNDA;
      3. Chậm tiến độ thực hiện công việc quá một thời hạn nhất định mà không do lỗi của CQKK;
      4. NĐT hay DNDA chuyển nhượng lại bất kỳ quyền hay nghĩa vụ nào của mình theo Hợp đồng này mà không có chấp thuận của CQKK; hay
      5. Bất kỳ cam đoan hay bảo đảm trọng yếu nào được NĐT đưa ra với CQKK là sai trái (về năng lực thực hiện dự án, về địa vị pháp lý, hiệu lực của các chấp thuận mà NĐT hay DNDA có để Hợp đồng có hiệu lực).

3. Cần lưu ý là vi phạm của các cơ quan nhà nước khác không đương nhiên được coi là vi phạm của CQKK, mà sẽ được coi là trường hợp bất khả kháng do hành vi hay quyết định hành chính (mà NĐT hay DNDA có quyền khiếu nại hay khởi kiện hành chính), hoặc hay đổi chính sách hay pháp luật (mà NĐT có quyền chấm dứt do thay đổi chính sách hay pháp luật). Ngoại lệ của nguyên tắc này là NĐT hay DNDA có quyền coi việc rút hay thay đổi một cách bất hợp pháp bất kỳ giấy phép hay chấp thuận cần thiết nào để NĐT có thể cung cấp được dịch vụ trong quá trình kinh doanh là vi phạm nghiêm trọng của CQKK, để các cơ quan công quyền có nghĩa vụ phải tôn trọng các giấy phép hay cam kết đã cấp cho NĐT và DNDA. Trong trường hợp CQKK hay các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khắc phục được hành vi vi phạm được NĐT thông báo, CQKK sẽ được coi là không còn rơi vào tình trạng vi phạm.

4. Hợp đồng cần quy định rõ việc NĐT hay DNDA không đạt được Chốt tài chính đúng hạn theo Hợp đồng hay vi phạm các thỏa thuận tài chính dẫn đến việc DNDA mất khả năng thanh toán và tiếp tục thực hiện dự án cũng có thể là lý do để chấm dứt Hợp đồng dự án PPP. Đối với trường hợp NĐT không thu xếp được tài chính trong thời hạn quy định tại Hợp đồng và không được CQNN gia hạn trong thời hạn nói trên, các bên có thể thỏa thuận là Hợp đồng sẽ tự động chấm dứt và không có nghĩa vụ nào phát sinh đối với các bên.

5. Trong trường hợp Hợp đồng bị chấm dứt do NĐT hay DNDA vi phạm nghĩa vụ với Bên cho vay, CQNN sẽ tiến hành đàm phán với Bên cho vay để xác định các khoản nợ vào thời điểm chấm dứt (Nợ Chấm dứt). Thông thường, đây là các khoản nợ chưa được thanh toán cho bên cho vay vào thời điểm chấm dứt Hợp đồng, trừ đi các khoản tiền mà bên cho vay đã nhận hoặc chắc chắn sẽ nhận từ DNDA/NĐT hay các bên thứ ba khác.

6. Trong trường hợp 4(b) (bên cho vay tiếp nhận dự án), các bên cho vay và CQKK sẽ ký kết một thỏa thuận trực tiếp của các bên cho vay. Thỏa thuận trực tiếp đó quy định các yêu cầu về thông báo, các thời hạn tạm ngưng, các quyền tiếp nhận dự án và các quyền không tiếp nhận dự án, các thời hạn khắc phục và các cơ chế khác được dự tính để duy trì tính liên tục của dự án trong trường hợp DNDA mắc vi phạm hoặc rời bỏ dự án. Các quyền tiếp nhận dự án của các bên cho vay để tiếp nhận hoặc chỉ định một tổ chức có thẩm quyền tiếp nhận các quyền và nghĩa vụ của DNDA được quy định theo pháp luật Việt Nam.

7. Khi Hợp đồng chấm dứt, NĐT và DNDA chuyển giao lại dự án cho CQKK, còn CQKK thanh toán một khoản tiền cho NĐT, tùy vào tình huống dẫn đến chấm dứt Hợp đồng.

8. Để tiến hành kiểm kê tài sản dự án khi chuyển giao và bảo vệ quyền lợi của các bên cho vay, Hợp đồng sẽ dẫn chiếu đến các quy định về kiểm kê tài sản và và chuyển giao tài sản theo hướng dẫn tại Chương II trên đây (phần chuyển giao công trình, cơ sở hạ tầng).

9. Khi CQKK (hoặc người do CQKK chỉ định) nhận lại dự án và các tài sản của dự án được giải tỏa khỏi các biện pháp bảo đảm, CQKK phải thanh toán một khoản tiền, gọi là Thanh toán khi chấm dứt hợp đồng. Số tiền phải thanh toán do các bên thỏa thuận. Để hướng dẫn, số tiền này có thể quy định bằng với (a) tổng **giá trị tài sản khi được chuyển giao**, theo phương pháp thỏa thuận, do cơ quan định giá độc lập quốc tế xác định (để đảm bảo tính khách quan), trừ đi [theo thứ tự ưu tiên] (b) các khoản nợ có bảo đảm chưa thanh toán của DNDA, (c) các khoản bồi thường thiệt hại mà DNDA hay NĐT phải trả cho CQKK theo quy định tại Hợp đồng, (d) các chi phí cho việc chuyển giao dự án trong tình trạng vận hành bình thường, và (đ) các khoản nợ không có bảo đảm hoặc khoản góp vốn của NĐT, cộng với (e) lợi nhuận ấn định của NĐT theo Hợp đồng (trường hợp Hợp đồng chấm dứt do lỗi của CQKK). Trong trường hợp kết quả là âm hay bằng không, thì CQKK thỏa thuận lại số tiền phải thanh toán cho NĐT dựa trên giá trị xã hội và các lợi ích công mà CQKK nhận được từ dự án. Các tranh chấp sẽ được giải quyết bằng điều khoản giải quyết tranh chấp.

10. Cái khó nhất là tính toán “giá trị tài sản được chuyển giao như thế nào”. Theo báo cáo đánh giá của công ty luật Allen & Overy, thì ở châu Âu hiện đang áp dụng 3 phương pháp đánh giá (1) đánh giá dựa trên chi phí NĐT đã bỏ ra cho dự án, (2) đánh giá dựa trên giá trị thị trường của dự án, và (3) đánh giá dựa trên dòng tiền tương lai của dự án (discounted cashflow – DCF). Mỗi đánh giá có ưu điểm và nhược điểm khác nhau.[[1]](#footnote-1)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Phương pháp đánh giá dựa trên … | Ưu điểm | Nhược điểm |
| chi phí NĐT đã bỏ ra cho dự án | An toàn cho NĐT, dễ tính toán | Rủi ro/áp lực cho CQKK, NĐT kém có lợi (vì được bù chi phí), NĐT có hiệu quả bất lợi (vì không được hưởng thành quả của mình) |
| giá trị thị trường của dự án | Rủi ro cho NĐT, khó tính toán | CQKK cũng không biết kết quả định giá sẽ như thế nào, NĐT có thể sẽ chịu rủi ro do phải trả phí tăng do những lý do ngoài tầm kiểm soát của mình. |
| Dòng tiền tương lai của dự án | Dễ tính toán, công bằng hơn phương án 1 và phương án 2 | Giá trị có thể cao hơn phương án 2. |

Từ đó có thể kết luận, phương án công bằng nhất có lẽ là phương án dòng tiền tương lai của dự án.

12. Việc thanh toán các khoản vào thời điểm chấm dứt Hợp đồng sẽ được tính toán theo phương pháp đối trừ công nợ. Số dư tiền mặt sẽ được cộng vào giá trị tài sản. Các khoản tiền từ bảo hiểm, và/hoặc các quyền khiếu nại các nhà thầu phụ hoăc bên thứ ba khi phát sinh cũng sẽ được cộng vào giá trị tài sản để tiến hành tính lại giá trị thanh toán vào thời điếm chấm dứt và trả lại cho NĐT. CQKK có thể thỏa thuận ủy quyền lại cho NĐT giải quyết các khoản phải thu của DNDA tại thời điểm chấm dứt Hợp đồng. Trong trường hợp có phán quyết của Tòa án hay Trọng tài trong các tranh chấp có liên quan, việc thanh toán sẽ thực hiện theo quyết định của Tòa án hay Trọng tài.

1. https://www.eib.org/attachments/epec/epec\_terminaison\_and\_force\_majeure\_en.pdf [↑](#footnote-ref-1)