

# QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA NHÀ ĐẦU TƯ TRONG HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG - KINH DOANH - CHUYỂN GIAO THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

**MAI XUÂN HỘI\***

*Ngày nhận bài: 02/03/2021*

*Ngày phản biện: 10/03/2021*

*Ngày đăng bài: 30/06/2021*

## **Tóm tắt:**

Đầu tư theo hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (sau đây viết tắt là BOT) đã và đang thu hút được sự quan tâm của các nhà đầu tư (NĐT) và toàn xã hội. Điều này càng đặc biệt hơn khi Quốc Hội vừa thông qua Luật Đầu tư theo phương thức Đối tác công tư năm 2020 (Luật Đối tác công tư). Trong đó, vấn đề NĐT rất quan tâm là, quyền và nghĩa vụ của mình được quy định như thế nào khi bỏ vốn đầu tư theo hợp đồng BOT. Tuy nhiên, qua tìm hiểu các quy định, đặc biệt là Luật Đối tác công tư nhận thấy, một số quy định về quyền và nghĩa vụ của NĐT vẫn còn những điểm bất cập. Vì lẽ đó, bài viết hướng tới phân tích để làm rõ những bất cập, từ đó đề xuất giải pháp góp phần hoàn thiện quy định về quyền và nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT.

## **Từ khóa:**

Quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư, dự án BOT, hợp đồng BOT.

## **Abstract:**

Investing under build - operate - transfer contract (hereinafter abbreviated as BOT) has been attracting the attention of investors (Investors) and the whole society. This is even more special when the National Assembly has just passed the Law on Investment in the form of Public Private Partnership in 2020 (Law on Public Private Partnerships). In which, the issue that investors are very concerned about is how their legal rights and benefit are guaranteed by law when investing capital in BOT contracts. However, through studying the regulations, especially the Law on Public-Private Partnership, it is found that some regulations on the rights and obligation of investors still have shortcomings. Therefore, the article aims to analyze in order to specify the inadequacies from which to propose a solution to complete the provisions of the rights and obligations in BOT contracts.

## **Keywords:**

Investor's rights and obligation, BOT project, BOT contract.

---

\* ThS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: hoimx@hul.edu.vn

## 1. Quy định về quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư trong trong hợp đồng BOT

Huy động nguồn lực xã hội để phát triển kết cấu hạ tầng theo hình thức hợp đồng BOT là giải pháp hiệu quả, sớm được lựa chọn ở nhiều quốc gia trên thế giới. Nó giúp các quốc gia giải bài toán về nguồn vốn cũng như giải quyết được nhu cầu cơ sở hạ tầng để phát triển kinh tế, đáp ứng nhu cầu của người dân. Quan sát một số quốc gia trên thế giới, như Philippines có thể thấy, để giải quyết nguồn vốn với ngân sách nhà nước cho việc xây dựng y tế, giáo dục, công nghệ thông tin, truyền thông, năm 1990, quốc gia này đã ban hành Luật BOT và được sửa đổi vào năm 1994<sup>1</sup> hay Hàn Quốc cũng đã sớm xây dựng Luật riêng điều chỉnh sự tham gia của thành phần kinh tế tư nhân trong xây dựng cơ sở hạ tầng. Theo đó, năm 1996, Hàn Quốc ban hành Luật số 5624, quy định chi tiết về hợp tác công - tư trong phát triển cơ sở hạ tầng<sup>2</sup>.

Ở Việt Nam, đầu tư theo hợp đồng BOT là chủ trương được Đảng và Chính phủ tiếp tục quan tâm, triển khai. Điều này được khẳng định khi liên tiếp ban hành Luật Đầu tư năm 2014 thay thế cho Luật Đầu tư năm 2005, Luật Đầu tư công năm 2014, Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư ( gọi tắt là Nghị định 63/2018/NĐ-CP) và vừa qua tại kỳ họp thứ 9, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật Đối tác công tư, chính thức có hiệu lực vào ngày 01/01/2021. Theo đó, để triển khai công trình dự án BOT, pháp luật quy định cơ quan nhà nước có thẩm quyền và NĐT được lựa chọn phải tiến hành thông qua hợp đồng BOT<sup>3</sup>.

Hợp đồng BOT là sự hợp tác của một bên là NĐT, chủ thể có tư cách pháp lý độc lập, bên còn lại là đại diện của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Sự hợp tác của hai chủ thể này đã tạo ra tài sản là công trình dự án BOT. Trong đó, NĐT là chủ thể bỏ vốn chủ yếu để xây dựng nên công trình, sau đó được tiến hành khai thác một thời gian theo thỏa thuận, kết thúc phải chuyển giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý<sup>4</sup>. Như vậy, xét về mặt lý luận, để triển khai công trình theo hợp đồng BOT phải trải qua ba giai đoạn, giai đoạn NĐT bỏ vốn ra để xây dựng hạ tầng cơ sở, giai đoạn NĐT tiến hành khai thác công trình đã xây dựng và giai đoạn cuối cùng là NĐT chuyển giao công trình đã bỏ vốn xây dựng cho cơ quan nhà nước quản lý. Vì vậy, các nội dung trong hợp đồng BOT luôn chứa đựng quyền và nghĩa vụ của NĐT xuyên suốt ba giai đoạn nêu trên. Cụ thể:

---

<sup>1</sup> Nguyễn Hùng Việt (2019), *Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT) theo pháp luật Việt Nam hiện nay từ thực tiễn đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng giao thông của tỉnh Quảng Ninh*, Luận văn Thạc sĩ Luật Kinh tế, thực hiện tại Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, tr.26-27.

<sup>2</sup> Hoàng Thị Ngọc Lan (2012), *Quy định về hợp đồng BOT, BTO và BT theo pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài*, Luận văn Thạc sĩ Luật Quốc tế, thực hiện tại Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.

<sup>3</sup> Xem Điều 45 Luật Đối tác công tư năm 2020.

<sup>4</sup> Dương Đăng Huệ (2020), *Bản chất pháp lý về quyền của nhà đầu tư và quyền của doanh nghiệp dự án đối với công trình dự án BOT*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số định kỳ tháng 6 (339),tr.42.

(i) Quy định về quyền và nghĩa vụ của NĐT trong giai đoạn xây dựng công trình. Đây là nội dung trọng tâm mà các bên hướng tới khi đàm phán, soạn thảo hợp đồng BOT, đặc biệt là đối với phía nhà nước. Xây dựng hạ tầng cơ sở là trách nhiệm của nhà nước để phục vụ phát triển kinh tế, an ninh và xã hội, tuy nhiên công việc này tốn rất nhiều kinh phí, trong khi đó ngân sách của các quốc gia thường không đủ để chi phí, cần đến vốn đầu tư từ NĐT. Do đó, đối với nhà nước thì giai đoạn xây dựng hạ tầng cơ sở được xem là mục tiêu hướng đến. Vì thế, quy định về quyền và nghĩa vụ của NĐT trong giai đoạn này hết sức quan trọng, tập trung vào các nội dung chính như: Quyền được đấu thầu, chỉ định thầu đối với các dự án trong hợp đồng BOT; nghĩa vụ trong vấn đề giải phóng mặt bằng; quy mô, địa điểm và tiến độ thực hiện dự án; thời gian xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng; thời điểm có hiệu lực của hợp đồng; thời hạn hợp đồng; thực hiện thiết kế, tiến hành xây dựng công trình, công tác giám sát, nghiệm thu chất lượng công trình xây dựng...

(ii) Quy định về quyền và nghĩa vụ của NĐT ở giai đoạn kinh doanh công trình xây dựng. Khác với hợp đồng BTO hay hợp đồng BT, khi tham gia hợp đồng theo hình thức BOT thì NĐT được quyền trực tiếp khai thác công trình hạ tầng do mình xây dựng trong một thời gian theo thỏa thuận để thu hồi lại vốn đầu tư và khoản lợi nhuận, sau đó có nghĩa vụ chuyển giao công trình xây dựng cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý, khai thác. Trong khi đó, nếu đầu tư theo hình thức BT thì NĐT không có quyền kinh doanh, khai thác trực tiếp công trình mình đã xây dựng, theo đó phải có nghĩa vụ chuyển giao công trình đó cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý. Hay nếu đầu tư theo hình thức BTO thì NĐT cũng phải chuyển giao công trình xây dựng ngay sau khi xây dựng xong cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó nhà nước sẽ tạo điều kiện cho NĐT kinh doanh ở một công trình hoặc nội dung đối ứng vốn khác. Vì thế, nội dung công việc mà các bên tập trung thỏa thuận trong giai đoạn này là thời gian khai thác công trình; nghĩa vụ vận hành, bảo dưỡng công trình, kinh doanh và khai thác công trình dự án và tiến hành chuyển giao công trình.

(iii) Quy định quyền và nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT ở giai đoạn chuyển giao công trình xây dựng. Đây là những công việc cuối cùng kết thúc quá trình hợp tác thông qua hợp đồng BOT giữa NĐT với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trong giai đoạn này, NĐT đầu tư theo hợp đồng BOT phải chuẩn bị các thủ tục, giấy tờ liên quan đến chất lượng công trình, thời gian khai thác, nguồn vốn đầu tư và thu hồi. Đặc biệt, doanh nghiệp cần phải có những đánh giá chính xác chất lượng cũng như tuổi thọ của công trình, chuẩn bị hồ sơ nghiệm thu cũng như bàn giao công trình để cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý.

Như vậy, để thực hiện công trình dự án BOT, cơ quan nhà nước có thẩm quyền và NĐT được lựa chọn phải tiến hành thông qua hợp đồng BOT. Vì thế, việc ghi nhận quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng bằng quy định pháp luật là giải pháp hiệu quả ràng buộc NĐT đối với công trình dự án BOT. Một khi quyền và lợi ích hợp pháp của NĐT được pháp luật bảo đảm, nghĩa vụ của NĐT được xác định cụ thể, rõ ràng sẽ trở thành động lực để tiếp tục và tiến hành đầu

tư theo hợp đồng BOT, góp phần hiện thực hóa chủ trương của Đảng và chính sách của nhà nước trong vấn đề huy động nguồn lực xã hội để phát triển kết cấu hạ tầng đất nước.

## **2. Bất cập quy định về quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư trong hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao**

*Thứ nhất*, thiếu quy định về trách nhiệm giám sát ngay từ đầu đối với các nội dung được thỏa thuận về quyền và nghĩa của NĐT trong hợp đồng BOT. Các nội dung trong hợp đồng BOT cơ bản là sự thỏa thuận về các điều khoản trong quá trình triển khai xây dựng, khai thác kinh doanh, thời điểm và điều kiện để chuyển giao công trình. Để kiểm soát hiệu quả các điều khoản mà các bên thỏa thuận trong hợp đồng BOT, trước đây, nhà làm luật đã có quy định phê duyệt kết quả lựa chọn NĐT và kết quả đàm phán, hoàn thiện hợp đồng, cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổ chức việc ký kết hợp đồng dự án theo một trong các cách thức sau đây,... hay quy định về trách nhiệm của cơ quan nhà nước trong việc công khai thông tin về hợp đồng dự án BOT<sup>5</sup>. Tiếp tục tìm hiểu các quy định tại Luật Đối tác công tư năm 2020 cho thấy, đã có những quy định về hoạt động kiểm tra, giám sát đối với việc chuẩn bị đầu tư; tổ chức lựa chọn NĐT; ký kết và thực hiện hợp đồng. Đồng thời, quy định nội dung giám sát gồm hồ sơ mời thầu; kết quả lựa chọn nhà đầu tư; việc thực hiện hợp đồng dự án PPP...<sup>6</sup>.

Từ các quy định trên nhận thấy, Luật Đối tác công tư đã có những quy định giao trách nhiệm cho cơ quan nhà nước trong việc giám sát việc triển khai hợp đồng BOT, hoạt động giám sát chỉ được tiến hành trong quá trình các bên thực hiện hợp đồng. Như vậy, văn bản đã không quy định trách nhiệm giám sát ngay từ giai đoạn đàm phán, soạn thảo về quyền và nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT. Đây là một “khe hở” để các bên trong hợp đồng “lách” nhằm thực hiện ngay từ đầu các hành vi thông đồng, trục lợi từ các công trình BOT. Bởi lẽ, việc quy định trách nhiệm công khai thông tin hay phê duyệt nội dung hợp đồng BOT, kể cả trách nhiệm giám sát trong quá trình NĐT triển khai thực hiện hợp đồng BOT chỉ mang tính chất “hậu kiểm” khi mọi thứ đã rồi. Giả sử, trong quá trình đàm phán, soạn thảo hợp đồng, NĐT và cơ quan nhà nước có những thỏa thuận thông đồng để kéo dài thời gian kinh doanh hoặc định giá tài sản sai quy định nhằm trục lợi, liệu rằng cơ quan phê duyệt có kịp thời phát hiện để ngăn chặn, xử lý. Minh chứng cho điều này, thực tế đã có những hợp đồng BOT thỏa thuận kéo dài thời gian thu phí đã bị phát hiện, xử lý như trường hợp Trạm thu phí Tào Xuyên, Thanh Hóa, sau khi Kiểm toán nhà nước thanh tra, xử lý, buộc phải giảm đến 20/27 năm thời gian thu phí thực tế<sup>7</sup>. Hoặc các bên thỏa thuận sai về vị trí và khoảng cách đặt các trạm thu phí như trường hợp Trạm thu phí Cai Lậy ở Tiền Giang<sup>8</sup>. Hay cũng ở Tiền

<sup>5</sup> Xem Điều 39 và Điều 42 của Nghị định số 63/2018/NĐ-CP.

<sup>6</sup> Xem Điều 86 và Điều 87 Luật Đối tác công tư năm 2020.

<sup>7</sup> Vương Hà, “*Khi dự án BOT chứa đựng những rủi ro tham nhũng*”, <https://dantri.com.vn/kinh-doanh/khi-cac-du-an-bot-luon-chua-dung-rui-ro-tham-nhung-lon-nhat-2017082800140906.htm>. Truy cập ngày 14/10/2020.

<sup>8</sup> Bùi Giang, “*Giám sát về đầu tư, khai thác công trình giao thông BOT*”. <https://bnews.vn/giam-sat-viec-dau-tu-khai-thac-cong-trinh-giao-thong-bot/39116.html>, truy cập ngày 12/3/2021.

Giang, dự án trên quốc lộ 1A chỉ tráng một lớp nhựa đường trên mặt đường, nhưng lại thu phí cao hơn cả cao tốc Trung Lương<sup>9</sup>.

*Thứ hai*, quy định chưa rõ ràng về các trường hợp được chỉ định thầu đối với công trình dự án BOT. Trước khi Luật Đối tác công tư có hiệu lực thì danh mục, hồ sơ, thủ tục các dự án chỉ định thầu được điều chỉnh bởi Nghị định số 63/2018/NĐ-CP quy định và Luật Đấu thầu năm 2013 được hướng dẫn bởi Nghị định số 63/2014/NĐ-CP. Quy định này là cần thiết nhằm lựa chọn được NĐT đủ năng lực về chuyên môn và tài chính cho các gói thầu đặc biệt liên quan đến lĩnh vực giao thông, thủy điện, hàng không nhằm kịp thời khắc phục, xử lý kịp thời hậu quả gây ra do sự cố bất khả kháng hoặc cần thực hiện để bảo đảm an ninh, quốc phòng, bí mật nhà nước cũng như kịp thời bảo vệ sức khỏe, tính mạng và tài sản của cộng đồng dân cư trên địa bàn.

Hiện thực hóa mục tiêu đó, Điều 22 Luật Đấu thầu năm 2013 đã xây dựng danh mục các gói thầu áp dụng phương thức chỉ định thầu. Tuy nhiên, qua nghiên cứu các trường hợp được chỉ định thầu tại quy định này nhận thấy, đối tượng các gói thầu được chỉ định thầu là khá rộng, có nhiều quy định còn chung chung và ngay cả Nghị định số 63/2014/NĐ-CP cũng không hướng dẫn rõ ràng. Ví như, khoản 1 Điều 22 quy định: “Gói thầu cần thực hiện để bảo đảm bí mật nhà nước” hay “Gói thầu cấp bách cần triển khai nhằm mục tiêu bảo vệ chủ quyền quốc gia, biên giới quốc gia, hải đảo”. Vấn đề đặt ra là, gói thầu như thế nào là cấp bách để bảo vệ chủ quyền quốc gia. Chiếu theo quy định này, chúng ta có thể thấy, các dự án BOT như cảng hàng không, đường giao thông, thủy điện, đường sắt đều được xem là các công trình nhằm bảo vệ an ninh, chủ quyền quốc gia và đã triển khai xây dựng thì đều cần thiết và cấp bách, nếu không thì đã không triển khai đấu thầu.

Trước thực tiễn trên, Luật Đối tác công tư năm 2020 được ban hành và tiếp tục quy định các trường hợp chỉ định thầu tại Điều 39. So với quy định trước đây, các dự án thuộc danh mục chỉ định thầu đã thu hẹp hơn và chỉ gồm dự án cần bảo đảm yêu cầu về quốc phòng, an ninh quốc gia, bảo vệ bí mật nhà nước; dự án cần phải lựa chọn ngay NĐT thay thế theo quy định để bảo đảm tính liên tục trong quá trình thực hiện dự án. Tuy nhiên, qua nghiên cứu so sánh tác giả cho rằng, quy định về các dự án thuộc danh mục chỉ định thầu như Luật Đối tác công tư vẫn còn mang tính chung chung, chưa thực sự rõ ràng và chi tiết để thực thi. Cụ thể, tại Điều 39 quy định: “Các dự án cần bảo đảm yêu cầu về quốc phòng, an ninh quốc gia, bảo vệ bí mật nhà nước”. Vấn đề đặt ra, tiêu chí nào để xem xét dự án được xem là “cần” bảo đảm yêu cầu về quốc phòng, an ninh. Hơn nữa, Điều 39 tiếp tục quy định: “Dự án cần phải lựa chọn ngay NĐT thay thế theo quy định để bảo đảm tính liên tục trong quá trình thực hiện dự án”. Vậy, dự án nào được xem là “phải lựa chọn ngay”, hay nói cách khác là trong trường hợp nào phải chỉ định ngay NĐT thay thế. Tác giả cho rằng, cách quy định chung chung này rất dễ

---

<sup>9</sup> Vương Hà, Tlđđ.

dẫn đến tình trạng có nhiều cách hiểu khác nhau, không thống nhất, nếu không được hướng dẫn đầy đủ và chi tiết sẽ tạo “khe hở” cho các hành vi vi phạm như thực trạng mà Thứ trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư đã nhận xét: “*Cách làm BOT hiện nay là theo kiểu, tôi thấy anh và giao cho anh, cứ có quan hệ là duyệt hết và nhận xét rất chung chung*”<sup>10</sup>. Minh chứng cho kết luận này, năm 2020, Kiểm toán Nhà nước đã tiến hành kiểm toán các công trình dự án BOT và phát hiện có đến 22 dự án thực hiện chỉ định thầu ngoài quy định, lựa chọn một số nhà đầu tư chưa đảm bảo năng lực theo quy định. Hầu hết, các dự án thực hiện chỉ định thầu thi công; xác định sai, tăng tổng mức đầu tư; phê duyệt dự án có sử dụng vốn hỗ trợ từ nguồn trái phiếu chính phủ không đúng quy định; chưa quy định khung giá vé đối với dự án đầu tư của công trình đường, cầu đường bộ, hầm đường bộ<sup>11</sup>.

### **3. Hoàn thiện quy định về quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư trong hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao**

*Thứ nhất*, quy định giám sát ngay từ đầu đối với các nội dung được thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT. Quy định trách nhiệm “tiền kiểm - kiểm tra ngay từ đầu” nhằm phát hiện, ngăn chặn các sai phạm ngay từ giai đoạn đàm phán và ký kết quyền và nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT. Điều này giúp ngăn chặn ngay từ đầu các dấu hiệu “lợi ích nhóm” hoặc “chủ nghĩa thân tín hay chủ nghĩa nhân thân”, loại bỏ các điều khoản trái quy định hoặc gây bất lợi đến lợi ích nhà nước, lợi ích cộng đồng. Làm được vấn đề này, Chính phủ cần ban hành Nghị định hướng dẫn Luật Đối tác công tư để làm rõ trách nhiệm, quyền hạn trong thanh tra, kiểm tra, xử lý đối với quá trình đàm phán các quyền và nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT, trong đó làm rõ trách nhiệm, quyền hạn của Hội đồng thẩm định dự án PPP trong vấn đề kiểm tra, giám sát, cụ thể:

(i) Sửa đổi điểm b khoản 1 Điều 83 Luật Đối tác công tư tại từ: “Việc chuẩn bị đầu tư; tổ chức lựa chọn nhà đầu tư; ký kết và thực hiện hợp đồng” thành: “Việc chuẩn bị đầu tư; tổ chức lựa chọn nhà đầu tư; đàm phán, ký kết và thực hiện hợp đồng”. Như vậy, theo hướng sửa đổi này cho thấy điều luật đã cho phép cơ quan nhà nước (cụ thể là Bộ Kế hoạch và Đầu tư) có quyền ngay từ đầu kiểm tra hoạt động đàm phán, ký kết hợp đồng của các bên trong hợp đồng BOT, nhằm kịp thời phát hiện để đình chỉ hoặc yêu cầu điều chỉnh các điều khoản vi phạm do thông đồng hoặc do tác động từ các mệnh lệnh hành chính làm “sai lệch” các điều khoản của hợp đồng.

(ii) Sửa khoản 3 Điều 87 Luật Đối tác công tư từ: “Việc thực hiện hợp đồng dự án PPP” thành “Việc đàm phán, ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP”. Với quy định sửa đổi này, cho phép cơ quan có thẩm quyền giám sát ở đây (Mặt trận Tổ quốc; Bộ Kế hoạch và Đầu tư)

<sup>10</sup> Vương Hà, Tlđd.

<sup>11</sup> Baokiemtoannhanuoc.vn (2020), “*Kết quả kiểm toán các dự án PPP và những vấn đề đặt ra*”. Nguồn: <https://tapchitaichinh.vn/ke-toan-kiem-toan/ket-qua-kiem-toan-cac-du-an-ppp-va-nhung-van-de-dat-ra-320351.html>. Truy cập ngày 12/3/2021.

từ việc chỉ được quyền giám sát từ giai đoạn thực hiện hợp đồng BOT thành quyền giám sát từ giai đoạn đàm phán, soạn thảo, ký kết và cả trong quá trình thực hiện hợp đồng BOT. Quy định sửa đổi này giúp tăng quyền giám sát, cho phép cơ quan có thẩm quyền “tiền kiểm” đối với hoạt động đàm phán, ký kết và thực hiện hợp đồng BOT.

(iii) Ban hành các quy định hướng dẫn cụ thể trình tự thủ tục và trách nhiệm của cơ quan liên quan trong hoạt động kiểm, tra giám sát việc đàm phán, soạn thảo, ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP (trong đó có hợp đồng BOT). Để hoạt động giám sát được diễn ra một cách thống nhất, hiệu quả, cần quy định hướng dẫn cụ thể các nội dung sau đây: Cơ quan tiến hành giám sát; chức năng nhiệm vụ giám sát; trình tự thủ tục giám sát; cách thức xử lý hành vi sai trái; trách nhiệm của cơ quan giám sát.

*Thứ hai*, quy định rõ các trường hợp được chỉ định thầu đối với các công trình dự án BOT. Luật Đối tác công tư năm 2020 đã có hiệu lực, để hướng đến mục tiêu điều chỉnh một cách thống nhất, chỉnh thể và tính liên tục của quy trình thực hiện dự án PPP nói chung và dự án BOT nói riêng, đồng thời đảm bảo công bằng cho các NĐT được quyền đấu thầu một cách công khai, minh bạch các dự án theo hợp đồng BOT, cần phải ban hành Nghị định hướng dẫn làm rõ 02 nội dung sau đây:

(i) Quy định hướng dẫn rõ những dự án nào thuộc đối tượng được chỉ định thầu. Đặc biệt, hướng dẫn cụ thể những gói thầu nào được xem là cần bảo đảm yêu cầu về quốc phòng, an ninh quốc gia; bảo vệ bí mật nhà nước theo quy định tại khoản 1 Điều 39 Luật Đối tác công tư năm 2020. Nếu không làm rõ nội dung này sẽ dẫn đến tình trạng có nhiều cách hiểu khác nhau, không thống nhất, nhiều cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ lợi dụng vào đó để chỉ định thầu một cách “tùy tiện”, ảnh hưởng đến quyền được đấu thầu một cách công khai của các NĐT kinh doanh trên thị trường, tạo điều kiện cho chủ nghĩa lợi ích nhóm tồn tại.

(ii) Quy định đầy đủ nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan đề nghị, cơ quan xem xét ra quyết định các dự án được chỉ định thầu; quy định đầy đủ trình tự các bước từ xem xét, phê duyệt các dự án được chỉ định thầu. Đặc biệt, phải làm rõ trách nhiệm tổ chức, cá nhân trong vấn đề xem xét, phê duyệt, tránh trường hợp “đổ lỗi” cho nhau khi xảy ra các sai phạm.

#### **4. Kết luận**

Quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng BOT là vấn đề được nhà nước và NĐT quan tâm hàng đầu, quyết định đến sự thành bại và tham gia đầu tư của xã hội vào hợp đồng BOT. Tuy nhiên, phân tích thực tiễn cho thấy, nhiều quy định còn bất cập hoặc chưa được làm rõ như quy định về giám sát ngay từ đầu đối với hoạt động đàm phán, soạn thảo hợp đồng hay quy định về các tiêu chí cụ thể để xác định các trường hợp chỉ định thầu đã tạo điều kiện cho nhiều sai phạm, làm tổn thất nghiêm trọng đến tài sản của nhà nước và xã hội. Bài viết đã phân tích, chỉ rõ những bất cập nói trên, từ đó đề xuất các giải pháp hoàn thiện, góp phần đảm bảo quyền và ràng buộc nghĩa vụ của NĐT trong hợp đồng BOT thời gian tới.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Baokiemtoannhanuoc.vn (2020), “*Kết quả kiểm toán các dự án PPP và những vấn đề đặt ra*”, nguồn: <https://tapchitaichinh.vn/ke-toan-kiem-toan/ket-qua-kiem-toan-cac-du-an-ppp-va-nhung-van-de-dat-ra-320351.html>. Truy cập ngày 12/3/2021.

2. Trịnh Quang Bắc (2016), “*Nhận diện thất thoát lãng phí trong đầu tư xây dựng cơ bản có vốn ngân sách nhà nước*”, [https://tcnn.vn/news/detail/33503/Nhan\\_dien\\_that\\_thoat\\_lang\\_phi\\_trong\\_dau\\_tu\\_xay\\_dung\\_co\\_ban\\_co\\_von\\_ngan\\_sach\\_nha\\_nuocall.html](https://tcnn.vn/news/detail/33503/Nhan_dien_that_thoat_lang_phi_trong_dau_tu_xay_dung_co_ban_co_von_ngan_sach_nha_nuocall.html). Truy cập ngày 02/10/2020.

3. Bnews/TTXVN (2020), “*Kiểm toán Nhà nước kiến nghị xử lý hàng nghìn tỷ đồng sai phạm tại các dự án BOT, BT*”, <http://tapchitaichinh.vn/ke-toan-kiem-toan/kiem-toan-nha-nuoc-kien-nghi-xu-ly-hang-nghin-ty-dong-sai-pham-tai-cac-du-an-bot-bt-323446.html>. Truy cập ngày 02/10/2020.

4. Bùi Giang (2017), “*Giám sát về đầu tư, khai thác công trình giao thông BOT*”n <https://bnews.vn/giam-sat-viec-dau-tu-khai-thac-cong-trinh-giao-thong-bot/39116.html>. Truy cập ngày 12/3/2021.

5. Vương Hà (2017), “*Khi dự án BOT chứa đựng những rủi ro tham nhũng*”. <https://dantri.com.vn/kinh-doanh/khi-cac-du-an-bot-luon-chua-dung-rui-ro-tham-nhung-lon-nhat-2017082800140906.htm>. Truy cập ngày 14/10/2020.

6. Dương Đăng Huệ (2020), *Bản chất pháp lý về quyền của nhà đầu tư và quyền của doanh nghiệp dự án đối với công trình dự án BOT*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số định kỳ tháng 6 (339).

7. Nguyễn Việt Hùng (2019), *Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT) theo pháp luật Việt Nam hiện nay từ thực tiễn đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng giao thông của tỉnh Quảng Ninh*, Luận văn Thạc sĩ Luật Kinh tế, Học viện Khoa học xã hội, Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam.

8. Hoàng Thị Ngọc Lan (2012), *Quy định về hợp đồng BOT, BTO và BT theo pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài*, Luận văn Thạc sĩ Luật Quốc tế, thực hiện tại Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.