

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

HÀ THỊ ÚT

**PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH CỦA MỘT SỐ
QUỐC GIA VÀ NGHIÊN CỨU SO SÁNH VỚI VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI – 2023

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

HÀ THỊ ÚT

**PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH CỦA MỘT SỐ
QUỐC GIA VÀ NGHIÊN CỨU SO SÁNH VỚI VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Chuyên ngành: Luật hiến pháp và Luật hành chính

Mã số: 9.38.01.02

Người hướng dẫn khoa học: 1. PGS.TS. Phan Thị Lan Hương

2. TS. Phạm Hồng Quang

HÀ NỘI – 2023

LỜI CẢM ƠN

Nghiên cứu sinh xin bày tỏ sự kính trọng và lòng biết ơn sâu sắc đối với PGS.TS. Phan Thị Lan Hương và TS. Phạm Hồng Quang – đã tận tình hướng dẫn nghiên cứu sinh trong suốt quá trình thực hiện bản luận án này.

Nghiên cứu sinh xin được trân trọng cảm ơn Ban Giám Hiệu Trường Đại học Luật Hà Nội, Ban chủ nhiệm Khoa Sau Đại học, Khoa Pháp luật Hành chính Nhà nước và đội ngũ các thầy cô giáo, chuyên viên đã tạo điều kiện, hỗ trợ cho nghiên cứu sinh làm luận án trong thời gian qua.

Nghiên cứu sinh cũng xin gửi lời cảm ơn chân thành tới các thầy, cô, bạn bè, đồng nghiệp tại Viện Luật so sánh - Trường Đại học Luật Hà Nội và gia đình đã luôn động viên, khích lệ và đóng góp những ý kiến quý báu để tác giả có thể hoàn thành được luận án này.

Tác giả luận án

Hà Thị Út

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu khoa học độc lập của riêng tôi.

Các kết quả nêu trong Luận án chưa được công bố trong bất kỳ công trình nào khác. Các số liệu trong luận án là trung thực, có nguồn gốc rõ ràng, được trích dẫn đúng quy định.

Tôi xin chịu trách nhiệm về tính chính xác và trung thực của Luận án này.

Tác giả luận án

Hà Thị Út

MỤC LỤC

PHẦN MỞ ĐẦU.....	1
1. Tính cấp thiết của đề tài	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu.....	7
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu.....	8
4. Cách tiếp cận vấn đề nghiên cứu	9
5. Cơ sở phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu	11
6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của Luận án	14
7. Kết cấu của luận án.....	14
CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI.....	15
1.1 Tình hình nghiên cứu trong nước.....	15
1.2 Tình hình nghiên cứu ngoài nước.....	24
1.3 Đánh giá tình hình nghiên cứu đề tài	35
1.4. Những vấn đề luận án tiếp tục nghiên cứu	38
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1.....	40
CHƯƠNG 2. MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH VÀ PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH	41
2.1. Những vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính	41
2.1.1 <i>Khái quát về dịch vụ công là đối tượng của hợp đồng hành chính.....</i>	<i>41</i>
2.1.2 <i>Khái niệm Hợp đồng hành chính.....</i>	<i>52</i>
2.1.3 <i>Đặc điểm của hợp đồng hành chính</i>	<i>63</i>
2.1.4 <i>Phân loại hợp đồng hành chính.....</i>	<i>69</i>
2.2. Một số vấn đề lý luận về pháp luật đối với hợp đồng hành chính	80
2.2.1 <i>Khái niệm pháp luật về hợp đồng hành chính</i>	<i>80</i>
2.2.2 <i>Đặc điểm của pháp luật về hợp đồng hành chính</i>	<i>83</i>
2.2.3 <i>Nội dung cơ bản của pháp luật về hợp đồng hành chính</i>	<i>85</i>
2.2.4 <i>Sự cần thiết quy định về hợp đồng hành chính trong quản trị nhà nước... 91</i>	<i>91</i>
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2.....	100

CHƯƠNG 3. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH Ở MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ VIỆT NAM.....	102
3.1 Pháp luật về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia	102
<i>3.1.1 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia.....</i>	<i>102</i>
<i>3.1.2 Giao kết hợp đồng hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia</i>	<i>109</i>
<i>3.1.3 Nội dung hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia.....</i>	<i>115</i>
<i>3.1.4 Giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia.....</i>	<i>127</i>
3.2 Thực trạng pháp luật về hợp đồng hành chính ở Việt Nam	131
<i>3.2.1 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở Việt Nam</i>	<i>131</i>
<i>3.2.2 Thực tiễn giao kết hợp đồng hành chính ở Việt Nam</i>	<i>135</i>
<i>3.2.3 Nội dung hợp đồng hành chính ở Việt Nam.....</i>	<i>145</i>
<i>3.2.4 Giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính ở Việt Nam</i>	<i>158</i>
3.3 So sánh pháp luật về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia và Việt Nam	160
<i>3.3.1 Những điểm tương đồng trong pháp luật một số quốc gia và Việt Nam về hợp đồng hành chính.....</i>	<i>160</i>
<i>3.3.2 Những điểm khác biệt trong pháp luật một số quốc gia và Việt Nam về hợp đồng hành chính</i>	<i>162</i>
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3.....	165
CHƯƠNG 4. GIẢI PHÁP XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH.....	166
4.1 Quan điểm, yêu cầu đối với xây dựng và hoàn thiện pháp luật về Hợp đồng hành chính ở Việt Nam.....	166
<i>4.1.1 Quan điểm đối với xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính ở Việt Nam</i>	<i>166</i>
<i>4.1.2 Yêu cầu hoàn thiện pháp luật về Hợp đồng hành chính ở Việt Nam.....</i>	<i>173</i>

<i>4.1.2.1 Pháp luật về hợp đồng hành chính phải bảo đảm quyền tiếp cận dịch vụ công của con người.....</i>	<i>174</i>
<i>4.1.2.2 Pháp luật về hợp đồng hành chính phải bảo đảm tính công khai, minh bạch và kiểm soát tham nhũng.....</i>	<i>174</i>
<i>4.1.2.3 Pháp luật về hợp đồng hành chính phải đảm bảo bình đẳng trong cung cấp dịch vụ công.....</i>	<i>175</i>
4.2 Một số giải pháp về xây dựng pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện về hợp đồng hành chính ở Việt Nam.....	176
<i>4.2.1 Giải pháp xây dựng khung pháp luật về hợp đồng hành chính</i>	<i>176</i>
<i>4.2.1.1. Xây dựng và hoàn thiện nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính</i>	<i>176</i>
<i>4.2.1.2 Hoàn thiện các quy định về giao kết hợp đồng hành chính đảm bảo minh bạch, bình đẳng, không phân biệt đối xử trong tiếp cận hợp đồng hành chính.....</i>	<i>185</i>
<i>4.2.1.3 Hoàn thiện các quy định về nội dung của Hợp đồng hành chính.....</i>	<i>186</i>
<i>4.2.1.4 Hoàn thiện các quy định về cơ chế quản lý, thanh tra, kiểm tra đối với hợp đồng hành chính</i>	<i>187</i>
<i>4.2.1.5 Hoàn thiện các quy định pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính</i>	<i>189</i>
<i>4.2.2 Một số giải pháp nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về hợp đồng hành chính ở Việt Nam</i>	<i>192</i>
KẾT LUẬN CHƯƠNG 4.....	196
KẾT LUẬN LUẬN ÁN.....	197
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	
PHỤ LỤC	

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT

STT	Ký hiệu viết tắt	Nội dung
1	BLDS	Bộ luật dân sự
2	DVC	Dịch vụ công
3	HĐHC	Hợp đồng hành chính
4	EVFTA	Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu
5	PPP	Public-private partnership
6	XHCN	Xã hội chủ nghĩa

PHẦN MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Trong những năm gần đây, với xu hướng đẩy mạnh xã hội hóa, khuyến khích vai trò của tư nhân tham gia vào cung cấp các dịch vụ công thì cùng với đó là sự gia tăng số lượng các hợp đồng được giao kết giữa một bên chủ thể là nhà nước gia tăng. Các hợp đồng này thường được gọi là hợp đồng hành chính hoặc hợp đồng chính phủ, với quy chế pháp lý có nhiều điểm đặc thù khác với các hợp đồng dân sự, thương mại.

Ở Việt Nam, thực tiễn cho thấy có nhiều hợp đồng giống với hợp đồng hành chính ở một số quốc gia nhưng chưa có một quy định rõ ràng và thường được xác định là hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại. Do đó, trong nhiều trường hợp, quyền lợi của người dân với tư cách là bên cung cấp dịch vụ hoặc sử dụng dịch vụ công bị ảnh hưởng. Chẳng hạn hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT) là một loại hợp đồng hành chính ở Pháp, do đó quy trình thỏa thuận, ký kết hợp đồng này phải công khai, minh bạch là yêu cầu bắt buộc. Hiện nay, hợp đồng BOT được nhìn nhận dưới góc độ kinh doanh thương mại, được điều chỉnh bởi Luật Đầu tư 2020 và các nghị định hướng dẫn, quy định hợp đồng này là hợp đồng kinh doanh thương mại nên được quyền giữ bí mật kinh doanh. Do đó, quá trình đàm phán, soạn thảo hợp đồng, thực hiện hợp đồng sẽ không được công bố. Bởi vậy, nhiều trường hợp quyền và lợi ích của người dân bị ảnh hưởng nghiêm trọng. Ví dụ như, hợp đồng liên quan đến nhà máy điện nếu không được công khai, minh bạch và sau đó gây ra một thảm họa môi trường thì chắc chắn sẽ gây ra ảnh hưởng đến niềm tin của người dân ... Tương tự việc thu phí ở cầu Bến Thủy ở Nghệ An và Hà Tĩnh, nếu là Hợp đồng hành chính, Nhà nước phải ấn định rõ mức phí, đoạn đường thu phí và thời gian thu phí; nhà thầu thực hiện phải chấp hành. Nhưng vì hợp đồng BOT đang được coi là hợp đồng thương mại, nhà thầu BOT lại được quyền thực

hiện những việc đó và người dân phản ứng tiêu cực bằng cách dùng tiền lẻ mua vé, điều hành xe phản đối việc thu phí gây ách tắc giao thông một thời gian dài.¹

Đặc biệt là, với mục tiêu xây dựng nền hành chính phục vụ, việc tăng cường đánh giá chất lượng cung ứng dịch vụ công để đo mức độ hài lòng của người dân đối với việc thực hiện các nhiệm vụ của chính phủ và các dịch vụ do bộ máy hành chính là cần thiết. Yêu cầu đặt ra đối với Chính phủ phải cải cách phương thức quản lý đối với việc cung cấp dịch vụ công hướng tới hiệu quả, đáp ứng nhu cầu của người dân. Như vậy, trong thực tiễn ở Việt Nam đã thực hiện một số loại hợp đồng mà xét về bản chất là hợp đồng hành chính ở các quốc gia khác nhưng trong pháp luật Việt Nam được thực hiện dưới hình thức hợp đồng dân sự hoặc hợp đồng kinh tế. Các hợp đồng này đang thực hiện là hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế dẫn tới có một số vấn đề như luật áp dụng, các điều khoản nội dung hợp đồng, quyền và nghĩa vụ các bên trong hợp đồng, giải quyết tranh chấp còn bất cập, chưa giải quyết được thỏa đáng đối với chính các bên trong hợp đồng và với người thứ ba là người dân với tư cách người tiêu dùng dịch vụ công. Trong khi đó, phương thức đối tác công tư trong cung ứng dịch vụ công đang là lĩnh vực được chú trọng, cần hoàn thiện hành lang pháp lý để thúc đẩy cho phát triển lĩnh vực đầu tư công, dịch vụ công và kinh tế tư nhân trong giai đoạn hiện nay. Do vậy, hợp đồng hành chính là vấn đề mới cả về lý luận và thực tiễn ở nước ta, việc nghiên cứu làm rõ về mặt lý luận về hợp đồng hành chính để làm cơ sở đưa ra các quy định pháp luật phù hợp là vô cùng cần thiết.

Ngoài ra, toàn cầu hóa và hội nhập yêu cầu chính phủ phải cải cách và đáp ứng đối với những thay đổi nhanh chóng về kinh tế, xã hội, chính trị và xu hướng công nghệ quốc tế. Nắm bắt xu hướng quản trị nhà nước ở các quốc gia và bối cảnh trong nước, Nhà nước định hướng xây dựng "Chính phủ kiến tạo", trong đó có các nội dung: Chính phủ chủ động thiết kế ra một hệ thống pháp luật tốt, những chính

¹ Phương Loan, *Vụ Đoàn Văn Vươn và Hợp đồng hành chính*, Báo Pháp luật, <https://plo.vn/vu-doan-van-vuon-va-hop-dong-hanh-chinh-post434293.html>, truy cập ngày 20/06/2022.

sách tốt, thể chế tốt để nuôi dưỡng nền kinh tế phát triển, chứ không phải bị động đối phó với những diễn biến trên thực tế. Nhà nước không làm thay thị trường, những khu vực nào thị trường có thể làm được, doanh nghiệp tư nhân có thể làm được thì Nhà nước không can thiệp, mà thay vào đó là tạo điều kiện cho các doanh nghiệp làm. Nhà nước sẽ chỉ đầu tư vào những khu vực các doanh nghiệp tư nhân không thể đầu tư. Ngoài ra, xây dựng chính phủ điện tử, hướng tới chính phủ số luôn được Đảng, Nhà nước ta quan tâm nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của cơ quan nhà nước, chất lượng phục vụ người dân, doanh nghiệp và năng lực cạnh tranh của quốc gia. Việc chuyển từ hành chính cai trị sang nền hành chính phục vụ, từ chính phủ cai trị sang chính phủ phục vụ, hình thức và phương pháp hoạt động của các cơ quan nhà nước nói chung, cơ quan hành chính nhà nước nói riêng cần có thay đổi hợp lý. Trong bối cảnh đó, sử dụng hợp đồng hành chính sẽ giúp quản trị nhà nước về dịch vụ công thỏa mãn các tiêu chí của quản trị tốt và yêu cầu của nền hành chính phục vụ.

Việc sử dụng hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước sẽ ngày càng phổ biến và gia tăng. Đặc biệt là một loại hợp đồng hành chính là hợp đồng đối tác công tư đang là xu hướng của các quốc gia thực hiện rất phổ biến. Chẳng hạn ở Hoa Kỳ, từ những năm 1980 tư nhân hóa là một phong trào cải cách trong đó có sự gia tăng các bên phi chính phủ vào việc thực hiện các dịch vụ công. Trước đây, nhiệm vụ của chính phủ là duy trì việc cung cấp các dịch vụ thiết yếu như thức ăn, nước uống, nhà ở, năng lượng, thuốc chữa bệnh. Vai trò của chính phủ có sự thay đổi khi các cơ quan hành chính gia tăng sự hợp tác đối với khu vực tư, cơ quan nhà nước và tư nhân cùng chia sẻ trách nhiệm này; phạm vi của mục đích công cũng được mở rộng, quy định về hàng hóa, dịch vụ được cung cấp bởi các tổ chức ngoài chính phủ gia tăng. Nhiều dự án PPP mang lại kết quả cao như trong năm 2013, 24 bang của Hoa Kỳ đã ký hợp đồng với các đối tác tư đối với 94 con đường cao tốc trị giá 54,5 tỷ

đô.² Trong lĩnh vực cung cấp nước sạch, theo thống kê đến năm 2007, có khoảng 155.000 công ty ở Hoa Kỳ. Các công ty nhà nước hoặc tư nhân đã tham gia trong lĩnh vực cung cấp nước sạch cho tổng cộng khoảng 242 triệu người vào năm 2000. Như vậy có thể thấy việc cung cấp và phân phối nước sạch tại Hoa Kỳ rất đa dạng, không phải chỉ có một loại hình sở hữu công duy nhất mà còn có thể có các hợp tác xã hoặc các doanh nghiệp tư nhân đủ điều kiện. Theo một nghiên cứu vào năm 2019, ngành công nghiệp cung ứng nước sạch tại Hoa Kỳ đạt tới 61,8 tỷ đô, chứng tỏ đây là một lĩnh vực kinh doanh mang lại nhiều lợi nhuận cho nhà đầu tư tư nhân³. Ở Việt Nam nhu cầu về hợp tác công tư trong cung cấp dịch vụ công cũng rất lớn. Theo quy hoạch, đến năm 2050 Việt Nam phải có 9.000 km đường cao tốc và gần 30.000 km đường quốc lộ. Trong khi đó, ngân sách dự kiến đáp ứng 2/3, còn lại huy động vốn tư nhân. Song trong giai đoạn 2021-2022 vốn tư nhân vào hạ tầng gần như không có. Đây là thách thức rất lớn trong việc thu hút 300.000 tỷ đồng vốn tư nhân trong 10 năm để đầu tư các dự án này.⁴ Chủ trương, quan điểm của Đảng về cơ chế thu hút nguồn nhân lực tư nhân vào phát triển kết cấu hạ tầng đã được cụ thể hóa trong quá trình xây dựng Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020 (Luật PPP), với sự kế thừa những quy định tốt đã và đang thực hiện, đồng thời bổ sung các nội dung mới, quan trọng bảo đảm tính đặc thù của đầu tư PPP, tạo môi trường pháp lý ổn định hơn cho các dự án PPP trong thời gian tới, cũng như tạo niềm tin cho cộng đồng các nhà đầu tư, doanh nghiệp, đặc biệt là nhà đầu tư quốc tế. Từ đó, thu hút tối đa nguồn lực của khu vực tư nhân; sử dụng hiệu quả nguồn lực này để bù đắp những thiếu hụt của ngân sách nhà nước trong đầu tư cơ sở hạ tầng, dịch vụ công; tạo động lực mới thúc đẩy kinh tế - xã hội phát triển bền vững trong

² William C.Johnson, *Public Administration Partnerships in Public Service*, Waveland Press, 5th edition, 2014, p.81-85.

³ Revenue of the U.S. water utility industry between 2000 and 2018, <https://www.statista.com/statistics/192890/revenue-of-us-water-utilities-since-2000/#statistic> , truy cập ngày 09/03/2022. Xem thêm phụ lục 1.

⁴ Minh Phương (2022), “Tăng cường sức sống cho phương thức đối tác công tư”, Báo điện tử Đảng cộng sản Việt Nam, <https://dangcongsan.vn/cung-ban-luan/tang-cuong-suc-song-cho-phuong-thuc-doi-tac-cong-tu-615753.html>, truy cập 20/12/2022.

những giai đoạn tới. Tuy nhiên, các quy định hướng dẫn thi hành còn ít ỏi với nhiều vấn đề chưa được giải quyết làm cho phương thức đối tác công tư chưa thu hút được nhiều bên tư nhân tham gia, nhiều dự án đối tác công tư đang triển khai phải tạm dừng hoặc chuyển đổi thành đầu tư công.

Đại hội Đảng lần thứ XIII (2021) chỉ ra xu hướng và xác định khâu đột phá trong phát triển kinh tế hiện nay, trong đó có nội dung: *“Đổi mới mạnh mẽ hơn phương thức quản lý nhà nước về kinh tế theo hướng chuyển giao những công việc Nhà nước không nhất thiết phải làm cho các tổ chức xã hội, chuyển đổi cung cấp trực tiếp dịch vụ công sang phương thức đặt hàng”*⁵, với việc đẩy mạnh phương thức đặt hàng chính là thông qua hình thức hợp đồng hành chính, đồng thời *“đẩy mạnh cung ứng dịch vụ sự nghiệp công theo cơ chế thị trường, thúc đẩy xã hội hóa dịch vụ sự nghiệp công”*⁶. Hoạt động xã hội hoá chính là đưa đối tác tư nhân tham gia vào công ứng dịch vụ công. Ngoài ra, đối với đầu tư công thì chủ trương *“Tiếp tục thực hiện hiệu quả cơ cấu lại đầu tư công theo hướng tập trung vốn vào các ngành, lĩnh vực then chốt của nền kinh tế, các công trình, dự án trọng điểm, có sức lan tỏa, tạo động lực phát triển kinh tế - xã hội, tạo đột phá thu hút nguồn vốn khu vực tư nhân trong và ngoài nước theo phương thức đối tác công – tư.”*⁷ Bên cạnh đó, Nghị quyết số 76/NQ-CP ban hành Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2021 - 2030 đã xác định: *“Cải cách hành chính phải xuất phát từ lợi ích của người dân, doanh nghiệp; lấy người dân, doanh nghiệp làm trung tâm; lấy sự hài lòng của người dân, doanh nghiệp là thước đo đánh giá chất lượng phục vụ của cơ quan hành chính nhà nước các cấp.”* Có thể thấy Việt Nam đang có những thay đổi theo hướng quản trị nhà nước hiện đại tiệm cận với chuẩn mực quốc tế, với mục tiêu phát triển đất nước bền vững. Bởi vậy, hợp đồng hành chính ngày càng có ý nghĩa, vai trò quan trọng trong đời sống nhà nước và xã hội, được coi như là một hình thức hoạt động hiệu quả của quản lý hành chính nhà nước. Hợp đồng hành

⁵ Đảng cộng sản Việt Nam (2021), sđd, tập 2, tr.98.

⁶ Đảng cộng sản Việt Nam(2021), sđd, tập 2, tr.114.

⁷ Đảng cộng sản Việt Nam(2021) sđd, tập 2, tr.111.

chính góp phần làm thay đổi phương thức, hình thức hoạt động của các cơ quan nhà nước, đặc biệt là cơ quan hành chính nhà nước.

Hợp đồng hành chính có nhiều ý nghĩa như sau: thứ nhất, phương pháp mệnh lệnh hành chính (quyết định đơn phương của cơ quan hành chính nhà nước) được thay dần bằng hợp đồng hành chính trong một số trường hợp, qua đó quyền, lợi ích của cá nhân, tổ chức, nhà nước được bảo đảm. Thứ hai, sự ra đời của hợp đồng hành chính tạo điều kiện thuận lợi cho sự phát triển dịch vụ công, tách hoạt động cung ứng dịch vụ công ra khỏi hoạt động công quyền nhằm giảm những chi phí không cần thiết cho ngân sách nhà nước, giảm biên chế trong bộ máy nhà nước, bảo đảm tính công khai, minh bạch của hoạt động công quyền và hoạt động cung ứng dịch vụ công. Thứ ba, việc sử dụng hợp đồng hành chính trong hoạt động hành chính nhà nước làm cho công quyền xích lại gần với người dân, tăng cường trách nhiệm của các cơ quan công quyền với cá nhân, tổ chức, tạo mối quan hệ trách nhiệm qua lại giữa nhà nước và công dân. Thứ tư, khi hợp đồng dân sự, lao động được chuyển hóa thành hợp đồng hành chính sẽ làm cho việc thực hiện hợp đồng nghiêm minh hơn, bởi tính công quyền của pháp nhân công pháp với tư cách là một bên trong quan hệ hợp đồng. Thứ năm, việc giải quyết tranh chấp trong thực hiện hợp đồng hành chính sẽ bớt gây tổn hại về kinh tế, tài chính của nhà nước, cá nhân, tổ chức so với giải quyết tranh chấp dân sự, kinh tế⁸. Tuy vậy, việc thiếu khung pháp luật về hợp đồng hành chính ảnh hưởng đến tính hiệu quả của hợp đồng, đến việc bảo vệ lợi ích chung của xã hội và việc kiểm tra, giám sát hợp đồng chưa được đảm bảo. Bởi những lẽ đó mà nghiên cứu những vấn đề lý luận và pháp luật về hợp đồng hành chính vô cùng cần thiết để nhận diện các loại hợp đồng hành chính (HĐHC) trong pháp luật Việt Nam và có thống nhất pháp luật điều chỉnh về HĐHC, khắc phục những vấn đề pháp lý còn đang có nhiều ý kiến khác nhau để tạo hành lang pháp lý nhằm giúp cho Nhà nước thực hiện chức năng của mình một cách hiệu quả và thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội đất nước.

⁸ Phạm Hồng Thái (2013), “Hợp đồng hành chính - hình thức hoạt động hành chính nhà nước”, *Tạp chí Tổ chức nhà nước*, số 1/2013.

Hơn nữa, trong truyền thống mặc dù các quốc gia có nghiên cứu so sánh về lĩnh vực luật tư phát triển mạnh mẽ và dường như lĩnh vực luật công như luật hành chính vẫn bị coi là do đặc thù về thể chế chính trị của từng quốc gia nên khó có thể học hỏi, sao chép của nhau. Tuy vậy, trong bối cảnh giao lưu quốc tế hiện nay, các chuyên gia luật so sánh hiện đại cho rằng việc nghiên cứu trong lĩnh vực luật công cần lưu ý đặc thù riêng đó nhưng không có nghĩa là rào cản để giao lưu và tiếp nhận các phương thức quản lý hiện đại của các quốc gia. Vì thế, việc nghiên cứu so sánh pháp luật hành chính nói chung và pháp luật về hợp đồng hành chính nói riêng của Việt Nam và của một số quốc gia khác là một yêu cầu cần thiết và đúng đắn, phù hợp với xu thế hội nhập quốc tế hiện nay. Nghiên cứu so sánh luật sẽ giúp cho Việt Nam tìm hiểu, chọn lọc kinh nghiệm của nước ngoài trong xây dựng và áp dụng các quy định về hợp đồng hành chính. Trên cơ sở đó, Việt Nam có thể hoàn thiện những quy định của pháp luật về hợp đồng hành chính, đồng thời có những giải pháp hợp lý, kịp thời nhằm nâng cao hơn nữa hiệu quả của việc áp dụng những quy định pháp luật này trong thực tiễn.

Như vậy, có thể thấy, việc nghiên cứu đề tài “*Pháp luật về hợp đồng hành chính của một số quốc gia và nghiên cứu so sánh với Việt Nam*” là thực sự cần thiết trong giai đoạn hiện nay, qua đó góp phần xây dựng và hoàn thiện pháp luật trong nước về hợp đồng hành chính, trên cơ sở học hỏi kinh nghiệm từ pháp luật của một số nước trên thế giới nhằm nâng cao hiệu quả cung cấp dịch vụ công, thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

Mục đích của luận án: Mục đích nghiên cứu của luận án là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận cơ bản về hợp đồng hành chính; nghiên cứu quy định pháp luật về HĐHC của một số quốc gia như Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc từ góc độ nghiên cứu so sánh với pháp luật Việt Nam. Trên cơ sở đó, luận án đưa ra các kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật Việt Nam về HĐHC.

Nhiệm vụ của luận án: Để thực hiện mục đích nghiên cứu đặt ra như trên, luận án tập trung vào các nhiệm vụ chính sau đây:

Thứ nhất, nghiên cứu làm sáng tỏ một số vấn đề lý luận cơ bản về hợp đồng hành chính như khái niệm, đặc điểm, vai trò của hợp đồng hành chính; đặc điểm và nội dung của pháp luật về hợp đồng hành chính.

Thứ hai, nghiên cứu các quy định pháp luật về hợp đồng hành chính của một số quốc gia điển hình cho các dòng họ pháp luật lớn trên thế giới như Civil Law (Pháp, Đức), Common Law (Anh, Mỹ) và Trung Quốc dưới góc độ so sánh với pháp luật Việt Nam, chỉ ra những điểm tương đồng và khác biệt cùng với một số đánh giá tổng quan về sự tương đồng và khác biệt đó.

Thứ ba, kiến nghị, đề xuất hướng hoàn thiện pháp luật Việt Nam về hợp đồng hành chính trên cơ sở kinh nghiệm của một số quốc gia đã nghiên cứu.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận án là những vấn đề lý luận cơ bản về hợp đồng hành chính; pháp luật về hợp đồng hành chính của một số quốc gia như Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc, Việt Nam. Việc lựa chọn các quốc gia nghiên cứu trên vì Pháp, Đức là các quốc gia điển hình của Civil Law, còn Anh, Mỹ điển hình của dòng họ pháp luật Common Law, vì vậy pháp luật của các nước này có truyền thống lâu đời và mức độ hoàn thiện cao, đồng thời ảnh hưởng sang các quốc gia khác trên thế giới. Bên cạnh đó, hệ thống pháp luật Trung Quốc có sự tương đồng về thể chế chính trị và bối cảnh phát triển sau đổi mới giống với Việt Nam. Ngoài ra, trong luận án có một số phần còn tiếp thu kinh nghiệm của một số quốc gia khác như Mông Cổ, Albania. Nghiên cứu pháp luật về hợp đồng hành chính ở các quốc gia này có thể khái quát được hai mô hình về hợp đồng hành chính áp dụng trên thế giới và khả năng học tập được một số kinh nghiệm để hoàn thiện pháp luật về HĐHC ở Việt Nam.

Phạm vi nghiên cứu của luận án:

Về mặt không gian: Luận án nghiên cứu những vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính trong bối cảnh Việt Nam thực hiện quản trị nhà nước hiện đại và xây dựng nền hành chính phục vụ. Luận án tập trung nghiên cứu các quy định pháp luật về HĐHC của một số quốc gia điển hình đã lựa chọn bao gồm: Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc, Việt Nam. Ngoài ra, còn có một số kinh nghiệm được tiếp thu từ Mông Cổ, Albania.

Về mặt thời gian: luận án nghiên cứu sự hình thành, phát triển, vai trò của HĐHC và quy định pháp luật hiện hành về một số loại HĐHC của các quốc gia lựa chọn nghiên cứu.

Về nội dung: trong giới hạn của luận án này chỉ nghiên cứu một số loại hợp đồng hành chính trong lĩnh vực dịch vụ công cơ bản như hợp đồng đối tác công tư trong cung ứng dịch vụ công, hợp đồng cung cấp dịch vụ công thiết yếu như nước sạch mà không nghiên cứu tất cả các loại hợp đồng hành chính của các quốc gia. Đồng thời, luận án cũng nghiên cứu các khía cạnh chính của HĐHC như sau: chủ thể, giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng, sửa đổi hợp đồng, chấm dứt hợp đồng, giải quyết tranh chấp HĐHC.

4. Cách tiếp cận vấn đề nghiên cứu

4.1 Câu hỏi nghiên cứu

Luận án được thực hiện với các câu hỏi nghiên cứu như sau:

- Hợp đồng hành chính có những đặc điểm gì tương đồng và khác biệt với các loại hợp đồng Dân sự, Kinh tế khác?
- Hợp đồng hành chính có vai trò như thế nào trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền, bảo đảm quyền con người?
- Những điểm tương đồng và khác biệt về hợp đồng hành chính trong pháp luật các nước với Việt Nam? Những bài học kinh nghiệm nào Việt Nam có thể tiếp thu?

- Khả năng hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam như thế nào?

4.2 Giả thuyết nghiên cứu

Để bước đầu trả lời cho các câu hỏi nghiên cứu trên, NCS đưa ra các giả thuyết nghiên cứu của Luận án:

HĐHC mang những đặc điểm chung của các HĐ dân sự, kinh tế, thương mại nhưng nó cũng có những đặc điểm riêng, đặc thù cần phải có pháp luật điều chỉnh cụ thể.

Đã có một số loại HĐ giao kết giữa nhà nước với các bên (khu vực tư nhân) trong một số lĩnh vực chuyên ngành như đầu tư công, cung ứng dịch vụ công (điện, nước sạch, thu gom rác...) nhưng còn thiếu một khung pháp luật chung quy định về trình tự, thủ tục giao kết, điều kiện giao kết cũng như cơ chế giải quyết tranh chấp (luật khung) do đó cần xây dựng pháp luật về hợp đồng hành chính.

Việc chưa có quy định cụ thể về Hợp đồng hành chính đã dẫn đến một số vấn đề trong thực tiễn như việc chưa bảo đảm hiệu quả hoạt động cung cấp dịch vụ công do bên tư nhân tham gia; chưa có một khung pháp luật thống nhất về thủ tục đàm phán, giao kết hợp đồng cung ứng dịch vụ công; chưa bảo đảm được tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong HĐHC.

Nhà nước cần phải có những định hướng, giải pháp nâng cao hiệu quả cung ứng dịch vụ công, xây dựng nhà nước pháp quyền phù hợp với xu hướng phát triển chung của thế giới, đảm bảo xây dựng nền hành chính phục vụ thông qua việc quy định khung pháp luật về HĐHC.

Hợp đồng hành chính là một công cụ quan trọng để quản lý hành chính nhà nước, phát triển dịch vụ công, phát triển nền kinh tế mà nhiều quốc gia trên thế giới đã thực hiện thành công. Ở Việt Nam, không có sự phân biệt HĐHC với các hợp đồng dân sự, thương mại dẫn đến nhiều bất cập và hạn chế trong pháp luật điều chỉnh các hợp đồng hành chính. Nghiên cứu này xây dựng, củng cố cơ sở lý luận và

học tập kinh nghiệm pháp luật về hợp đồng hành chính của một số quốc gia để hoàn thiện pháp luật Việt Nam nhằm đáp ứng yêu cầu của nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam, đảm bảo quyền con người và phát triển kinh tế - xã hội bền vững.

5. Cơ sở phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

5.1 Cơ sở phương pháp luận

Luận án được nghiên cứu trên cơ sở các quan điểm của chủ nghĩa Mác – Lê Nin, tư tưởng Hồ Chí Minh, quan điểm của Đảng và Nhà nước về quản trị nhà nước hiện đại, cung cấp dịch vụ công, đáp ứng quyền nhu cầu cơ bản, cần thiết cho người dân để xây dựng, phát triển chế định hợp đồng hành chính phù hợp với hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay.

Luận án còn được tiếp cận theo phương pháp tiếp cận hiện đại – tiếp cận dựa trên quyền. Đây là cách tiếp cận mới trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền và bảo vệ quyền con người. Cung ứng dịch vụ công là trách nhiệm của nhà nước và đồng thời là quyền của người dân. Trong bối cảnh xây dựng nền hành chính phục vụ, bảo đảm quyền của công dân, do đó bên cạnh tư duy quản lý theo tính chất cấm đoán, hạn chế quyền thông qua việc quy định các điều kiện, thủ tục gây khó khăn, phiền hà cho người dân trong tiếp cận và sử dụng dịch vụ công, thì cách tiếp cận dựa trên quyền sẽ là cơ sở để có những đề xuất hoàn thiện pháp luật theo hướng bảo đảm thực hiện quyền của các chủ thể cung cấp và sử dụng dịch vụ công. Ngoài ra, trong hợp đồng đối tác công tư, quyền của bên đối tác tư nhân có khả năng vi phạm bởi cơ quan nhà nước trong mối quan hệ bất bình đẳng, do vậy, với phương pháp tiếp cận dựa trên quyền sẽ xây dựng các quy định bảo vệ quyền hợp pháp của các bên trong quan hệ hợp đồng hành chính.

5.2 Phương pháp nghiên cứu

Để thực hiện nhiệm vụ nghiên cứu, NCS kết hợp sử dụng phương pháp luận của chủ nghĩa duy vật biện chứng và chủ nghĩa duy vật lịch sử. Thể hiện ở việc: 1) Nghiên cứu hợp đồng hành chính trong mối tương quan với hợp đồng dân sự, hợp

đồng kinh tế; 2) Việc ghi nhận và xây dựng pháp luật về hợp đồng hành chính phù hợp các điều kiện bảo đảm thực tế của Nhà nước và xã hội trong giai đoạn phát triển hiện nay.

Quá trình nghiên cứu Luận án cũng dựa trên cơ sở của tư tưởng Hồ Chí Minh về quản lý nhà nước, các quan điểm chủ trương Đảng Cộng sản Việt Nam về xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN, cải cách quản lý hành chính nhà nước, thực hiện chức năng cung ứng dịch vụ công trong giai đoạn hiện nay.

Các phương pháp nghiên cứu cụ thể được sử dụng trong luận án bao gồm:

Phương pháp phân tích: được sử dụng để làm sáng tỏ các vấn đề lý luận, thực trạng quy định của pháp luật về hợp đồng hành chính ở các quốc gia đã lựa chọn nghiên cứu.

Phương pháp tổng hợp: được sử dụng để hệ thống hóa các quan điểm khác nhau về hợp đồng hành chính.

Phương pháp thống kê và nghiên cứu vụ việc điển hình: được sử dụng để làm rõ các quy định pháp luật về hợp đồng hành chính các nước trong nghiên cứu.

Phương pháp hệ thống: được sử dụng để làm rõ các vấn đề lý luận, thực trạng quy định của pháp luật về hợp đồng hành chính.

Phương pháp lịch sử cụ thể: được sử dụng để làm rõ các quy định của pháp luật về hợp đồng hành chính các nước và một số loại hợp đồng ở Việt Nam qua các giai đoạn từ khi ra đời, phát triển đến nay.

Phương pháp so sánh luật học: được sử dụng để nghiên cứu so sánh các hệ thống pháp luật tiêu biểu cho các truyền thống pháp luật với quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về hợp đồng hành chính.

Phương pháp so sánh luật học là phương pháp chủ đạo được sử dụng để thực hiện luận án này. Bởi vì, Việt Nam chưa có hợp đồng hành chính nên rất cần nghiên cứu so sánh để nhận diện rõ về loại hợp đồng này và giúp tìm ra nhiều quy định có thể thực hiện cấy ghép pháp luật để xây dựng hoàn thiện pháp luật Việt Nam.

Phương pháp so sánh luật học là một phương pháp tiếp cận nghiên cứu so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau nhằm tìm ra sự tương đồng và khác biệt, giải thích nguồn gốc, đánh giá các giải pháp pháp lý được sử dụng trong các hệ thống pháp luật khác nhau. Ngày nay Luật so sánh trong nhiều trường hợp đòi hỏi phải tìm kiếm các nguyên tắc phổ quát của pháp luật vượt qua văn hóa. Theo truyền thống nghiên cứu so sánh chủ yếu trong lĩnh vực luật tư, bao gồm các chủ đề như hợp đồng, tài sản và lựa chọn luật áp dụng. Nhưng bây giờ Luật so sánh mở rộng sang lĩnh vực luật công như luật hiến pháp so sánh, luật hành chính so sánh⁹. Luật so sánh có ý nghĩa quan trọng trong việc cải cách pháp luật quốc gia với những nghiên cứu về kinh nghiệm và giải pháp pháp luật của các quốc gia, cơ quan lập pháp, nhà làm luật có thể xây dựng các đạo luật, qui phạm pháp luật phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của quốc gia; dự báo được khả năng tác động của các đạo luật đối với đời sống xã hội. Bởi vì thông qua nghiên cứu so sánh một đề tài từ nhiều hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới, người nghiên cứu có thể kiến nghị tiếp thu các giải pháp pháp lý nước ngoài mà phù hợp với bối cảnh trong nước từ điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội, truyền thống pháp lý, văn hóa pháp lý, thực trạng pháp luật hiện hành... Hoạt động đó gọi là cấy ghép pháp luật (legal transplant), cấy ghép pháp luật giúp cho quá trình cải cách pháp luật của quốc gia thực hiện nhanh chóng và ít tốn kém hơn, có thể thấy trước được kinh nghiệm thành bại của giải pháp pháp lý ở nước ngoài để có vận dụng phù hợp. Việc cấy ghép pháp luật có thành công hay không lại phụ thuộc vào nhiều yếu tố khác nhau như quy định được cấy ghép đó phải phù hợp với hệ thống pháp luật, điều kiện tự nhiên, chính trị, kinh tế xã hội của quốc gia được cấy ghép¹⁰. Do vậy, người nghiên cứu cũng sẽ nghiên cứu cẩn thận bối cảnh của Việt Nam để kiến nghị tiếp thu những quy định về hợp đồng hành chính có khả năng thích ứng và phù hợp nhất với tổng thể hệ thống pháp luật cũng như bối cảnh của nước ta hiện nay.

⁹ Eberle, Edward J. (2011) "The Methodology of Comparative Law," *Roger Williams University Law Review*: Vol. 16: Iss. 1, Article 2, tr.54.

¹⁰ Phạm Trọng Nghĩa (2010), "Về cấy ghép pháp luật", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 8(169), tr. 19.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của Luận án

Ở góc độ lý luận, luận án khái quát quan niệm về hợp đồng hành chính trong pháp luật các nước trên thế giới, từ đó đưa ra các tiêu chí để nhận diện hợp đồng hành chính ở Việt Nam. Những nghiên cứu về lý luận về Hợp đồng hành chính ở Việt Nam luận án này góp phần hoàn thiện về lý luận hợp đồng hành chính.

Dưới góc độ thực tiễn, có một số hợp đồng hành chính ở Việt Nam đã và đang tồn tại, tuy nhiên không được ghi nhận trong pháp luật. Do đó, hoàn thiện về lý luận thúc đẩy hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính trong pháp luật. Trong bối cảnh của hội nhập và giao lưu quốc tế, chế định hợp đồng hành chính ở các quốc gia rất phát triển, do đó cần có nghiên cứu và đảm bảo tính tương thích trong các cam kết quốc tế mà Việt Nam tham gia. Từ đó, thúc đẩy lĩnh vực kinh tế kết hợp nhà nước và tư nhân cùng làm, đồng thời phát triển dịch vụ công, đáp ứng tốt hơn nhu cầu của đời sống người dân.

7. Kết cấu của luận án

Ngoài Phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo và phụ lục, nội dung chính của luận án được cơ cấu thành 4 chương với các nội dung cụ thể sau:

Chương 1: Tổng quan về tình hình nghiên cứu đề tài

Chương 2: Một số vấn đề lý luận cơ bản về hợp đồng hành chính và pháp luật về hợp đồng hành chính

Chương 3: Pháp luật về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia và Việt Nam

Chương 4: Giải pháp xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam về hợp đồng hành chính.

CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI

1.1 Tình hình nghiên cứu trong nước

Ở Việt Nam đã có một số hợp đồng mang đặc điểm của hợp đồng hành chính theo quan niệm của nhiều quốc gia trên thế giới nhưng hợp đồng hành chính chưa được ghi nhận trong pháp luật. Thời gian gần đây, vấn đề hợp đồng hành chính nhận được sự quan tâm rõ nét của các nhà nghiên cứu với khá nhiều nghiên cứu liên quan. Những công trình này đã cung cấp những luận cứ khoa học và thực tiễn cho tác giả thực hiện việc triển khai nghiên cứu đề tài, có thể kể đến những công trình như sau:

1.1.1. Các công trình nghiên cứu liên quan đến lý luận về hợp đồng hành chính

Thứ nhất, các công trình nghiên cứu về các khái niệm, đặc điểm của hợp đồng hành chính.

Trước tiên phải kể đến công trình nghiên cứu của Đào Đăng Kiên (2002), Đề tài khoa học cấp Bộ: *Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế*, Học viện hành chính quốc gia.¹¹ Có thể thấy rằng đây là đề tài nghiên cứu cấp Bộ đầu tiên ở Việt Nam về vấn đề hợp đồng hành chính.¹² Tác giả sử dụng thuật ngữ hợp đồng hành chính, hệ thống một số vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính, bao gồm khái niệm về hợp đồng hành chính, tiêu chí xác định hợp đồng hành chính, phân biệt hợp đồng hành chính với các loại hợp đồng kinh tế và dân sự. Các tác giả cũng chỉ ra các đặc trưng của hợp đồng hành chính về chủ thể hợp đồng, nguyên tắc về tính có thể thay đổi, nội dung của hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của

¹¹ Đề tài này sau đó được xuất bản thành Sách chuyên khảo: *Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế*, NXB Thống kê, H. 2005.

¹² Trước đó, suốt thời kỳ của nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung ở Miền Bắc, không có công trình nghiên cứu nào về hợp đồng hành chính do hoàn cảnh chiến tranh và hình thức quản lý kinh tế kế hoạch hóa tập trung của Nhà nước. Ở Miền Nam trước năm 1975 tiếp thu các tri thức của Phương Tây và xã hội miền Nam phát triển hơn nên hợp đồng hành chính được đề cập đến những nét cơ bản. Cuốn Luật hành chính của Nguyễn Độ, Sài Gòn 1969, đã đề cập đến khế ước hành chính. Giáo trình Luật hành chính do Cần Chi biên soạn 1992, cũng có đề cập đến khế ước hành chính. Nguồn: Phạm Hồng Thái, *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, NXB ĐHQG HN, 2016, tr.48.

Ngoài ra, có đề tài: *Nghiên cứu thể lệ hợp đồng hành chính và phân tích thẩm quyền tài phán thuộc tòa án hành chính khi có kiện tụng* của LG Ngô Ngọc Bửu chủ nhiệm, Sở khoa học công nghệ và môi trường TP Hồ Chí Minh 2/1998, cũng đã đề cập đến thuật ngữ hợp đồng hành chính. Nguồn: Đào Đăng Kiên, “Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế”, Đề tài khoa học cấp Bộ, 2002, tr.11.

chủ thể cơ quan hành chính nhà nước bao gồm các điều khoản quá lệ (ưu thế hơn, không ngang bằng về quyền và nghĩa vụ đối với các bên đối tác), tiêu chí về mặt chất lượng của hợp đồng, về tranh chấp và khiếu kiện. Tuy vậy, công trình này chưa có tính khái quát cao về lý luận, mà đề tài chủ yếu thể hiện được thực trạng các hợp đồng trong lĩnh vực kinh tế, sử dụng nhiều hợp đồng thực tiễn để mô tả đặc điểm hợp đồng hành chính.

Nguyễn Cửu Việt (2010), *Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội. Trong cuốn giáo trình này, tác giả có dành một mục viết về hợp đồng hành chính, đã đưa ra quan niệm về hợp đồng hành chính, đặc điểm của hợp đồng hành chính và tiêu chí xác định một số loại hợp đồng được gọi là hợp đồng hành chính. Tác giả Nguyễn Cửu Việt cho rằng: “*Hợp đồng hành chính là hợp đồng do một pháp nhân công ký hoặc được ký thay cho một pháp nhân công, và bao gồm hoặc mục đích thực hiện công vụ hoặc những điều khoản vượt ra ngoài phạm vi của luật thông thường*”¹³. Ngoài ra tác giả còn phân loại một số loại hợp đồng được gọi là hợp đồng hành chính theo quan điểm của các học giả nước ngoài.

Phạm Hồng Thái (2016), *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, Sách chuyên khảo, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội. Cuốn sách này là công trình nghiên cứu được xem là bao quát và mang tính cập nhật nhất về vấn đề hợp đồng hành chính ở Việt Nam hiện nay.

Chương 2 của cuốn sách trình bày những vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính gồm các khía cạnh: sự hình thành hợp đồng hành chính và nhận thức về hợp đồng hành chính; khái niệm, đặc điểm, phân loại và vai trò của hợp đồng hành chính; phân biệt hợp đồng hành chính với các hiện tượng pháp lý khác. GS. Phạm Hồng Thái cho rằng hợp đồng hành chính mang một số đặc điểm như sau: thứ nhất, hợp đồng hành chính là một loại hợp đồng pháp lý được điều chỉnh bởi những quy pháp pháp luật hành chính do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, trong một số trường hợp có thể áp dụng các quy định của luật tư; Thứ hai, một bên trong quan hệ

¹³ Nguyễn Cửu Việt (2010), *Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb Đại học quốc gia Hà Nội, tr.383.

hợp đồng hành chính là pháp nhân công quyền, còn bên khác là cá nhân, pháp nhân, có thể là cả hai bên trong quan hệ hợp đồng hành chính đều là pháp nhân công quyền; Thứ ba, hợp đồng hành chính được giao kết nhằm thực hiện công vụ hay các dịch vụ công. Hợp đồng hành chính luôn hướng đến phục vụ lợi ích chung của toàn xã hội. Đây là đặc thù của hợp đồng hành chính so với các loại hợp đồng khác; Thứ tư, nội dung của hợp đồng hành chính có điều khoản vượt ra khỏi phạm vi của pháp luật dân sự - kinh tế. Bởi vì trong quan hệ hợp đồng hành chính ngoài các quyền và nghĩa vụ trong thỏa thuận giữa các bên giao kết hợp đồng, chủ thể là pháp nhân công quyền có những đặc quyền nhất định trong việc xác định, thay đổi nội dung của hợp đồng, đình chỉ việc thực hiện hợp đồng đơn phương theo quy định của pháp luật vì lợi ích công, có quyền kiểm tra, thanh tra, áp dụng những chế tài cần thiết do luật công quy định; Thứ năm, tranh chấp hợp đồng hành chính được giải quyết bởi các bên trong quan hệ hợp đồng, do cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền – cấp trên của cơ quan đã giao kết hợp đồng hay tòa án theo thủ tục hành chính ở các nước Châu Âu lục địa, ở các nước Common Law được giải quyết bằng tòa án tư pháp; các bên thỏa thuận giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại hay những cách thức khác tùy vào loại hợp đồng hành chính nào; Thứ sáu, hợp đồng hành chính luôn thể hiện dưới hình thức văn bản, còn hợp đồng dân sự có thể thể hiện dưới hình thức văn bản, lời nói tùy thuộc vào từng loại hợp đồng; Thứ bảy, việc giao kết, thực hiện hợp đồng hành chính luôn đặt dưới sự kiểm tra, giám sát của cơ quan cấp trên của cơ quan đã giao kết hợp đồng và xã hội.

Nhìn chung các vấn đề lý luận được đề cập trong các công trình trên có liên hệ chặt chẽ tới những vấn đề nghiên cứu của luận án, là nền tảng, cơ sở để nghiên cứu sinh xây dựng khái niệm, nhận diện đặc điểm bản chất của hợp đồng hành chính.

Thứ hai, các công trình nghiên cứu về phân loại hợp đồng hành chính.

Đào Đăng Kiên (2002), Đề tài khoa học cấp Bộ *“Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế”*, Học viện hành chính quốc gia. Tác giả đã chỉ ra các dạng hợp đồng hành chính như: hợp đồng chuyển nhượng dịch vụ

công, hợp đồng chuyển nhượng việc làm công chính, hợp đồng giao thầu công chính, hợp đồng giao ước trợ giúp. Trong chương 2 các tác giả nghiên cứu về thực trạng việc áp dụng công cụ hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước về kinh tế ở Việt Nam hiện nay. Theo đó các loại hợp đồng của cơ quan hành chính nhà nước đã áp dụng trong quản lý phát triển kinh tế xã hội bao gồm: Hợp đồng đấu thầu công chính - đầu tư xây dựng cơ bản, hợp đồng xây dựng – kinh doanh – chuyển giao (BOT). Các tác giả minh họa bằng nghiên cứu 8 hợp đồng trong nhiều lĩnh vực như giao nhận công trình, BOT, hợp đồng dịch vụ...mà tác giả cho rằng mang các đặc điểm của hợp đồng hành chính.

Phạm Hồng Thái (2016), *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội. Tác giả dựa trên tiêu chí mục đích của hợp đồng hành chính để phân loại này thành: hợp đồng để thực hiện công vụ, hợp đồng thực hiện dịch vụ công, hợp đồng cung ứng dịch vụ hành chính công. Trong đó, hợp đồng thực hiện công vụ gồm các hợp đồng như: Hợp đồng làm việc trong cơ quan nhà nước; Hợp đồng theo mùa vụ trong các cơ quan nhà nước, đơn vị quân đội, công an; Hợp đồng canh gác trụ sở cơ quan, tổ chức, các mục tiêu quân sự; Hợp đồng với các tổ chức xã hội nhằm bảo đảm trật tự trị an, an toàn xã hội ở khu dân cư, trên các tuyến phố, đường giao thông; Hợp đồng chuyển giao công việc của cơ quan hành chính nhà nước cho cơ quan nhà nước khác thực hiện; Hợp đồng giữa cơ quan nhà nước với cá nhân, tổ chức để thực hiện công việc của cơ quan nhà nước. Hợp đồng thực hiện dịch vụ công lại bao gồm các hợp đồng như: Hợp đồng mua các dịch vụ do cá nhân, tổ chức cung ứng; Hợp đồng nhà nước cho cá nhân, tổ chức khai thác tài sản nhà nước; Hợp đồng với cá nhân, tổ chức trong lĩnh vực đầu tư xây dựng các công trình công cộng, công trình kết cấu hạ tầng, hoặc cung cấp dịch vụ công. Hợp đồng cung ứng dịch vụ hành chính công bao gồm các hợp đồng cung ứng các dịch vụ công trong lĩnh vực hành chính như: cấp giấy phép, giấy chứng nhận, đăng ký, công chứng, thị thực, hộ tịch, xử lý hành chính, kiểm tra, thanh tra hành chính, đấu thầu...

Thứ ba, các công trình nghiên cứu về vai trò, ý nghĩa của hợp đồng hành chính

Phạm Hồng Thái (2015), “Sự hình thành tư tưởng hợp đồng hành chính và vai trò của hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước”, *Tạp chí Khoa học - Đại học quốc gia Hà Nội*, số 01. Bài viết giới thiệu lịch sử của vấn đề hợp đồng hành chính trên thế giới và Việt Nam, mang tới cho người đọc một cái nhìn khái quát về lịch sử phát triển của vấn đề này. Tác giả cho rằng, trong Nhà nước chủ nô, phong kiến, Nhà nước chủ yếu thực hiện chức năng cai trị, còn chức năng xã hội của Nhà nước rất ít được quan tâm. Tuy vậy, hợp đồng hành chính có mầm mống hình thành từ rất sớm, ngay trong thời kỳ Nhà nước phong kiến. Đến thời kỳ của Nhà nước tư sản ra đời thì việc ký kết hợp đồng giữa Nhà nước với cá nhân, tổ chức để cá nhân, tổ chức đó cung ứng các dịch vụ công cho Nhà nước, xã hội càng phát triển nhiều. Sau đại chiến thế giới lần thứ hai, đặc biệt khoảng hơn ba mươi năm gần đây hình thức Nhà nước chuyển các công việc vốn do mình đảm nhiệm cho các pháp nhân công, tư thực hiện, hay Nhà nước mua các dịch vụ do các pháp nhân này cung ứng rất phát triển dưới nhiều hình thức đa dạng, phong phú. Quá trình này diễn ra được gọi là quá trình “tư nhân hóa” hay “xã hội hóa” tạo ra các hình thức khác nhau của hợp đồng hành chính. Ở Việt Nam, từ sau 1945 cũng đã diễn ra xu hướng dịch chuyển của dịch vụ công mà xuất hiện hợp đồng hành chính. Ngay sau năm 1945, Nhà nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa đã chính thức thừa nhận hình thức “thầu công vụ”. Tới đầu những năm chín mươi thế kỷ XX, Nhà nước đã tiến hành xã hội hóa việc cung ứng một số dịch vụ công. Vì vậy mà nhiều tổ chức thực hiện dịch vụ công xuất hiện và cũng xuất hiện nhiều loại hợp đồng có đặc điểm của hợp đồng hành chính xuất hiện như: Hợp đồng giao thầu công chính; hợp đồng cung ứng vật tư kỹ thuật và dịch vụ; hợp đồng đặc nhượng dịch vụ công; hợp đồng hợp tác; hợp đồng tuyển dụng công chức ngoại ngạch, hay hợp đồng hợp tác công tư. Tuy vậy, hợp đồng hành chính trong thực tiễn khá phát triển, nhưng về mặt khoa học thì việc nghiên cứu về hợp đồng hành chính còn rất khiêm tốn. Phần cuối bài viết tác giả nhấn mạnh vai trò của hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước hiện nay.

Phạm Hồng Thái (2013), “Hợp đồng hành chính - hình thức hoạt động hành chính nhà nước”, *Tạp chí Tổ chức nhà nước*, số 1. Trong bài viết này, tác giả trình bày những vấn đề lý luận và thực tiễn áp dụng hợp đồng hành chính ở Việt Nam. Trên cơ sở nghiên cứu nhiều quan điểm của các học giả Pháp, Nga, tác giả đã đưa ra khái niệm hợp đồng hành chính như sau: *“Hợp đồng hành chính là một loại hợp đồng pháp lý đặc biệt, trên cơ sở các quy phạm luật hành chính, được xác lập trên cơ sở sự thống nhất ý chí của hai hay nhiều chủ thể luật hành chính, trong đó một chủ thể bắt buộc là pháp nhân công pháp, làm phát sinh, thay đổi hay đình chỉ quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng hay của những người khác nhằm đáp ứng các nhu cầu, lợi ích của nhà nước, xã hội, cộng đồng, công dân.”* Tác giả cho rằng hợp đồng hành chính là một hình thức hoạt động hành chính của nhà nước vì trong hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước, hay những cơ quan khác của nhà nước, ngoài những hoạt động xây dựng và ban hành các quyết định pháp luật, thực hiện các hoạt động mang tính tổ chức, tác nghiệp kỹ thuật còn thực hiện việc ký kết hợp đồng để giải quyết những vấn đề phát sinh trong hoạt động hành chính nhà nước. Tác giả chỉ ra một số loại “hợp đồng hành chính” đang tồn tại ở Việt Nam (mặc dù được gọi bằng các tên gọi khác nhau, chưa được chính thức sử dụng thuật ngữ hợp đồng hành chính) như hợp đồng giữa pháp nhân công pháp với những người lao động như lái xe, bảo vệ cơ quan (hợp đồng tuyển dụng công chức ngoại ngạch); hợp đồng trong nghiên cứu khoa học giữa cơ quan nhà nước với các nhà khoa học; hợp đồng xây dựng chuyển giao; hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao; hợp đồng trong lĩnh vực thuế, phí, lệ phí; thỏa thuận trong việc trưng mua, trưng dụng tài sản của công dân, tổ chức; thu hồi đất để phục vụ mục đích công, tư khác nhau có bồi hoàn và những loại hợp đồng khác. Tác giả cho rằng trong bối cảnh của cải cách hành chính, chuyển từ nền hành chính truyền thống sang hành chính công mới thì hợp đồng hành chính ngày càng có ý nghĩa, vai trò quan trọng trong đời sống nhà nước và xã hội, đặc biệt trong hoạt động hành chính nhà nước. Như vậy, so với các nghiên cứu trước đây chỉ đề cập đến hợp đồng hành

chính trong quản lý nhà nước về kinh tế, công trình này đề cập đến hợp đồng hành chính ở phạm vi rộng hơn, trong tất cả các lĩnh vực quản lý hành chính nhà nước.

1.1.2 Các công trình liên quan đến thực trạng pháp luật về hợp đồng hành chính

Các nội dung pháp luật về hợp đồng hành chính như nguồn luật điều chỉnh hợp đồng hành chính, giao kết hợp đồng hành chính, thực hiện, sửa đổi, bổ sung, giải thích hợp đồng hành chính, chấm dứt hợp đồng hành chính, các trường hợp hợp đồng hành chính vô hiệu và giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng hành chính được nghiên cứu ở các mức độ khác nhau. Sau đây là một số công trình nghiên cứu tiêu biểu.

Đào Đăng Kiên (2002), Đề tài khoa học cấp Bộ “*Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế*”, Học viện hành chính quốc gia.

Tác giả chỉ ra rằng trong quá trình thực hiện hợp đồng hành chính, cơ quan nhà nước có những quyền đặc biệt: quyền chỉ đạo và kiểm tra, quyền đơn phương sửa đổi những điều kiện thực thi hợp đồng, quyền hủy bỏ hợp đồng, quyền phạt, phạt cưỡng bức thực hiện hợp đồng, phạt hủy bỏ hợp đồng. Còn bên cùng ký hợp đồng có quyền được trả tiền, có nghĩa vụ đích thân thực hiện hợp đồng. Từ đó, các tác giả khẳng định vai trò của hợp đồng hành chính như là công cụ quản lý kinh tế đặc lực cho nhà nước, có vai trò quan trọng trong cải cách kinh tế, cải cách hành chính.

Phạm Hồng Thái (2016), *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, Sách chuyên khảo, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội. Trong cuốn sách tham khảo này, tác giả đề cập đến yêu cầu luật công và luật tư với hợp đồng hành chính, hợp đồng hành chính vô hiệu, thực hiện hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính. Về nguồn luật điều chỉnh hợp đồng hành chính, tác giả chưa trình bày rõ ràng tuy nhiên có lưu ý về những yêu cầu của Luật công đối với hợp đồng hành chính và những yêu cầu của luật tư với hợp đồng hành chính. Theo đó, trong hợp đồng hành chính cần nêu rõ các giá trị công (do cơ quan lập pháp quy định) nào, phạm vi sẽ áp dụng đối với hợp đồng hành chính cụ thể. Bên đối tác tư nhân phải tuân thủ các giá trị công với tư cách là nghĩa vụ hợp đồng. Vì vậy, vấn đề áp dụng giá trị công trong hợp đồng hành chính trở thành vấn đề đàm phán và kỹ thuật soạn thảo hợp đồng

hành chính. Ngoài ra, luật công còn quy định các chủ thể nhà nước được ký kết hợp đồng hành chính, các lĩnh vực được sử dụng hợp đồng hành chính, các nguyên tắc của luật hành chính phải tuân thủ, và yêu cầu về hình thức hợp đồng hành chính. Yêu cầu của luật tư đối với hợp đồng hành chính cần có yêu cầu đầu tiên của hợp đồng hành chính là sự thống nhất ý chí giữa các bên tham gia quan hệ và thỏa mãn các yêu cầu của pháp luật đối với hợp đồng; chủ thể có năng lực hành vi giao kết hợp đồng; nội dung, mục đích của hợp đồng hành chính không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội; các bên tự nguyện tự nguyện giao kết, thực hiện hợp đồng. Qua đó, tác giả cho rằng nguồn luật điều chỉnh hợp đồng hành chính bao gồm cả luật công và luật tư.

Về hợp đồng hành chính vô hiệu, tác giả trình bày các trường hợp hợp đồng hành chính vô hiệu theo quy định của luật công và các trường hợp hợp đồng hành chính vô hiệu theo quy định của luật tư. Các trường hợp hợp đồng hành chính vô hiệu theo quy định của luật công gồm: hợp đồng chéo; hợp đồng hành chính chéo khi quyết định hành chính tương ứng bị vô hiệu; hợp đồng hành chính chéo bị vô hiệu khi không tuân thủ đúng hình thức và thủ tục của hợp đồng hành chính mà các bên hợp đồng hành chính biết điều đó; hợp đồng đền bù; hợp đồng bị cưỡng ép, bất khả thi. Các trường hợp hợp đồng hành chính vô hiệu theo quy định của luật tư gồm: Hợp đồng vô hiệu bởi chủ thể tham gia hợp đồng không có năng lực hành vi; Hợp đồng vô hiệu do không tuân theo nguyên tắc tự do, tự nguyện; Hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội; Hợp đồng vô hiệu do không tuân thủ hình thức hợp đồng.

Về thực hiện hợp đồng bao gồm các nội dung về thời gian, số lần, thứ tự, địa điểm thực hiện hợp đồng, đồng tiền thanh toán, việc chuyển nhượng hợp đồng và nhà thầu phụ. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, chính quyền có quyền kiểm soát và chỉ đạo đối với bên thực hiện hợp đồng. Nếu phát sinh tranh chấp khi thực hiện hợp đồng, thẩm phán phải giải thích hợp đồng hành chính để xác định quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên trong hợp đồng. Việc sửa đổi hợp đồng hành chính cũng xảy ra do thay đổi bối cảnh, văn bản sửa đổi hợp đồng là kết quả của quá trình

đàm phán thể hiện ý chí của các bên hợp đồng. Về chấm dứt hợp đồng, tác giả đề cập đến trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng. Về giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính được giới thiệu các hình thức thương lượng, hòa giải, khiếu nại, tài phán (bằng tòa án thường, bằng tòa án hành chính, bằng trọng tài thương mại).

Võ Trí Hào (2015), “Hợp đồng hành chính vô hiệu theo quy định của luật công”, *Tạp chí Khoa học Pháp lý*, số 9/2015. Trong bài viết này, tác giả cho rằng hợp đồng hành chính là một thỏa thuận nhằm xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý, bởi vậy nó phải tuân thủ hầu hết các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng dân sự thương mại theo luật tư. Bên cạnh đó, hợp đồng hành chính cũng đồng thời mang trong mình “giá trị công” bởi hợp đồng hành chính liên quan việc cung cấp dịch vụ công và ít nhiều liên quan đến quyền lực nhà nước. Do đó, khi thiết kế các nguyên tắc xem xét tuyên bố vô hiệu một hợp đồng hành chính, nhà soạn thảo luật phải tuân theo các nguyên tắc theo luật công, bên cạnh các nguyên tắc của luật hợp đồng tư. Những nguyên tắc này bao gồm: bảo đảm tính ổn định của trật tự pháp luật, bảo vệ niềm tin công dân, bảo đảm quyền tiếp cận công lý của công dân. Tác giả cũng đưa ra nhiều trường hợp ngoại lệ khi xem xét hiệu lực của hợp đồng hành chính khi so sánh với hợp đồng dân sự thương mại. Các trường hợp ngoại lệ này được tác giả chia làm hai nhóm: ngoại lệ gia cường và ngoại lệ miễn trừ.

Võ Trí Hào (2016), “Các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính bằng tài phán”, *Tạp chí luật học*, số 3. Trong bài viết này, tác giả nghiên cứu phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính bằng tài phán ở hai truyền thống pháp luật Common Law và Civi Law. Hệ thống Common Law coi chính quyền các cấp là pháp nhân công quyền, có địa vị bình đẳng với pháp nhân theo luật tư trong quan hệ hợp đồng hành chính, do vậy tranh chấp hợp đồng hành chính được xét xử như các tranh chấp hợp đồng thông thường; toà án thường và trọng tài thương mại được trao cho việc giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính. Hệ thống Continental Law coi hợp đồng hành chính thuộc đối tượng điều chỉnh của luật công, mang bản chất khác biệt với hợp đồng dân sự - thương mại, do vậy tranh chấp hợp đồng hành chính được xét xử theo thủ tục riêng biệt, toà án riêng biệt, cụ

thể là toà hành chính. Hệ thống hỗn hợp nhấn mạnh khía cạnh kinh tế của hợp đồng hành chính nên sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp đối với hợp đồng kinh doanh để giải quyết các tranh chấp hợp đồng hành chính. Ngoài ra, tác giả cho rằng để bảo đảm lợi ích cho nhà đầu tư, những cơ chế đặc biệt như ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute) thuộc World Bank hay UNCITRAL thuộc Liên hợp quốc cũng nên được áp dụng.

1.1.3 Các công trình nghiên cứu liên quan đến kiến nghị hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính

Đào Đăng Kiên (2002), Đề tài khoa học cấp Bộ “*Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế*”, Học viện hành chính quốc gia. Chương 3 các tác giả đưa ra phương hướng, giải pháp mở rộng áp dụng công cụ hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước về kinh tế bằng cách tạo lập các điều kiện cần và đủ cho việc áp dụng hợp đồng hành chính. Thứ nhất là pháp nhân hành chính, pháp luật thể hiện ở việc cải cách tổ chức bộ máy hành chính, cho phép các cơ quan hành chính nhà nước ký kết trực tiếp với tổ chức, cá nhân bằng hợp đồng hành chính, không cần thành lập bộ máy mới. Thứ hai, xã hội hóa dịch vụ công, tăng cường vai trò của hợp đồng hành chính trong quá trình xã hội hóa này. Ngoài ra còn một số giải pháp khác như đào tạo bồi dưỡng kiến thức về hợp đồng hành chính.

1.2 Tình hình nghiên cứu ngoài nước

Trên thế giới, pháp luật về hợp đồng hành chính (Administrative Contracts) có nguồn gốc từ nước Pháp từ sau khi Tham chính viện ra đời và phổ biến ở các quốc gia thuộc truyền thống Civil Law như Đức,¹⁴ Romania,¹⁵ Ba Lan,¹⁶... hoặc các quốc gia chịu ảnh hưởng của dòng họ pháp luật Châu Âu lục địa như Estonia,

¹⁴ Xem: Singh M.P, 1985, *German Administrative Law*, Springer, Berlin, Heidelberg, tr. 50.

¹⁵ Xem: Catalin-Silviu Sararu, The Termination of Administrative Contracts in the Romanian and French Law, *Acta U. Danubius Jur.* 17 (2011). Nguồn: Heinonline.org.

¹⁶ Xem: Agnieszka Grzesiok-Horosz; Piotr Horosz, Contracts in Public Administration, *Acta U. Danubius Jur.* 17 (2011). Nguồn: Heinonline.org.

Albany, Ả rập Saudi,¹⁷ Israel,¹⁸...; ở một số quốc gia thuộc dòng họ pháp luật XHCN đang trong quá trình chuyển đổi như Trung quốc,¹⁹ Nga,²⁰ Mông Cổ,²¹ ... Đối với các quốc gia Common Law thì có loại hợp đồng tương đương với hợp đồng hành chính, đó là hợp đồng chính phủ (Government Contracts) như Anh,²² Mỹ,²³ Úc,²⁴... Hợp đồng chính phủ được phát triển mạnh mẽ từ những năm 1980 đến nay trong bối cảnh của phong trào tư nhân hóa trong hoạt động cung ứng các dịch vụ công, và đổi mới cách thức quản trị của nhà nước từ nhà nước cai trị sang nhà nước phục vụ.

Trong thời gian gần đây có nhiều nghiên cứu liên quan đến đến hợp đồng hành chính, hợp đồng chính phủ. Trong số đó nghiên cứu về hợp đồng hợp tác công tư Public – Private partnership (PPP) thu hút sự quan tâm lớn nhất. Nhìn chung, các công trình nghiên cứu cũng chia thành hai nhóm là: (1) các công trình nghiên cứu liên quan đến lý luận về hợp đồng hành chính; (2) các nghiên cứu về pháp luật về hợp đồng hành chính.

1.2.1 Các công trình nghiên cứu liên quan đến lý luận về hợp đồng hành chính

Thứ nhất, các công trình nghiên cứu về các khái niệm, đặc điểm của hợp đồng hành chính

Thuật ngữ hợp đồng hành chính tuy được sử dụng khá phổ biến trong pháp luật ở nhiều quốc gia Châu Âu lục địa và nhiều quốc gia ở các châu lục khác một

¹⁷ Xem: Ayoub M. Al-Jarbou (2011) , Administrative Contracts under Saudi Arabian Law, 41 *Public Law Journal*. Nguồn Heinonline.org.

¹⁸ Xem: Gabriela Shalev (1979), Administrative Contracts, *Israel Law Review*, Vol 14.

¹⁹ Hợp đồng hành chính được quy định trong Luật hợp đồng của Trung quốc. Contract Law of The People's Republic of China. Nguồn: wipo.int/edocs/lexdocs/laws

²⁰ Xem: Đ.Nh. Bakhrac (2010), *Luật hành chính Nga*, Nxb. EKXMO. Dẫn theo GS Phạm Hồng Thái (2016), Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước, NXB. ĐHQG, tr. 66.

²¹ Xem Luật Hành chính chung của Mông Cổ quy định về Hợp đồng hành chính tại Chương V từ Điều 52 đến Điều 58. The General Administrative Law of Mongolia. Nguồn: <https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwemon.htm>

²² Xem: A.C.L Davies (2008), *"The public law of government contracts"*, Oxford University Press.

²³ Xem: Steven Feldman, W. Keyes (2016), *Government Contracts In A Nutshell*, 6th (West Nutshell Series), West Academy

²⁴ The Hon Km Hayne AC (2017), *Government Contracts and Public Law*, *Melbourne University Law Review Annual Lecture*, Melbourne.

cách rất gần gũi và có những tương đồng, đặc biệt là từ khi Liên minh Châu Âu được thành lập, nhưng cũng có những khác biệt về trình độ, mức độ phát triển của pháp luật và thực tiễn pháp luật, điều này do truyền thống lịch, chế độ chính trị, cả hình thức chính thể, hình thức cấu trúc nhà nước và các yếu tố chính trị, kinh tế - xã hội, truyền thống, lịch sử nhà nước quyết định.

Hợp đồng hành chính bắt nguồn từ nước Pháp và được quy định trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật về các loại Hợp đồng hành chính như: Luật Xây dựng, Luật Đầu tư công và hệ thống án lệ hành chính từ khi ra đời Tham Chính Viện đến nay. Các nghiên cứu của các học giả Pháp cũng rất nhiều, như cuốn sách của tác giả Martine Lombard, Gilles Dumont (2007) được xuất bản tại Việt Nam, “*Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*”, NXB Tư pháp. Cuốn sách này cung cấp một cái nhìn khái quát về pháp luật hành chính của Pháp. Trong đó vấn đề hợp đồng hành chính của Pháp (Administrative contracts) được các tác giả dành giới thiệu trong chương VIII, bao gồm khái niệm về hợp đồng hành chính, nguồn luật áp dụng luật hành chính.

Các tác giả đã đưa ra quan điểm về hợp đồng hành chính ở Pháp được hiểu theo quy định của pháp luật và án lệ. Theo quy định của pháp luật thì phần lớn hợp đồng hành chính phải có một bên giao kết hợp đồng là pháp nhân công pháp; theo án lệ thì hợp đồng hành chính phải thỏa mãn hai điều kiện: một là một bên giao kết hợp đồng là pháp nhân công pháp, hai là do mục đích hoặc nội dung của hợp đồng mà hợp đồng thể hiện ý định của cơ quan hành chính nhà nước là tránh áp dụng các quy định của pháp luật. Có nghĩa là sự hiện diện của cơ quan nhà nước không quyết định là hợp đồng hành chính mà chính mục đích hoặc nội dung của hợp đồng mới quyết định một hợp đồng là hợp đồng hành chính.

Cộng hòa liên bang Đức đã pháp điển hóa một hệ thống các quy định về Hợp đồng hành chính từ sớm. Trong Luật Thủ tục hành chính của Đức đã dành riêng Chương IV quy định về Hợp đồng hành chính. Nghiên cứu về hợp đồng hành chính ở Đức phải kể đến cuốn sách Nigel Foster, Satish Sule (2010), “*German legal*

system and Laws”, Oxford University Press, 4th edition. Cuốn sách này đã mở ra cho người đọc một bức tranh tổng quan về hệ thống pháp luật của Đức. Trong Chương 8 về Luật hành chính của Đức, các tác giả trình bày về nguồn luật hành chính, các cơ quan hành chính, các nguyên tắc cơ bản của Luật hành chính, các hình thức của hành vi hành chính (gồm hành vi hành chính, hợp đồng theo luật công, kế hoạch, các công cụ khác), kiểm soát tính hợp hiến trong lĩnh vực hành chính và bồi thường thiệt hại.

Cụ thể các tác giả cho rằng hợp đồng trong lĩnh vực luật công (Public law contract) là một công cụ để quản lý hành chính. Hợp đồng này được sử dụng như một hợp đồng dân sự thuần túy (purely civil contract) có đối tượng của hợp đồng là để thực hiện công vụ (a public duty). Ngoài trừ các quy định khác thì các nguyên tắc chung một hợp đồng dân sự được áp dụng. Các hợp đồng trong luật công giúp các cơ quan nhà nước một cơ hội thực hiện chức năng của mình một cách linh hoạt hơn.

Bài tạp chí của Alan W. Mewett (1960), “The theory of contracts”, *Mc Grill Law Journal*. Tác giả trình bày các lý thuyết về hợp đồng chính phủ (Government Contracts) của Pháp, Anh, Mỹ. Tác giả cho rằng khái niệm về hợp đồng chính phủ ở Mỹ tương đương với thuật ngữ hợp đồng hành chính được biết đến ở Pháp. Ở Pháp có sự phân biệt hai loại hợp đồng dân sự (Civil contract) và hợp đồng hành chính (Administrative contract). Sự khác biệt chủ yếu không nằm ở chủ thể của hợp đồng mặc dù trong hợp đồng hành chính phải có một bên là cơ quan nhà nước, mà chính ở đối tượng của hợp đồng và mục đích của các bên tham gia trong hợp đồng. Nếu hợp đồng không bị ràng buộc bởi các nguyên tắc tạo nên một hợp đồng hành chính thì nó là hợp đồng dân sự và chịu ràng buộc theo các quy tắc chung của luật tư. Trong trường hợp đó, cơ quan hành chính cũng không có quyền lớn hơn và chịu trách nhiệm như một bên tư nhân. Nếu hợp đồng hành chính để thực hiện dịch vụ công và các bên tham gia hợp đồng có định về các quyền và trách nhiệm pháp lý phải chịu theo các quy tắc đặc biệt, sẽ là hợp đồng hành chính. Phần tiếp theo tác giả trình bày về các đặc điểm của hợp đồng hành chính. Tại Hoa Kỳ, một trong

những đặc điểm quan trọng nhất của luật hợp đồng chính phủ là nguyên tắc đàm phán lại. Mặc dù có các yêu cầu về công khai, đấu thầu và đấu thầu cạnh tranh, người ta thấy rằng có khó khăn đáng kể, đặc biệt là trong thời chiến, trong việc ngăn chặn các nhà thầu thu được lợi nhuận quá cao từ các hợp đồng được thực hiện với chính phủ. Trong thời điểm thiếu hụt, hoặc khi chính phủ cam kết với một quốc gia chương trình quốc phòng đòi hỏi một khoản chi tiêu nhất định và cần thiết của tiền công, nhà thầu được đặt ở vị trí thương lượng cực kỳ thuận lợi. Luật tái đàm phán được ban hành năm 1951 (Renegotiation Act of 1951). Các quy định về đàm phán lại trong đạo luật được đưa vào các điều khoản trong hợp đồng chính phủ (đặc biệt là hợp đồng quân sự).

Thứ hai, các công trình nghiên cứu về các loại hợp đồng hành chính.

Martine Lombard, Gilles Dumont (2007), “*Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*”, NXB Tư pháp. Cũng trong cuốn sách này, các hình thức hợp đồng hành chính ở nước Pháp được đề cập đến bao gồm: hợp đồng giao thầu công, hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công là chủ yếu, mới đây là hợp đồng hợp tác công tư và một số hợp đồng hành chính khác. Tại trang 391 đưa ra định nghĩa hợp đồng giao thầu công theo Điều 1 của Bộ pháp điển về giao thầu công ban hành theo Nghị định ngày 07/01/2004 như sau: “*Hợp đồng có đền bù do pháp nhân công pháp giao kết với các chủ thể khác của nhà nước hoặc tư nhân (...) nhằm đáp ứng nhu cầu của pháp nhân công pháp đó về xây dựng công trình, mua sắm hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ*”. Ở trang 393, tác giả đưa ra định nghĩa về hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công là “*hợp đồng theo đó một pháp nhân công pháp giao việc quản lý một dịch vụ công thuộc phạm vi trách nhiệm của mình cho một đối tác nhà nước hoặc tư nhân, thù lao cho người được ủy quyền phụ thuộc chủ yếu vào kết quả khai thác dịch vụ đó*”. Có sự khác nhau của hai loại hợp đồng này. Hợp đồng quản lý dịch vụ công có chia lãi cho người quản lý có thể được công nhận tính chất là hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công, nhưng với điều kiện là thù lao của người quản lý dịch vụ kể cả khi do chính quyền thanh toán, phải căn cứ vào kết quả quản lý, có nghĩa là người quản lý phải tham gia gánh một phần rủi ro của hoạt động khai thác dịch vụ.

Ngược lại, các hợp đồng thuê quản lý, theo đó người quản lý được trả một khoản thù lao nhất định còn Nhà nước vẫn phải tự chịu mọi rủi ro và chi phí khai thác, thì không được hưởng chế độ pháp lý của hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công mà là hợp đồng giao thầu công. Tại trang 396, các tác giả cho thấy hợp đồng hợp tác công – tư của Pháp được học hỏi từ trào lưu của Anh để giải quyết vấn đề nguồn vốn đầu tư cho việc xây lắp công trình của Nhà nước. Những hợp đồng này là “*các hình thức hợp tác mới giữa cơ quan công quyền và giới doanh nghiệp, nhằm bảo đảm cho việc đầu tư, xây dựng, cải tạo, quản lý hoặc bảo dưỡng một cơ sở hạ tầng hoặc cung cấp một dịch vụ nào đó*”. Những văn bản pháp luật của Pháp đã tạo ra ba cơ chế hợp tác công - tư. Thứ nhất là hợp đồng xây dựng - bảo dưỡng, theo đó “Nhà nước có thể giao cho một người hoặc một nhóm người, có thể thuộc nhà nước hoặc tư nhân, thực hiện nhiệm vụ bao gồm từ khâu thiết kế, xây dựng, lắp đặt, bảo trì và bảo dưỡng bất động sản cấp cho lực lượng cảnh sát hoặc hiến binh sử dụng”. Thứ hai là dạng hợp đồng thuê đất xây dựng, giao kết giữa Nhà nước với tư nhân là người có giấy phép sử dụng đất công, nhằm xây dựng một công trình mà Nhà nước sẽ thuê trong thời hạn hợp đồng, đến khi hết hạn thì Nhà nước sẽ trở thành chủ sở hữu công trình. Thứ ba là dạng hợp đồng thuê dài hạn công sở hành chính, nhằm thực hiện các hoạt động vì lợi ích chung, gắn với nhu cầu của ngành tư pháp, cảnh sát hoặc hiến binh. Ngoài ra còn một số loại hợp đồng hành chính khác như hợp đồng sử dụng công sản công quản, hợp đồng dàn xếp hành chính trong lĩnh vực thuế, hải quan, trách nhiệm bồi thường nhà nước và các tranh chấp về hợp đồng giao thầu công hoặc hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công.

William C.Johnson (2014), “*Public Administration Partnerships in Public Service*”, Waveland Press, 5th edition. Cuốn sách này giới thiệu về Quan hệ hợp đồng trong luật hành chính công trong lĩnh vực dịch vụ công ở Hoa Kỳ. Liên quan đến hợp đồng hành chính được xem xét ở chương 4: bên tư nhân trong hành chính công (Private Partners in Public Administration). Trong chương này, tác giả trình bày các hình thức khác nhau của sự hợp tác của cơ quan hành chính với các tổ chức tư nhân để thực hiện các công việc cho mục đích công. Các hình thức của mối quan hệ

hợp tác công – tư bao gồm: Tư nhân hóa hoàn toàn (Pure Privatization), Quy định phiếu mua hàng (Voucher Provision), Hợp đồng hàng hóa và dịch vụ (Contracting for Goods and Services), Mối quan hệ đối tác công – tư (Public-private partnership).

A.C.L. Davies (2008), *The public law of government contracts*, Oxford University Press. Trong cuốn sách này, tác giả cho thấy hợp đồng chính phủ ở Anh được sử dụng phổ biến trong các lĩnh vực giao thông, y tế, nhà ở xã hội, an sinh xã hội và thực hiện theo 5 hình thức, có thể là hợp đồng hoặc hình thức tương đương với hợp đồng như sau: hợp đồng lao động đối với công chức và người lao động khác trong khu vực công, hợp đồng có đối tượng là hàng hóa, dịch vụ công, hợp đồng dựa trên cơ sở sáng kiến tài chính tư nhân - PFI (Private Finance Initiative) hoặc đối tác công tư – PPP (Public – Private – Partnership), thỏa thuận nhượng quyền và cấp phép và thỏa thuận nội bộ giữa các cơ quan nhà nước mà có tính chất như hợp đồng.

Thứ ba, các công trình nghiên cứu về vai trò, ý nghĩa của hợp đồng hành chính.

William C. Johnson (2014), *“Public Administration Partnerships in Public Service”*, Waveland Press, 5th edition. Tác giả cho thấy thực trạng gần đây ở Hoa Kỳ, các cơ quan hành chính gia tăng sự hợp tác đối với khu vực tư, phạm vi của “mục đích công” cũng được mở rộng, quy định về hàng hóa, dịch vụ được cung cấp bởi các tổ chức ngoài chính phủ gia tăng. Tác giả đồng tình với quan điểm điều này là một biểu hiện tốt, “thay vì tư nhân hóa khu vực công, chúng ta có thể hành chính hóa khu vực tư”. Từ những năm 1980 ở Hoa Kỳ, tư nhân hóa là một phong trào cải cách trong đó có sự gia tăng các bên phi chính phủ vào việc thực hiện các dịch vụ công. Các tranh luận ủng hộ cho tư nhân hóa đưa ra các lý do như sau: tư nhân hóa làm chính phủ gọn nhẹ hơn, tư nhân hóa tạo ra cạnh tranh trên thị trường giúp tạo ra các dịch vụ công tốt nhất, tư nhân hóa làm gia tăng sự lựa chọn của người dân trong sử dụng dịch vụ công, và tư nhân hóa làm cho chính phủ hoạt động hiệu quả hơn.

1.2.2 Các công trình liên quan đến quy định pháp luật về hợp đồng hành chính

Martine Lombard, Gilles Dumont (2007), “*Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*”, NXB Tư pháp. Vấn đề chế độ pháp lý về hợp đồng hành chính được các tác giả trình bày theo trình tự giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng và trách nhiệm hợp đồng. Các nguyên tắc giao kết hợp đồng hành chính được chỉ ra chính là nguyên tắc tự do hợp đồng giống với hợp đồng trong luật tư, tuy nhiên có giới hạn của nguyên tắc tự do hợp đồng đối với các pháp nhân công pháp. Đó là trong việc lựa chọn hồ sơ dự thầu có lợi nhất về kinh tế, về môi trường hoặc xã hội. Trong quy định về thực hiện hợp đồng hành chính có sự bất bình đẳng của pháp nhân công pháp và bên tư nhân khi mà ý chí của pháp nhân công pháp được đặt trên quan hệ hợp đồng như quyền chỉ đạo và kiểm tra, quyền đơn phương sửa đổi hợp đồng, quyền đình chỉ hợp đồng, quyền xử lý vi phạm hợp đồng. Trách nhiệm hợp đồng chỉ có thể là trách nhiệm do lỗi, thực tế cơ quan hành chính không cần khởi kiện ra tòa thì mới xử lý vi phạm của bên giao kết hợp đồng.

John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker (2008), “*Principles of French Law*”, Oxford University Press, 2nd edition. Cụ thể trong chương 5, giáo sư John Bell đã trình bày về pháp luật hành chính của Pháp với các nội dung nổi bật như: dịch vụ công hay chức năng xã hội của nhà nước, sự khác nhau của khu vực công và khu vực tư, trách nhiệm trong luật công và luật tư, kiểm soát các hành vi hành chính, trách nhiệm hành chính, bảo vệ tự do của công dân ngoài tòa án.

Trong nội dung trách nhiệm hành chính có đưa ra trách nhiệm trong hợp đồng hành chính. Cụ thể tại trang 195, tác giả chỉ ra rằng trong luật hành chính của Pháp áp dụng cả hai loại hợp đồng hành chính (administrative contracts) và hợp đồng dân sự (private law contracts). Theo đó, hợp đồng hành chính khác với hợp đồng dân sự bởi tầm quan trọng của hợp đồng hành chính đối với các dịch vụ công. Tranh chấp liên quan đến hợp đồng hành chính sẽ thuộc thẩm quyền của tòa án hành chính. Hơn nữa, một số các quyết định hành chính cũng có thể được coi là hợp đồng hành chính. Các lợi ích công là đặc điểm đặc biệt chi phối tới hình thức, các điều khoản trong hợp đồng và sự chấm dứt của hợp đồng hành chính.

Có hai loại hợp đồng hành chính là hợp đồng về giao quyền thực hiện dịch vụ công (Concession grants the operation of a public service) và hợp đồng mua sắm công (Public procurement contract). Trong hợp đồng giao quyền thực hiện dịch vụ công, bên tư nhân có trách nhiệm tổ chức thực hiện dịch vụ công trong khuôn khổ do cơ quan hành chính thiết lập. Bên tư nhân được trả tiền cho việc thực hiện dịch vụ đó bên ngoài số tiền nhận được từ người sử dụng dịch vụ công. Ví dụ dịch vụ cung cấp nước ở Pháp được vận hành bởi các công ty tư nhân, các công ty tư nhân được chính quyền địa phương giao quyền cung cấp nước cho một khu vực cụ thể. Người sử dụng nước phải trả tiền cho công ty. Mặc dù cả công ty cung cấp nước và người tiêu dùng đều là tư nhân và có hợp đồng dân sự về việc mua bán nước. Bên cạnh đó việc chuyển giao thẩm quyền đó bằng chính một hợp đồng hành chính giữa cơ quan nhà nước ở địa phương và công ty cung cấp nước. Đối với hợp đồng mua sắm công liên quan đến các chủ thể hoặc hoạt động đối với dịch vụ công như xây dựng đường xá, trường học, cung cấp các loại như sân ga, phương tiện, hay dịch vụ vệ sinh, ăn uống. Trong loại hợp đồng này thì vấn đề quan trọng nhất chính là chất lượng của hàng hóa, dịch vụ hơn là người cung cấp. Trong khi đó với hợp đồng giao quyền thực hiện dịch vụ công thì bên cung cấp phải có những điểm cụ thể do cơ quan nhà nước quy định, khi những đặc điểm đó thay đổi thì các quyền đã được giao có khả năng bị thu hồi. Tác giả cũng chỉ ra sự khác nhau cơ bản của hợp đồng hành chính so với hợp đồng dân sự. Trong khi hợp đồng dân sự, các bên chủ thể có thể thiết lập hợp đồng hoàn toàn theo ý chí của họ về các nội dung của hợp đồng và hình thức phù hợp trong luật tư, hợp đồng hành chính có vị trí thống trị và quyền của bên cơ quan nhà nước không cân bằng với bên còn lại là đặc trưng của loại hợp đồng này. Hơn nữa, các yêu cầu đó cũng nhằm vào việc bảo đảm tài chính công được chi tiêu một cách hiệu quả. Tác giả cũng chỉ ra rằng, gần đây, chính các Chỉ thị của Liên minh Châu Âu làm cho luật của Anh và Pháp về loại hợp đồng này có những quy định tương đối giống nhau.

Các tác giả cũng khẳng định Bộ luật thương mại công (Code des marches publics) đã thiết lập các điều khoản tiêu chuẩn và điều kiện đối với nhiều loại hợp

đồng hành chính. Trong đó nguyên tắc bảo vệ lợi ích công được đưa vào các hợp đồng dịch vụ công. Nguyên tắc về tính liên tục cũng được đưa vào hợp đồng nhằm bảo đảm dịch vụ công luôn luôn được cung cấp cho người dân, kể cả trong trường hợp gia tăng giá dịch vụ.

Claude Goldman (1987), “An introduction to the French Law of Government procurement contracts”, *Geo.Wash.J.Int’ L&Econ*, Vol 20. Bài viết đã cung cấp một cái nhìn tổng quan về luật hợp đồng mua sắm của chính phủ Pháp áp dụng cho việc mua bán hàng hóa hoặc cung cấp dịch vụ cho các cơ quan hành chính của Pháp hoặc các tổ chức công khác. Ở Pháp, các hợp đồng mua sắm của chính phủ không chỉ tuân theo các nguyên tắc chung của luật hành chính, mà còn là một đối tượng đặc biệt được quy định trong Bộ luật hợp đồng công (The Code des marches publiques/the public contracts code). Ngoài ra còn một số án lệ liên quan là những nguồn luật quan trọng điều chỉnh loại hợp đồng này. Có ba loại chính của hợp đồng mua sắm chính phủ Pháp. Đầu tiên bao gồm các hợp đồng đối với hàng hóa và dịch vụ được tiêu chuẩn hóa. Các hợp đồng như vậy thường sử dụng các thông số kỹ thuật tiêu chuẩn và giá được lấy từ từ danh mục công nghiệp, bảng giá hoặc chỉ số. Hai loại khác của hợp đồng mua sắm chính phủ bao gồm hợp đồng công nghiệp (marchés publics industriels) và hợp đồng dịch vụ trí tuệ (marchés publics de uy tín intellectuelles). Theo hợp đồng công nghiệp, hàng hóa hoặc dịch vụ được cung cấp theo thông số kỹ thuật của người mua thay vì ở dạng tiêu chuẩn. Ngoài ra, giá của hàng hóa hoặc dịch vụ là xác định trên cơ sở ước tính phù hợp với đặc thù hợp đồng. Hợp đồng dịch vụ trí tuệ chủ yếu bao gồm hợp đồng thăm dò hoặc dịch vụ nghiên cứu, nhưng cũng có thể bao gồm các xác định khả thi và bất kỳ dịch vụ trí tuệ nào khác cần một lượng đáng kể "chất xám". Phần tiếp theo của cuốn sách trình bày về hình thức hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng hành chính.

A.C.L Davies (2008), “*The public law of government contracts*”, Oxford University Press. Cuốn sách này giới thiệu các vấn đề cơ bản về hợp đồng chính phủ (government contract) trong pháp luật nước Anh.

Chương 3 tác giả trình bày về vai trò của các quy tắc trong luật công đối với hợp đồng chính phủ. Những vấn đề chung về luật công như nguồn gốc và sự tồn tại của luật công ở Anh được trình bày khái quát. Tại trang 68, tác giả khẳng định rằng, hợp đồng chính phủ là hình thức thực hiện một chính sách. Và một số quy tắc của luật công được vận dụng vào hợp đồng chính phủ khi một bên của hợp đồng là bên nhà nước trong hợp đồng. Nhiệm vụ của luật công là kiểm soát, trang bị và giữ quyền kiểm toán đối với các hoạt động của cơ quan nhà nước trong hợp đồng chính phủ.

Chương 4 đã trình bày những giai đoạn đầu tiên của quá trình hợp đồng là quyết định sử dụng hợp đồng chính phủ. Chính phủ có thể thiết lập hợp đồng chính phủ ở nhiều mức độ khác nhau. Thứ nhất, Chính phủ có thể đưa ra một chính sách chung liên quan đến việc sử dụng hợp đồng chính phủ như phương pháp khác của thực hiện dịch vụ. Thứ hai, chính phủ đưa ra một loại hợp đồng mới như hợp đồng PFI, gần đây là hợp đồng PPP. Thứ ba, chính phủ có thể quyết định sử dụng một hợp đồng để đạt được mục đích trong các trường hợp cụ thể. Ngoài ra, các chương sau của cuốn sách, tác giả đề cập tới thực hiện hợp đồng, giải quyết khi chính sách thay đổi, mục đích môi trường và xã hội ảnh hưởng đến hợp đồng chính phủ như thế nào và vấn đề người lao động liên quan đến hợp đồng chính phủ.

Steven Feldman, W. Keyes (2016), *Government Contracts In A Nutshell*, 6th (West Nutshell Series), West Academy. Cuốn sách tóm tắt về hệ thống các quy định về mua lại của liên bang Hoa Kỳ (FARS), thực tiễn hoạt động kinh doanh và xung đột lợi ích, công khai các hành vi hợp đồng, thuê ngoài/tư nhân hóa, và các yêu cầu cạnh tranh. Tìm hiểu về ra đời và phát triển hợp đồng chính phủ, đặc biệt hợp đồng chính phủ trong lĩnh vực xây dựng, kiểm tra, giá trị kỹ thuật, trì hoãn, đình chỉ công việc, sửa đổi, hợp đồng phụ, và chấm dứt hợp đồng chính phủ.

Alan W. Mewet (1960), “The Settlement of Government Contract Disputes – A Comparative Study”, *Catholic University Law Review*, Volume 9, Issue 2. Bài viết này tác giả so sánh các phương thức giải quyết tranh chấp về hợp đồng chính

phủ ở Anh và Mỹ. Tác giả cho thấy rằng ở Anh, việc giải quyết tranh chấp trong hợp đồng chính phủ thường diễn ra bằng phương thức trọng tài. Khẳng định quá trình này nhanh chóng, thuận tiện và công bằng cho các bên. Trong khi đó, ở Mỹ phương thức này không phổ biến và sử dụng phương thức giải quyết thông qua tòa án được ưa thích hơn. Ở phần tiếp theo của bài viết, tác giả phân tích cụ thể thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính ở Anh và Mỹ.

1.2.3 Các công trình nghiên cứu liên quan đến kiến nghị hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính

Có một số các công trình nghiên cứu có liên quan đến hoàn thiện pháp luật về từng loại hợp đồng hành chính, ví dụ như hợp đồng PPP. Wendy Netter Epstein (2013), *Contract theory and the Failures of Public – Private Contracting*, Cardozo Law Review, Vol.34. Trong bài viết này, tác giả chỉ ra một số vấn đề hạn chế của hợp đồng hợp tác công tư như mục tiêu cắt giảm chi phí, trong việc bảo đảm chất lượng dịch vụ, hàng hóa công. Chính phủ khó kiểm soát bên tư nhân trong hợp đồng công tư vì bên tư nhân luôn có mục tiêu thúc đẩy lợi nhuận và không tuân thủ các mục tiêu chung của hợp đồng. Tác giả cho rằng trong hợp đồng hợp tác công tư thì đáp ứng tiêu chuẩn lợi ích công (public interest), yêu cầu các bên trong hợp đồng phải cung cấp dịch vụ vì lợi ích tốt nhất cho người dân và những người thụ hưởng dịch vụ có thể khởi kiện khi có vi phạm ảnh hưởng tới lợi ích của họ. Nghĩa vụ phải hành động vì lợi ích công cộng phải có hình thức của một nghĩa vụ bắt buộc được ngụ ý trong tất cả các chính phủ hợp đồng. Nghĩa vụ bắt buộc phục vụ cho mục đích lợi ích công cộng là sự khác biệt so với hợp đồng dân sự, thương mại sẽ ngăn chặn các hành vi có tác động tiêu cực đến bên thứ ba (chính là người dân), không phải là bên tham gia trong hợp đồng chính phủ, thông qua đó trật tự công được bảo vệ.

1.3 Đánh giá tình hình nghiên cứu đề tài

1.3.1 Những vấn đề luận án kế thừa

Các nghiên cứu trong và ngoài nước đã bước đầu xây dựng những tri thức khoa học về hợp đồng hành chính, cung cấp bước đầu những cơ sở lý luận và thực

tiền ở mức độ nhất định cho việc triển khai nghiên cứu đề tài này. Những kết quả nghiên cứu mà luận án có thể kế thừa là:

Về các vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính

Thứ nhất, các công trình đã làm sáng tỏ khái niệm hợp đồng hành chính, chỉ ra được các đặc điểm của hợp đồng hành chính, làm cơ sở để phân biệt giữa hợp đồng hành chính và các hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế.

Thứ hai, một số công trình nghiên cứu cũng đã đề cập đến phân loại hợp đồng hành chính. Đồng thời cũng chỉ ra một số hợp đồng ở Việt Nam có thể được xếp tương đương với hợp đồng hành chính ở các nước.

Thứ ba, các nghiên cứu cũng đều nhấn mạnh vai trò của hợp đồng hành chính là công cụ hữu hiệu trong quản lý nhà nước. Đặc biệt hợp đồng hành chính tỏ ra hiệu quả trong quản lý dịch vụ công của nhà nước trong giai đoạn hiện nay.

Về các công trình nghiên cứu liên quan đến quy định pháp luật về hợp đồng hành chính

Nghiên cứu hợp đồng hành chính trong các công trình nghiên cứu đã công bố nghiên cứu tới quy định pháp luật về hợp đồng hành chính của Cộng hòa Pháp, Nga. Đặc biệt là hợp đồng hành chính của Pháp đã minh chứng cho những đặc điểm của loại hợp đồng này.

1.3.2. Những vấn đề chưa được nghiên cứu hoặc khi nghiên cứu có nhiều quan điểm khác nhau

Đánh giá chung

Qua tìm hiểu, nghiên cứu về các công trình nghiên cứu có liên quan đến đề tài của luận án, bao gồm các công trình trong nước và công trình ngoài nước, có thể thấy một số vấn đề tồn tại của tình hình nghiên cứu đề tài luận án, cụ thể như sau:

Một là, nhiều thông tin được phân tích trong các tài liệu không còn tính thời sự. Một số công trình nghiên cứu ra đời cách đây rất lâu, như bài viết về hợp đồng

hành chính của Mỹ Alan W. Mewett (1960), “The theory of contracts”, *Mc Grill Law Journal*, từ những năm 1960 nên chắc chắn có những thông tin không còn phù hợp và trống vắng những thay đổi gần đây của pháp luật Hoa Kỳ. Thậm chí như cuốn sách Martine Lombard, Gilles Dumont (2007), “Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp”, NXB Tư pháp, từ 2007 đến nay đã có nhiều sự thay đổi của pháp luật hợp đồng hành chính của Pháp.

Hai là, số lượng các công trình trong nước từ trước tới nay về hợp đồng hành chính chưa nhiều, đặc biệt các công trình nghiên cứu so sánh về hợp đồng hành chính ở Việt Nam. Ở trong nước, nghiên cứu về hợp đồng hành chính chỉ mới được tiếp cận gần đây - từ những năm 2000 đến nay, số lượng các nhà nghiên cứu ít ỏi về vấn đề này. Các nghiên cứu của các học giả cũng đã trích dẫn quan điểm và một số pháp luật nước ngoài, chủ yếu là pháp luật Pháp và Nga. Tuy nhiên, chưa có công trình nào nghiên cứu toàn diện về hợp đồng hành chính dưới góc độ nghiên cứu so sánh pháp luật về hợp đồng hành chính một số nước với Việt Nam với một số quốc gia. Hơn nữa, học giả Phạm Hồng Thái trong công trình của mình cũng nhận định rằng hợp đồng hành chính là vấn đề mới về lý luận và pháp lý ở nước ta, mở ra một hướng mới trong nghiên cứu và thực tiễn, góp phần vào công cuộc cải cách hành chính ở Việt Nam. Chính vì vậy, cần có nghiên cứu chuyên sâu và đầy đủ về pháp luật hợp đồng hành chính ở những quốc gia có bề dày kinh nghiệm pháp luật về hợp đồng hành chính để có những nhận thức đầy đủ về hợp đồng hành chính và sự vận động của xu hướng sử dụng hợp đồng hành chính hiện nay.

Đánh giá các nội dung cụ thể

Về các vấn đề lý luận

Thứ nhất, một số quan niệm liên quan đến đề tài luận án còn chưa thống nhất, gây tranh cãi, ví dụ như, khái niệm hợp đồng hành chính có đồng nhất với khái niệm hợp đồng chính phủ, hợp đồng trong luật công không? Theo quan điểm của một số quốc gia trên thế giới thì có thể xác định có hợp đồng hành chính ở Việt Nam, nhưng hiện đang được áp dụng theo hình thức hợp đồng dân sự, hoặc hợp

đồng kinh tế như hợp đồng mua sắm tài sản công, hợp đồng thuê tài sản công, hợp đồng đối tác công tư trong lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng, hợp đồng khai thác tuyến xe bus nội thành, hợp đồng cung cấp nước sạch, hợp đồng lao động của viên chức nhà nước... Do đó, câu hỏi đặt ra là có cần thiết phải quy định hợp đồng hành chính ở Việt Nam không? Và ý nghĩa của việc quy định về hợp đồng hành chính trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền và cải cách hành chính hiện nay ở Việt Nam. Do đó, Luận án là công trình nghiên cứu một cách toàn diện các nội dung mà các công trình nghiên cứu trước đây chưa có câu trả lời thỏa đáng về vấn đề này.

Về vấn đề thực trạng pháp luật

Có thể nhận thấy, nghiên cứu so sánh hợp đồng hành chính trong pháp luật Pháp với pháp luật một số quốc gia đã được xuất hiện trong khá nhiều nghiên cứu của các học giả một số nước. Tuy nhiên, phần so sánh về hợp đồng hành chính giữa pháp luật Việt Nam với pháp luật các nước này chưa có công trình nghiên cứu toàn diện. Vì vậy, nội dung nghiên cứu so sánh các quy định về hợp đồng hành chính trong pháp luật Việt Nam và pháp luật một số quốc gia một cách có hệ thống là nội dung mới của luận án. Có thể nói, luận án là công trình đầu tiên phân tích, đánh giá những điểm tương đồng và khác biệt trong quy định pháp luật hợp đồng hành chính của các quốc gia lực chọn nghiên cứu Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc và những khuyến nghị cho Việt Nam.

1.4. Những vấn đề luận án tiếp tục nghiên cứu

Trên cơ sở đánh giá tình hình nghiên cứu, luận án xác định những nội dung cần tiếp tục nghiên cứu bao gồm:

Về mặt lý luận

Công trình tiếp tục nghiên cứu để tìm ra đặc điểm riêng của hợp đồng hành chính phân biệt với hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại. Luận án sẽ tìm hiểu các loại hợp đồng hành chính hiện nay. Trên cơ sở đó, liên hệ nhận diện một số hợp

đồng hành chính ở Việt Nam. Luận án làm rõ vai trò của hợp đồng hành chính. Đặc biệt cho thấy sự cần thiết của pháp luật về hợp đồng hành chính trong quản lý dịch vụ công trong bối cảnh Việt Nam hiện nay.

Về mặt thực trạng pháp luật

Tìm hiểu các quy định pháp luật của Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc về hợp đồng hành chính. Trong đó có tìm ra và kết hợp lý giải nguồn gốc của những tương đồng và khác biệt đó. Trong các nội dung pháp luật, luận án chú trọng tìm hiểu về nguồn luật điều chỉnh hợp đồng hành chính ở các quốc gia lựa chọn nghiên cứu, hình thức hợp đồng hành chính, giao kết hợp đồng hành chính, nội dung hợp đồng hành chính, thực hiện hợp đồng hành chính, hợp đồng vô hiệu và cách thức giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng hành chính. Đánh giá thực trạng quy định pháp luật về hợp đồng hành chính của Việt Nam trong mối liên hệ so sánh với quy định pháp luật của các quốc gia lựa chọn nghiên cứu. Trên cơ sở phân loại nhận diện hợp đồng hành chính ở Việt Nam thì luận án sẽ nghiên cứu so sánh pháp luật các nước với pháp luật Việt Nam trên cơ sở một số loại hợp đồng hành chính cơ bản ở Việt Nam.

Về giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam

Trên cơ sở kinh nghiệm của pháp luật Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc luận án sẽ kiến nghị một số giải pháp để hoàn thiện pháp luật trong nước về hợp đồng hành chính. Đóng góp chính của luận án là củng cố về mặt lý luận hợp đồng hành chính và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật về hợp đồng hành chính phù hợp với điều kiện Việt Nam và thông lệ quốc tế.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Các nghiên cứu về hợp đồng hành chính ở Việt Nam còn sơ khai, ít ỏi, trong khi đó vấn đề này được nghiên cứu từ lâu, hình thành một hệ thống lý luận và quy định pháp luật cũng được tập hợp hóa thành chế định luật trong văn bản luật của nhiều quốc gia trên thế giới. Trong khoa học luật hành chính Việt Nam, chưa có nhiều công trình nghiên cứu toàn diện về hợp đồng hành chính, đặc biệt là tiếp cận từ góc độ nghiên cứu so sánh. Các nghiên cứu của các học giả chủ yếu là pháp luật Pháp và Nga, chưa mang tính phổ quát về các mô hình hợp đồng hành chính trên thế giới. Luận án tiếp cận từ góc độ nghiên cứu so sánh của các quốc gia điển hình như Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc và Việt Nam.

Luận án này tiếp tục nghiên cứu để tìm ra đặc điểm riêng của hợp đồng hành chính phân biệt với hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại và các loại hợp đồng hành chính hiện nay. Trên cơ sở đó, liên hệ nhận diện một số hợp đồng hành chính ở Việt Nam. Luận án làm rõ vai trò của hợp đồng hành chính. Đặc biệt cho thấy sự cần thiết của pháp luật về hợp đồng hành chính trong quản lý dịch vụ công trong bối cảnh Việt Nam hiện nay. Đồng thời, nghiên cứu các quy định pháp luật của Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc và Việt Nam về hợp đồng hành chính để chỉ ra sự tương đồng và khác biệt, từ đó có một số giải pháp quy định về hợp đồng hành chính phù hợp với bối cảnh Việt Nam hiện nay.

CHƯƠNG 2. MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH VÀ PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH

2.1. Những vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính

2.1.1 Khái quát về dịch vụ công là đối tượng của hợp đồng hành chính

2.1.1.1 Khái niệm, đặc điểm của dịch vụ công

Dịch vụ công (Public Service) được từ điển Black's Law Dictionary định nghĩa như sau: “Một dịch vụ được cung cấp hay được hỗ trợ bởi chính quyền hoặc cơ quan đại diện của chính quyền. Cơ quan đại diện này cung cấp dịch vụ công từ chính quyền hay đại diện cho chính quyền đó thực hiện”²⁵. Dịch vụ công theo cách hiểu của từ điển được sử dụng rộng rãi nhất ở Hoa Kỳ này gắn với phạm trù hàng hóa công cộng và chức năng của chính quyền nhà nước. Hàng hóa công cộng là hàng hóa mà mọi người đều phải sử dụng hay đối tượng của hàng hóa đó cần thiết cho tất cả mọi người. Sự công bằng, bình đẳng được bảo đảm, không phân biệt giai tầng xã hội, không phân biệt khu vực sinh sống và sắc tộc, loại dịch vụ này được cung cấp một cách bình đẳng cho mọi người. Và hàng hóa được duy trì không chạy theo lợi nhuận kinh tế. Ngay cả khi không được tiêu dùng thì hàng hóa công cộng vẫn được duy trì. Còn đặc tính dịch vụ công gắn với chức năng của chính quyền cho thấy đây vốn dĩ là những hoạt động mà chính quyền nhà nước phải thực hiện và phải chịu trách nhiệm về việc cung ứng dịch vụ công cho công dân. Theo từ điển Le Petit Larousse: “Dịch vụ công là hoạt động vì lợi ích chung, do một cơ quan nhà nước hoặc tư nhân đảm nhiệm”²⁶. Định nghĩa này không làm rõ tính công của dịch vụ nhưng đã cho thấy cách thức cung ứng DVC không có sự phân biệt do nhà nước hay tư nhân đảm nhiệm, thể hiện được xu thế của nhiều quốc gia trong cung ứng DVC đang chuyển một phần sang cho tư nhân thực hiện. Tuy vậy, hoạt động dịch

²⁵ Black's Law Dictionary - Free Online Legal Dictionary, <https://thelawdictionary.org/public-service/>.

²⁶ Xem: Le Petit Larousse (1992), Từ điển Tiếng Pháp, Nxb Larousse dẫn theo Vũ Công Giao, Bùi Tiến Đạt, Nguyễn Thị Minh Hà (2020), *Dịch vụ công – một số vấn đề lý luận, pháp lý và thực tiễn*, Nxb Tư pháp, tr.304.

vụ vì lợi ích chung cho cộng đồng do bên tư nhân đảm nhiệm không được xem là DVC trừ khi có sự tác động của nhà nước đến việc cung ứng dịch vụ đó.

Hiện nay, dịch vụ công là một vấn đề trung tâm của nền quản lý hành chính phục vụ ở các quốc gia hiện đại. Nếu như trước đây, nhà nước chủ yếu với vai trò cai trị xã hội thì ngày nay chức năng cung ứng dịch vụ công được coi trọng hàng đầu, thể hiện chức năng xã hội của nhà nước. Những nhà nước nào thực hiện tốt việc cung ứng dịch vụ công đều được đánh giá cao về hiệu quả quản lý nhà nước và uy tín của chính phủ đó, cũng như nhận được sự tín nhiệm, đồng thuận từ phía người dân. Đối với khu vực Liên minh châu Âu chẳng hạn, dịch vụ công là xương sống của xã hội châu Âu và mô hình xã hội châu Âu, cũng như cơ sở hạ tầng cho sự thịnh vượng của doanh nghiệp tư nhân. Bởi vì công dân châu Âu sử dụng các dịch vụ công trong cuộc sống hàng ngày của họ như tham gia giao thông công cộng khi họ đi làm, thu gom rác thải sinh hoạt hoặc nhận chăm sóc y tế. Khu vực tư nhân cũng dựa nhiều vào các dịch vụ công để đầu tư vào cơ sở hạ tầng, các mô hình phân phối mới, đổi mới công nghệ và đây cũng là một thị trường rộng lớn cho các sản phẩm của mình²⁷.

Ở Việt Nam, quan niệm về DVC gắn với chức năng của nhà nước như: “Dịch vụ công là những hoạt động phục vụ các lợi ích chung thiết yếu, các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân và tổ chức, do Nhà nước trực tiếp đảm nhận hoặc uỷ nhiệm cho các cơ sở ngoài nhà nước thực hiện, nhằm đảm bảo trật tự và công bằng xã hội”²⁸. Quan điểm này chỉ ra bản chất của DVC là những hoạt động phục vụ cho lợi ích chung của công dân, tổ chức trong xã hội. Mục đích của DVC là hướng tới phục vụ lợi ích chung là đặc trưng của DVC so với dịch vụ thông thường. Cũng theo học giả Lê Chi Mai, DVC cũng không phải là một khái niệm ghép từ khái niệm “dịch vụ” với tính từ “công” mà DVC bao hàm ý nghĩa riêng biệt, một khái niệm để chỉ hoạt động của nhà nước. Phạm trù dịch vụ trong DVC có nghĩa như là một loại

²⁷ <https://www.ceep.eu/mapping-evolution-of-public-services-in-europe/>, truy cập ngày 22/04/2021.

²⁸ Lê Chi Mai (2003), *Cải cách dịch vụ công ở Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia, tr.22.

hoạt động của Nhà nước đối với cá tổ chức và công dân. DVC khác biệt với dịch vụ thông thường ở các đặc điểm: phần lớn các DVC dưới dạng phi hiện vật, chỉ được thực hiện khi sử dụng dịch vụ đó, nhưng cũng có những hình thái hiện vật vẫn được coi là DVC như xây dựng cơ sở hạ tầng, điện, nước... trong khi đó dịch vụ thông thường có hình thái phi hiện vật, không nhìn thấy được, chỉ được biết đến khi sử dụng loại dịch vụ đó; các chủ thể trong nền kinh tế thị trường có thể tham gia vào cung cấp dịch vụ thông thường, song các chủ thể cung ứng dịch vụ công lại là các tổ chức của Nhà nước hoặc được Nhà nước ủy quyền. Do đó, DVC khác biệt với dịch vụ thông thường nói chung và không phải là một dạng riêng biệt của dịch vụ thông thường²⁹. Bên cạnh đó, quan điểm tiếp cận từ tính chất phục vụ cho rằng, “Dịch vụ công là những dịch vụ đáp ứng các nhu cầu cơ bản, thiết yếu của người dân và cộng đồng, bảo đảm ổn định và công bằng xã hội (...) hoạt động không vì mục đích lợi nhuận”³⁰. Như vậy, hai quan điểm trên có điểm chung là đều coi DVC là những dịch vụ/hoạt động đáp ứng nhu cầu cơ bản, thiết yếu của người dân và cộng đồng. Tuy nhiên, nhiều quốc gia trên thế giới coi DVC chỉ là những DV đáp ứng nhu cầu cơ bản, thiết yếu mà tất cả các hoạt động/dịch vụ mà do chính quyền nhà nước có trách nhiệm thực hiện hoặc tổ chức thực hiện. Như vậy, xét về bản chất của DVC như sau: đối tượng của dịch vụ công là các hàng hóa công cộng, các hoạt động của DVC gắn với chức năng của nhà nước, DVC có mục tiêu hướng tới vì lợi ích chung của cộng đồng.

Cần phải lưu ý rằng dịch vụ công không phải là hoạt động cung cấp hàng hóa, dịch vụ giản đơn. Nền móng và mục đích của nó thực sự là *lợi ích chung*. Lợi ích chung có thể được thực hiện theo nhiều dạng khác nhau. Trước tiên, dịch vụ công là một phương tiện ưu tiên cho việc liên kết, liên đới xã hội. Cách nhìn này được Giáo sư Léon Duguit đề xuất và bảo vệ bởi vì ông cho rằng, dịch vụ công phải đóng góp vào sự “sự tương thuộc xã hội”. Ví dụ: sau Chiến tranh thế giới thứ hai, các dịch vụ

²⁹ Lê Chi Mai (2003), sđd, tr.26.

³⁰ Chu Văn Thành (2007), *Dịch vụ công – Đổi mới quản lý và cung ứng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị Quốc Gia, tr.49.

công quốc gia là bộ đỡ cho việc tái thiết và tái khởi động nền kinh tế quốc gia cũng như giảm bất bình đẳng xã hội. Cũng vậy, những dịch vụ công được tổ chức theo mạng lưới như giao thông, cấp nước hay năng lượng, thể hiện một cách cụ thể sự liên đới giữa những người thụ hưởng. Chưa kể, ngày nay các dịch vụ công có một vai trò cốt yếu về mặt quy hoạch lãnh thổ. Tại một số vùng nông thôn, việc duy trì các dịch vụ như dịch vụ công về bưu chính và giao thông góp phần bảo đảm đời sống xã hội và chống lại sự suy giảm chất lượng cuộc sống do quá trình di cư vào các đô thị lớn. Cũng vậy, tại các vùng ngoại ô và một số khu phố khó khăn, trường học cũng như toàn bộ các dịch vụ công xã hội (chăm sóc sức khỏe, bảo trợ xã hội, việc làm) và văn hóa (thư viện, bảo tàng, giải trí, thể thao) là phương tiện hiệu quả để giảm bớt bất bình đẳng và phân tầng xã hội. Cuối cùng, việc thông qua mức lệ phí ưu đãi và riêng biệt cho một số đối tượng xã hội (người thất nghiệp, những đối tượng hưởng học bổng, cựu chiến binh) hay một loại dân cư (trẻ, người già, gia đình đông con) là một ví dụ khác về sự đoàn kết được dịch vụ công đảm trách. Người ta ghi nhận rằng, phương thức tác động này là công cụ cơ bản để Nhà nước trung ương và chính quyền địa phương thực thi nhiệm vụ khai phóng và nhân đạo.

Theo học giả Pháp Meschariakoff (2008), DVC có những đặc tính điển hình là tính liên tục, tính thích ứng, tính bình đẳng và tính trung lập³¹:

Tính liên tục (Continuity): Dịch vụ công có tính liên tục xuất phát từ sự cần thiết của hoạt động vì lợi ích công. Nếu một dịch vụ là dịch vụ thực sự vì lợi ích công, người dân có quyền được đảm bảo rằng dịch vụ sẽ luôn được cung cấp. Ví dụ dịch vụ nước sạch phải luôn được cung cấp, không thể gián đoạn hay tạm ngừng vì bất kỳ lý do gì. Người dân có quyền được sử dụng nước sạch như là một quyền con người trong Hiến định và Nhà nước phải có trách nhiệm phải cung cấp và đảm bảo

³¹ Xem Meschariakoff, *Services publics*, 133–135, dẫn theo John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker (2008), *Principles of French Law*, Oxford University Press, p.170. Nguồn: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199541393.001.0001/acprof-9780199541393-chapter-7>.

việc cung cấp liên tục. Người cung cấp dịch vụ công cũng bị hạn chế một số quyền như quyền đình công để đảm bảo tính liên tục của hợp đồng dịch vụ công.

Tính thích ứng (Adaptability): Những trường hợp mà việc cung cấp dịch vụ công yêu cầu mới do sự thay đổi thời gian, ví dụ chính quyền địa phương ký hợp đồng với bên B cung cấp chiếu sáng đường phố từ gas sang điện. Nếu nhà cung cấp B này không thực hiện được việc cung cấp dịch vụ công theo tiêu chuẩn, chất lượng mới nhằm đáp ứng các lợi ích công thì Nhà nước có thể chấm dứt hợp đồng (tất nhiên có bồi thường) và ký hợp đồng với nhà cung cấp C khác đáp ứng được yêu cầu. Như vậy, việc cung cấp dịch vụ công đòi hỏi tính đáp ứng được nhu cầu của người dân vì lợi ích chung. Trong khi đó các hợp đồng tư, những thỏa thuận trong hợp đồng hoặc lời hứa có giá trị tuyệt đối và điều này có nghĩa là những thay đổi đối với một hợp đồng xây dựng hoặc một hợp đồng dịch vụ phải được thực hiện một cách đồng thuận của cả hai bên.

Tính bình đẳng (Equality): Sự bình đẳng giữa những người tiêu dùng dịch vụ công phải được đảm bảo. Nếu một dịch vụ là dịch vụ công thì phải đảm bảo mọi người phải được tiếp cận như nhau và được đối xử bình đẳng khi sử dụng dịch vụ công đó. Ví dụ: giá, phí dịch vụ công phải chi trả của mọi người phải bằng nhau, không thể có sự chênh lệch giữa những người sống ở trong địa phương đó với người bên ngoài.

Tính trung lập (Neutrality): Tính trung lập phản ánh cách nhà nước không tìm cách áp đặt ý tưởng của mình về cuộc sống tốt đẹp đối với công dân, thay vào đó Nhà nước tạo điều kiện cho người dân lựa chọn lối sống đa dạng theo nhu cầu của mình. Nguyên tắc trung lập này thể hiện rõ nét ở hai lĩnh vực là tôn giáo và chính trị, nhà nước không thể hạn chế dịch vụ công đối với những người dân có niềm tin tôn giáo khác nhau hoặc không cho phép hưởng lợi hơn vì họ ủng hộ chính trị cho Đảng nào đó.

Các đặc tính của dịch vụ công quyết định tới các quy định pháp luật về việc cung ứng DVC phải đảm bảo tính liên tục, ổn định của dịch vụ công để đáp ứng nhu

cầu của người dân; quyền tiếp cận bình đẳng cho mọi người dân đối với các dịch vụ công, không phân biệt hay loại trừ nhóm người nào trong việc sử dụng DVC; và mức giá hợp lý để mọi người dân có thể tiếp cận dịch vụ công. Ngày nay, trong các mô hình cung ứng DVC do tư nhân thực hiện dễ vi phạm các nguyên tắc của DVC như phân biệt đối xử giữa khách hàng³², cung ứng dịch vụ công không liên tục³³... do đó cần có quy định pháp luật ràng buộc, quy trình minh bạch, có thể đo lường được chất lượng DVC để cơ quan có thẩm quyền kiểm tra và cộng đồng giám sát.

2.1.1.2 Phân loại dịch vụ công

Khái niệm và phạm vi dịch vụ công cũng sẽ biến đổi tùy thuộc vào bối cảnh của mỗi quốc gia. Chẳng hạn, đối với Khu vực Liên minh Châu Âu, Dịch vụ công là các dịch vụ mà nhà cung cấp được ủy thác bởi cơ quan công quyền với các nhiệm vụ cụ thể có lợi ích chung bao gồm nước, năng lượng, giáo dục, vận tải công cộng, dịch vụ bưu chính, viễn thông, chăm sóc sức khỏe, an sinh xã hội, hành chính công,...³⁴ Ở Canada, có tới 34 loại hoạt động được coi là dịch vụ công, từ quốc phòng, an ninh, pháp chế, đến các chính sách kinh tế - xã hội (tạo việc làm, quy hoạch, bảo vệ môi trường, và các hoạt động y tế, giáo dục, văn hóa, bảo hiểm xã hội,...). Trong đó, Pháp quan niệm dịch vụ công bao gồm những hoạt động phục vụ nhu cầu thiết yếu của người dân do các cơ quan nhà nước đảm nhiệm hoặc do các tổ chức cá nhân thực hiện theo những tiêu chuẩn, quy định của nhà nước. Cụ thể, dịch vụ công bao gồm các hoạt động sự nghiệp phục vụ nhu cầu về tinh thần và sức khỏe của người dân (như giáo dục, văn hóa, y tế, thể thao...), các hoạt động công ích để phục vụ đời sống dân cư (điện, nước, giao thông công cộng, vệ sinh môi trường...), và các dịch vụ hành chính công bao gồm các hoạt động của cơ quan hành chính về

³² Đã có trường hợp Cơ quan dịch vụ xã hội công giáo cấm các cặp đồng tính nam tham gia dịch vụ nhận nuôi con, đây là hành vi phân biệt đối xử. Nguồn: <https://sanjosespotlight.com/vi/vargas-when-churches-provide-public-services-they-should-follow-the-law/>, truy cập ngày 20/06/2022.

³³ Chẳng hạn khi có mâu thuẫn, tranh chấp xảy ra và chưa giải quyết được, một số chủ đầu tư đã cắt dịch vụ, thậm chí cả điện, nước của cư dân chung cư khiến người mua nhà bức xúc. Nguồn: <https://dantri.com.vn/bat-dong-san/mau-thuan-tai-chung-cu-chu-dau-tu-cat-dien-nuoc-cua-cu-dan-20210517094922655.htm>, truy cập 20/06/2022

³⁴ https://www.ceep.eu/wp-content/uploads/2014/07/Mapping_Political_Report.pdf, truy cập ngày 22/04/2021.

cấp phép, hộ khẩu, hộ tịch... mà cả hoạt động thủy vụ, trật tự, an ninh, quốc phòng...; còn ở Italia dịch vụ công được giới hạn hẹp hơn chủ yếu ở hoạt động sự nghiệp (y tế, giáo dục) và hoạt động dịch vụ công ích (điện, nước sạch, vệ sinh môi trường) và các hoạt động hành chính công khác như cấp phép, hộ khẩu, hộ tịch do cơ quan hành chính thực hiện³⁵. Nhiều quốc gia như Ấn Độ có quan niệm về DVC rất rộng, bao gồm các dịch vụ mà chính phủ quốc gia vận hành như dịch vụ cơ bản (essential service) như nước, điện, xử lý chất thải, giao thông công cộng, cứu hỏa, quản lý rủi ro thiên tai...; dịch vụ văn hóa - xã hội như y tế, giáo dục, chăm sóc người khuyết tật, trung tâm văn hóa - thể thao cộng đồng; dịch vụ cơ sở hạ tầng: xây dựng đường xá, đường cao tốc, các loại cầu, đường thủy; Dịch vụ phê duyệt kế hoạch và thống kê: kế hoạch của nông thôn và đô thị về các khu công nghiệp, khu dân cư, thương mại, khu vực nông nghiệp, đăng ký khai sinh, kết hôn, khai tử, thống kê dữ liệu thường kỳ; Dịch vụ theo luật: giấy phép khai thác khoáng sản, dịch vụ thông tin và dữ liệu; Dịch vụ xây dựng pháp luật trong các lĩnh vực của đời sống xã hội; Dịch vụ an ninh quốc gia: cảnh sát; Dịch vụ phòng vệ quốc gia: quân đội; Dịch vụ tư pháp: xét xử đảm bảo công bằng và bảo vệ các quyền công dân đã được Hiến định; Dịch vụ quan hệ quốc tế: cấp thị thực, hộ chiếu. Ngoài ra còn nhà nước còn thực hiện các dịch vụ công khác như nghiên cứu khoa học, năng lượng hạt nhân, nghiên cứu không gian... Với các loại DVC đa dạng như vậy, dịch vụ công được cung cấp cho công dân một cách bình đẳng thông qua hệ thống cơ quan nhà nước được tổ chức ở nhiều cấp chính quyền khác nhau hoặc nhà nước kết hợp với tư nhân để thực hiện.

Có thể nhận thấy, hiện nay phạm vi của DVC đã phát triển rất rộng, tiêu chí xác định dịch vụ nào là DVC phụ thuộc vào pháp luật của từng quốc gia và từng giai đoạn phát triển của quốc gia đó. Tương tự với cách phân loại của Pháp và Ý, DVC ở Việt Nam căn cứ theo tiêu chí tính chất của dịch vụ công được phân thành

³⁵ Nguyễn Quang Thái, Nguyễn Hồng Nhung (2017), “Nâng cao hiệu quả và chất lượng dịch vụ công”, *Tạp chí Nghiên cứu khoa học kiểm toán*, số 119, tháng 9/2017, tr.6.

ba loại là dịch vụ sự nghiệp công, dịch vụ công ích và dịch vụ hành chính công³⁶. Dịch vụ sự nghiệp công là những hoạt động cung cấp những phúc lợi xã hội thiết yếu cho người dân như: giáo dục, văn hóa, khoa học, chăm sóc sức khỏe, thể dục thể thao, bảo hiểm, an ninh xã hội... Dịch vụ thiết yếu là hoạt động cung cấp các hàng hóa, dịch vụ cơ bản, thiết yếu cho người dân và cộng đồng như: vệ sinh môi trường, xử lý rác thải, cung cấp nước sạch, vận tải công cộng đô thị, phòng chống thiên tai... Dịch vụ hành chính công là các dịch vụ công trong lĩnh vực hành chính như: cấp giấy phép, giấy chứng nhận, đăng ký, công chứng, thị thực, hộ tịch, xử lý hành chính, kiểm tra, thanh tra hành chính, đấu thầu, tư vấn pháp luật... Ba loại DVC này đòi hỏi những yêu cầu khác nhau, có những sự khác biệt trong cung ứng từng loại DVC cũng như cách thức quản lý nhà nước đối với từng loại DVC tương ứng. Trong đó, dịch vụ hành chính công thường được chuyển giao cho tư nhân thực hiện theo hình cấp phép như cấp phép cho văn phòng công chứng tư thực hiện; đối với dịch vụ sự nghiệp công và dịch vụ công ích được thực hiện dưới hình thức nhà nước ký kết hợp đồng với bên tư nhân để cung ứng dịch vụ công cho người dân (hợp đồng hành chính).

2.1.1.3 Phương thức cung cấp dịch vụ công

Đối với nhà nước, có thể tách biệt tương đối các hoạt động của Nhà nước thành hai chức năng cơ bản: chức năng quản lý nhà nước về DVC và chức năng cung ứng DVC. Cuối thế kỷ 20, đặc biệt là bước sang thế kỷ 21, đánh dấu nhận thức mới về vai trò, chức năng vai trò của nhà nước đương đại nói chung và chức năng cung cấp dịch vụ công nói riêng. Trước đây truyền thống thì Nhà nước thực hiện cả việc quản lý và cung cấp dịch vụ công cho xã hội, điều đó khiến cho bộ máy nhà nước càng kèn kèn, gánh nặng đối với ngân sách nhà nước. Hiện nay, Nhà nước hiện đại chỉ giữ vai trò quản lý, giảm nhẹ chức năng cung cấp dịch vụ công, từng bước thông qua tư nhân hóa, xã hội hóa mà chuyển giao việc cung cấp các dịch vụ công

³⁶ Lê Chi Mai, “Áp dụng giá dịch vụ trong cải cách cung ứng dịch vụ công”, *Tạp chí quản lý nhà nước*, số 258 (7/2017), tr. 37.

cho tư nhân. Thậm chí ngay cả việc cung cấp dịch vụ công như nhà tù vốn cho rằng chỉ có thể do nhà nước thực hiện thì nay cũng được chuyển giao cho tư nhân ở nước Anh³⁷. Theo đó, các mô hình cung ứng DVC trên thế giới như: mô hình nhà nước cung cấp tài chính và tổ chức cung ứng dịch vụ; mô hình tư nhân cung ứng tài chính và tư nhân tổ chức cung ứng dịch vụ; mô hình liên kết giữa nhà nước và tư nhân trong cung ứng dịch vụ; mô hình “lấp chỗ trống”³⁸. Trong đó, các quốc gia có sử dụng kết hợp các mô hình tùy thuộc vào loại DVC hoặc từng giai đoạn cụ thể. Hiện nay, cung ứng DVC thông qua mô hình liên kết giữa nhà nước và tư nhân phát triển nhanh ở nhiều quốc gia, đặc biệt đối với các dịch vụ sự nghiệp công và dịch vụ công ích do tận dụng được lợi thế của cả hai bên, đảm bảo lợi ích chung của cộng đồng.

Trong bối cảnh toàn cầu hóa và hội nhập quốc tế, yêu cầu quản trị nhà nước hiện đại đòi hỏi chính phủ phải đáp ứng đối với những thay đổi nhanh chóng về kinh tế, xã hội và xu hướng công nghệ mới. Ngoài ra, hoạt động cung ứng dịch vụ công chịu sự chi phối của rất nhiều yếu tố, cả chủ quan lẫn khách quan ở mỗi quốc gia và thường xảy ra sự bất cập giữa một bên là cung về dịch vụ công mà đại diện là nhà nước, và một bên là cầu về dịch vụ công mà đại diện là đòi hỏi của mọi người dân trong xã hội. Đại hội Đảng toàn quốc lần XIII vừa qua (2020) đã đề ra phương hướng đối với lĩnh vực cung ứng DVC như sau: Đầu tiên, khẳng định cung ứng dịch vụ công là trách nhiệm của nhà nước, vì vậy cơ quan nhà nước, doanh nghiệp nhà nước sẽ đảm nhận cung ứng các dịch vụ công thiết yếu cho xã hội. Do vậy, Đảng định hướng tiếp tục phát huy vai trò của doanh nghiệp nhà nước trong việc hình thành và mở rộng các chuỗi sản xuất, cung ứng và chuỗi giá trị, nhất là trong những ngành, lĩnh vực then chốt Nhà nước cần nắm giữ. Đồng thời, “*Đầu tư cho một số doanh nghiệp nhà nước then chốt quốc gia thuộc 4 lĩnh vực Nhà nước đầu tư và*

³⁷ A.C.L Davies (2008), *The public law of government contracts*, Oxford University Press, p.11.

³⁸ Nguyễn Quang Vỹ (2012), “Một số mô hình cung ứng hàng hoá, dịch vụ công và kinh nghiệm hoàn thiện pháp luật ở Việt Nam”, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, số 17(225), tháng 9, năm 2012, <http://lapphap.vn/Pages/TinTuc/207912/Mot-so-mo-hinh-cung-ung-hang-hoa--dich-vu-cong-va-kinh-nghiem-hoan-thien-phap-luat-o-Viet-Nam.html>, truy cập 26/04/2021

nắm giữ vốn theo quy định”³⁹. Cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu cho xã hội là một trong bốn lĩnh vực then chốt (Điều 10, Luật số 69/2014/QH13 về quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp). Như vậy, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công là lĩnh vực được nhà nước chú trọng đầu tư cho các doanh nghiệp nhà nước đảm nhiệm để thực hiện chức năng này. Dịch vụ công ở Việt Nam hiện nay chủ yếu do Nhà nước cung ứng và đây cũng là một chức năng vô cùng quan trọng của nhà nước đối với xã hội. Có quan điểm cho rằng xét trên phương diện lợi ích kinh tế, việc cung ứng dịch vụ công không mang lại nhiều lợi ích, vì vậy rất ít doanh nghiệp tư nhân tự bỏ vốn ra để đầu tư. Tuy nhiên, thực thể hiện nay phản ánh thực trạng không hoàn toàn như vậy, nhiều lĩnh vực dịch vụ công bên tư nhân tham gia và đạt được lợi nhuận kinh tế cao, mở rộng thị trường khách hàng rộng lớn.⁴⁰ Chẳng qua là bản chất của dịch vụ công do nhà nước cung cấp vì mục đích lợi ích chung, không vì mục tiêu lợi nhuận nên yếu tố lợi nhuận kinh tế không phải là mục tiêu hàng đầu của nhà nước khi cung cấp dịch vụ công. Đối với bên tư nhân đang ngày càng có xu hướng tham gia cung cấp dịch vụ công nhiều hơn và duy trì quan hệ đối tác công tư bền vững trong thời gian dài.

Nắm bắt được xu hướng đó, Đại hội Đảng XIII (2021) chỉ ra xu hướng và xác định khâu đột phá trong phát triển kinh tế hiện nay, trong đó có nội dung: *“Đổi mới mạnh mẽ hơn phương thức quản lý nhà nước về kinh tế theo hướng chuyển giao những công việc Nhà nước không nhất thiết phải làm cho các tổ chức xã hội, chuyển đổi cung cấp trực tiếp dịch vụ công sang phương thức đặt hàng”*⁴¹, *“đẩy mạnh cung ứng dịch vụ sự nghiệp công theo cơ chế thị trường, thúc đẩy xã hội hóa dịch vụ sự nghiệp công”*⁴² và *“Tiếp tục thực hiện hiệu quả cơ cấu lại đầu tư công theo hướng tập trung vốn vào các ngành, lĩnh vực then chốt của nền kinh tế, các công trình, dự án trọng điểm, có sức lan tỏa, tạo động lực phát triển kinh tế - xã*

³⁹ Đảng cộng sản Việt Nam (2021), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb Chính trị Quốc gia Sự Thật, tập 2, tr.113.

⁴⁰ Xem Phụ lục số 02.

⁴¹ Đảng cộng sản Việt Nam (2021), sdd, tập 2, tr.98.

⁴² Đảng cộng sản Việt Nam(2021), sdd, tập 2, tr.114.

hội, tạo đột phá thu hút nguồn vốn khu vực tư nhân trong và ngoài nước theo phương thức đối tác công – tư.”⁴³. Như vậy, nhà nước sẽ giảm dần việc trực tiếp cung cấp dịch vụ công mà đẩy mạnh các hình thức khác, đặc biệt ưu tiên hình thức ký kết hợp đồng với tư nhân như hợp đồng mua sắm công, hợp đồng hợp tác công tư (chính là hợp đồng hành chính) để thực hiện để cung ứng DVC cho người dân. Chính sách này rất phù hợp với xu hướng chung của thế giới giúp nhà nước quản trị DVC hiệu quả hơn. Từ đó, hợp đồng hành chính chính là một phương thức cung ứng dịch vụ công sẽ được mở rộng phát triển ở Việt Nam trong thời gian tới.

Cụ thể trong từng DVC công ở Việt Nam có sự phát triển về phương thức cung ứng DVC ngày càng trở nên khoa học và hợp lý hơn. Trước thời điểm đổi mới 1986, các hoạt động được coi là DVC đều do Nhà nước đảm nhiệm, trực tiếp quản lý và cung cấp cho người dân. Trong quá trình đổi mới, phương thức cung ứng DVC không ngừng được cải cách, thực hiện chính sách xã hội hóa cung cấp DVC (từ Đại hội Đảng khóa VIII, 1996) trên cơ sở đáp ứng nhu cầu của người dân, yêu cầu về tính hiệu quả trong hoạt động của bộ máy nhà nước và hội nhập quốc tế. Các hoạt động thuộc chức năng hành chính công chủ yếu vẫn do Nhà nước đảm nhiệm như lập pháp, hành pháp, tư pháp, ngoại giao và các hoạt động cấp phép, giấy chứng nhận, đăng ký, thị thực, hộ tịch... Tuy vậy, có một số hoạt động được xác định không nhất thiết nhà nước phải thực hiện đang được ủy quyền cho tư nhân thực hiện như dịch vụ công chứng⁴⁴, thừa phát lại⁴⁵, trợ giúp pháp lý⁴⁶ và các hoạt

⁴³ Đảng cộng sản Việt Nam(2021) sđd, tập 2, tr.111.

⁴⁴ Các văn phòng công chứng tư đã gánh được một phần khá lớn công việc của các phòng công chứng Nhà nước, góp phần giảm khối lượng công việc của bộ phận hành chính tư pháp, tạo được sự cạnh tranh lành mạnh, đẩy mạnh cải cách thủ tục hành chính. Nguồn: <https://baoquangninh.com.vn/bai-1-nang-cao-hieu-qua-hoat-dong-cong-chung-tu-nhan-goc-nhin-hai-chieu-2211256.html>, truy cập ngày 20/04/2021.

⁴⁵ Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã khẳng định, “Từng bước thực hiện việc xã hội hóa và quy định những hình thức, thủ tục để giao cho tổ chức không phải là cơ quan nhà nước thực hiện một số công việc thi hành án”. Thừa phát lại – nhà nước ủy quyền cho tư nhân thực hiện dịch vụ thi hành án dân sự trong thời gian qua có hỗ trợ lớn đối với hoạt động của Tòa án, cơ quan THADS cũng như góp phần vào việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhân dân. Trong đó việc lập vi bằng được đánh giá là lĩnh vực hoạt động thành công nhất của Văn phòng Thừa phát lại. Nguồn: <http://thuaphatlaihaibatrung.com/tin-tuc/chi-tiet/265/news.html>, truy cập ngày 02/05/2021.

⁴⁶ Luật TGPL có chính sách xã hội hóa công tác TGPL, cho phép các tổ chức hành nghề luật sư, các luật sư, các trung tâm tư vấn pháp luật thực hiện TGPL. Tuy nhiên, trên thực tế thì các luật sư tham gia TGPL chưa nhiều. Theo thống kê của Cục Trợ giúp pháp lý mới chỉ có khoảng 10% luật sư đăng ký tham gia TGPL, còn

động khác tùy từng địa phương⁴⁷. Như vậy, một phần dịch vụ hành chính công được chuyển giao sang khu vực tư nhân, tuy nhiên nhà nước vẫn giữ vai trò điều tiết, giám sát các quy chuẩn, đặt ra các quy định pháp luật nhằm đảm bảo sự công bằng, minh bạch, chất lượng của các DVC, tránh tình trạng bên cung cấp DVC chạy theo lợi nhuận đơn thuần mà không đảm bảo quyền của người dân. Đối với các dịch vụ công cộng bao gồm: dịch vụ công ích và dịch vụ công thiết yếu được thực hiện dưới dạng hợp đồng hành chính.

2 1.2 Khái niệm Hợp đồng hành chính

Hợp đồng là lĩnh vực pháp luật luôn được các nhà nghiên cứu trong và ngoài nước quan tâm hàng đầu, không ngừng phát triển lý thuyết về các vấn đề pháp lý xung quanh hợp đồng làm nền tảng cho việc xây dựng các quy phạm pháp luật về hợp đồng đáp ứng sự vận động và thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội. Trên cơ sở các nguyên tắc cũng như quy định chung về luật hợp đồng,⁴⁸ hợp đồng trong các lĩnh vực cụ thể lại được quy định tương ứng để đáp ứng nhu cầu điều chỉnh trong từng lĩnh vực chuyên ngành như hợp đồng dân sự, hợp đồng trong lĩnh vực thương mại - đầu tư, hợp đồng lao động và hợp đồng hành chính trong lĩnh vực quản lý nhà nước.

Để xác định khái niệm và bản chất của hợp đồng hành chính, các học giả thường bắt đầu bằng quan niệm về hợp đồng, bởi lẽ dựa trên nền tảng của hợp đồng trong lĩnh vực luật tư, vận dụng vào quan hệ của luật công có một số đặc thù nhất

các công ty luật cũng như các văn phòng luật sư vẫn còn đứng ngoài cuộc. Nguồn: <https://phaply.net.vn/doi-moi-xa-hoi-hoa-tro-giup-phap-ly-nguoi-dan-se-het-khat-luat-nha-nuoc-giam-ganh-nang/>, truy cập ngày 21/04/2021.

⁴⁷ Ví dụ: Đà Nẵng sẽ thực hiện rà soát để chuyển giao toàn bộ hoặc một số công việc (kiểm tra, sát hạch lý thuyết...) trong các dịch vụ HCC về cấp giấy chứng nhận, chứng chỉ chuyên môn, đủ điều kiện kỹ thuật... thuộc lĩnh vực xây dựng, y tế cho DN và tổ chức ngoài nhà nước đủ điều kiện đảm nhiệm. Nguồn: <https://plo.vn/thoi-su/da-nang-chuyen-giao-bot-viec-nha-nuoc-cho-tu-nhan-869851.html>, truy cập ngày 21/04/2021.

⁴⁸ Định nghĩa về hợp đồng tại Điều 385, Bộ luật dân sự năm 2015 như sau: “*Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự*”. Như vậy, BLDS năm 2015 đã bỏ thuật ngữ “Hợp đồng dân sự” (như trong BLDS năm 1995, BLDS năm 2005 đã từng sử dụng) mà chỉ dùng thuật ngữ “Hợp đồng” nhằm mục đích các quy định về hợp đồng trong BLDS cũng là những quy định chung áp dụng để điều chỉnh các loại hợp đồng trong các lĩnh vực khác.

định đã tạo nên những khác biệt của hợp đồng hành chính. Hợp đồng theo quan điểm truyền thống của Civil law, tại Điều 1101 Bộ luật dân sự Pháp quy định: “Hợp đồng là sự thỏa thuận theo đó một hoặc nhiều người cam kết với một hoặc nhiều người khác chuyển giao một vật, làm hoặc không làm một việc nào đó”. Trong Từ điển Black’s Law Dictionary (Hoa Kỳ) đưa ra hai định nghĩa: (1) “Hợp đồng là một sự thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều người mà tạo lập nên một nghĩa vụ làm hoặc không làm một việc cụ thể”. (2) “Hợp đồng là một sự hứa hẹn hoặc một tập hợp sự hứa hẹn mà đối với việc vi phạm nó, pháp luật đưa ra một chế tài, hoặc đối với sự thực hiện nó, pháp luật, trong một số phương diện, thừa nhận như là một trách nhiệm”. Qua các định nghĩa cho thấy, hợp đồng có hai đặc tính, thứ nhất là sự trao đổi, thống nhất ý chí hay sự thỏa thuận; thứ hai, việc tạo lập tạo ra một hậu quả pháp lý⁴⁹. Nguyên tắc cơ bản của hợp đồng là nguyên tắc tự do hợp đồng, nguyên tắc thiện chí, nguyên tắc bình đẳng. Theo đó, nguyên tắc tự do hợp đồng này được thể hiện trong các nội dung cụ thể của quyền tự do hợp đồng ở các khía cạnh sau: (i) quyền được tự do bình đẳng, tự nguyện giao kết hợp đồng, (ii) quyền được tự do lựa chọn đối tác giao kết hợp đồng, (iii) quyền được tự do thỏa thuận nội dung giao kết hợp đồng, (iv) quyền được tự do thỏa thuận thay đổi nội dung hợp đồng trong quá trình thực hiện, (v) quyền được tự do thỏa thuận các điều kiện đảm bảo để thực hiện hợp đồng, (vi) quyền được tự do thỏa thuận cơ quan tài phán và luật giải quyết tranh chấp hợp đồng⁵⁰. Ở phần sau sẽ cho thấy nguyên tắc tự do hợp đồng trong hợp đồng hành chính có một số giới hạn nhất định bởi luật công.

Ở các quốc gia quan hệ hợp đồng có một bên là Nhà nước được điều chỉnh trong pháp luật có những điểm giống nhau và khác nhau. Có thể kể tới các mô hình chính đang tồn tại phổ biến ở các quốc gia trên thế giới là mô hình hợp đồng hành

⁴⁹ Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật hợp đồng – phần chung (dùng cho đào tạo sau đại học)*, Nxb ĐHQG Hà Nội, tr.12.

⁵⁰ Phan Thông Anh (2011), “Quyền tự do giao kết hợp đồng ở Việt Nam – Lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí nghiên cứu lập pháp*, Số 23(208), tháng 12, năm 2011. Nguồn: <http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/207701/Quy-tu-do-giao-ket-hop-dong-o-Viet-Nam---ly-luan-va-thuc-tien.html>, truy cập ngày 12/12/2020.

chính, mô hình hợp đồng chính phủ (một số quốc gia còn gọi tên khác thay thế là hợp đồng công).

Đầu tiên là mô hình hợp đồng hành chính (HĐHC) được sử dụng khá phổ biến trong các quốc gia thuộc truyền thống Civil Law⁵¹ cũng như ở nhiều quốc gia khác có ảnh hưởng của truyền thống pháp luật này⁵². Ở Cộng hòa Pháp, nơi sử dụng thuật ngữ HĐHC sớm nhất, được ghi nhận có HĐHC khá sớm vào những năm 1800, cho tới những giữa thế kỷ XX thì hợp đồng hành chính trở nên phổ biến không chỉ với tư cách là một công cụ pháp lý mà còn như một phương thức hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước⁵³. Theo định nghĩa của Từ điển thuật ngữ Pháp luật Pháp – Việt, Hợp đồng hành chính (Contrat administratif) được hiểu là: *“Hợp đồng do một cơ quan nhà nước (pháp nhân hành chính) ký kết với tư nhân (cá nhân hoặc tổ chức), giao cho họ làm một dịch vụ, xây dựng một công trình, hoặc kinh doanh, khai thác một công trình. Hợp đồng hành chính thuộc sự điều chỉnh của công pháp, mang tính chất bất bình đẳng. Hợp đồng hành chính cũng có thể ký kết theo Luật dân sự”*⁵⁴. Định nghĩa này khái quát một số đặc điểm quan trọng nhất của hợp đồng hành chính về chủ thể có một bên là pháp nhân công pháp, đối tượng của hợp đồng xây dựng một công trình hoặc kinh doanh khai thác một công trình, luật điều chỉnh HĐHC là công pháp và tính chất của HĐHC là bất bình đẳng giữa các bên trong hợp đồng.

Theo Martine Lombard và Gilles Dumon (2007), trong luật của Pháp không đưa ra định nghĩa về Hợp đồng hành chính mà chỉ xác định một số loại HĐHC cụ thể như các hợp đồng trong Bộ pháp điển về giao thầu công là hợp đồng hành chính hay Pháp lệnh ngày 17/06/2004 cũng quy định các hợp đồng hợp tác công tư thuộc

⁵¹ Có thể kể đến các quốc gia ở Châu Âu lục địa sử dụng Administrative Contract như Pháp, Đức, Rumani...

⁵² Bao gồm các quốc gia ở Trung Đông: Ả rập xê út, AEU; các quốc gia Bắc và Đông Âu: Nga, Rumani; Châu Á: Trung Quốc, Mông Cổ, Thái Lan; Châu Phi: Albany, Ai Cập, Ethiopia; Châu Mỹ La tinh: Brazil, Chile, Uruguay...

⁵³ Y. Fortin, *Xu hướng hợp đồng hóa trong hoạt động của khu vực Nhà nước ở các nước công nghiệp từ năm 1980*, NXB L'Harmattan, tuyển tập “Logiques Jurisdictives”, 1999 dẫn theo M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, tr.379.

⁵⁴ Nhà Pháp luật Việt Pháp, *Từ điển thuật ngữ Pháp – Việt*, NXB từ điển bách khoa, 2009, tr.183.

loại hợp đồng hành chính. Tuy vậy, các Tòa án hành chính đặc biệt là Tham chính viện – Tòa án hành chính tối cao của Pháp đã đưa ra các tiêu chí, căn cứ để xác định một hợp đồng hành chính thông qua các án lệ. Theo đó, xét ở tiêu chí về chủ thể hợp đồng: HĐHC phải có một bên giao kết hợp đồng phải là pháp nhân công pháp hoặc hai bên hợp đồng là pháp nhân công pháp, có ngoại lệ trong trường hợp do luật định⁵⁵; thứ hai, xét tiêu chí về nội dung: mục đích của hợp đồng đó phải liên quan đến việc thực hiện một dịch vụ công⁵⁶, nội dung hợp đồng có những điều khoản quá đáng⁵⁷ hoặc tuân theo một chế độ pháp lý ngoại lệ⁵⁸. Như vậy, phải đồng thời thỏa mãn hai điều kiện đó thì một hợp đồng mới được xác định là HĐHC. Ví dụ, một hợp đồng dù có liên quan tới việc thực hiện dịch vụ công và chứa đựng các điều khoản quá đáng nhưng cũng sẽ không thể được công nhận là HĐHC nếu các bên giao kết hợp đồng là chủ thể luật tư (Tòa án xung đột, bản án Société Interlait, ngày 03/03/1969). Mặt khác, trường hợp đáp ứng được điều kiện chủ thể, có hai bên hợp đồng là pháp nhân công pháp nhưng căn cứ vào mục đích của hợp đồng chỉ làm phát sinh giữa các bên những quan hệ thuộc sự điều chỉnh của luật tư thì không phải HĐHC; ví như hợp đồng vay giữa hai cơ quan nhà nước không nhằm mục đích thực hiện dịch vụ công, không chứa các điều khoản quá đáng mà chỉ làm phát sinh quan hệ theo luật tư thì cũng không phải là hợp đồng hành chính (Tham chính viện, bản án Chambre de commerce et d'industrie de Valence et de la Drôme, ngày

⁵⁵ Các trường hợp ngoại lệ cũng rất ít, thứ nhất là như trường hợp liên quan đến việc xây dựng công trình công cộng, bảo dưỡng công trình đường bộ; thứ hai là liên quan đến các hợp đồng ủy quyền, trong đó hai bên đều là tư nhân, nhưng một bên tư được ủy quyền của Nhà nước theo Điều 1984 của BLDS Pháp. Xem: Martine Lombarnd và Giller Dumon (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.383.

⁵⁶ Trong bản án Tenier, Tham chính viện, ngày 06/02/1903 đưa ra nguyên tắc: “tất cả những gì liên quan đến tổ chức và hoạt động của dịch vụ công đều là hoạt động hành chính, mà xét về bản chất, hoạt động hành chính thuộc phạm vi thẩm quyền xét xử của Tòa án hành chính”. Xem: Martine Lombarnd và Giller Dumon (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.385.

⁵⁷ Điều khoản quá đáng là những điều khoản có hệ quả mang lại cho các bên giao kết hợp đồng những quyền và nghĩa vụ mà xét về bản chất là khác với quyền và nghĩa vụ mà các chủ thể có thể tự do thỏa thuận trong khuôn khổ pháp luật dân sự và thương mại (Tham chính viện, bản án Stein, ngày 20/10/1950). Xem: Martine Lombarnd và Giller Dumon (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.388.

⁵⁸ Giới khoa học pháp lý Pháp cho rằng những quy định được đưa vào Bộ pháp điển về giao thầu công là một chế độ pháp lý ngoại lệ. Xem: Martine Lombarnd và Giller Dumon (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.389.

16/03/1999).⁵⁹ Như vậy, quan điểm của Pháp – quốc gia cội nguồn của hợp đồng hành chính thì cho rằng quan hệ hợp đồng hành chính là quan hệ bất bình đẳng giữa một bên cơ quan nhà nước với bên tư nhân, hợp đồng hành chính dùng để thực hiện các dịch vụ công và chứa đựng các điều khoản quá đáng hoặc một chế độ pháp lý quá lệ.

Trong một quốc gia khác điển hình của dòng họ Civil Law là CHLB Đức, thuật ngữ hợp đồng hành chính và hợp đồng công được sử dụng thay thế nhau (Public or administrative contracts) để chỉ loại hợp đồng chịu sự điều chỉnh của luật công và giải quyết tranh chấp tại Tòa án hành chính (Administrative court). Điều này khác biệt với các hợp đồng tư (private contracts) được thực hiện theo quy định của Bộ luật dân sự Đức năm 1896 và giải quyết tranh chấp thông qua các Tòa án thường (Ordinary courts). Chủ thể của hợp đồng hành chính có một bên là cơ quan công quyền, thậm chí có thể là hai bên tư nhân nếu luật có quy định cho phép như vậy. Ngoài ra, việc thiết lập, thực hiện và chấm dứt hợp đồng hành chính theo quy định của luật công (public law), các quy tắc điều chỉnh đối với hợp đồng này chủ yếu trong Luật thủ tục hành chính năm 1976 (Law of Administrative Procedure), một số luật của liên bang và bang, án lệ và các quy tắc chung của hợp đồng trong Bộ luật dân sự Đức năm 1896⁶⁰. Luật thủ tục hành chính năm 1976 của Đức không đưa ra định nghĩa mà quy định chung về HĐHC như sau: *“Một quan hệ pháp luật trong lĩnh vực luật công có thể thông qua hợp đồng để giao kết, thay đổi hoặc chấm dứt, miễn rằng không trái với các quy định của pháp luật. Đặc biệt, cơ quan hành chính có thể thay vì sử dụng quyết định hành chính, hành vi hành chính, có thể giao kết một Hợp đồng hành chính với đối tượng mà nếu không giao kết Hợp đồng hành chính thì quyết định hành chính, hành vi hành chính sẽ hướng tới họ”*⁶¹. Ở Đức, có sự phân biệt Hợp đồng trong lĩnh vực luật công và hợp đồng trong luật tư. Cả hai

⁵⁹ Martine Lombarnd và Giller Dumon (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr. 379 - 389.

⁶⁰ Mahendra P. Singh (1985), *German Administrative Law: In Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, p.50.

⁶¹ Administrative Procedures Act (VwVfG) 1976, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg_en.html, truy cập 18/05/2022.

loại hợp đồng có một điểm đặc thù, đó là cần có sự đồng thuận của các bên trong hợp đồng. Điểm khác biệt cơ bản là hợp đồng luật công nhằm dùng để xác lập, thay đổi hay chấm dứt một quan hệ pháp lý trong lĩnh vực luật công theo Điều 54 (1) Luật thủ tục hành chính. Như vậy, hợp đồng hành chính là một công cụ được sử dụng trong quản lý hành chính nhà nước thay cho các hành vi hành chính của cơ quan công quyền trong một số trường hợp. Có thể nhận thấy một số điểm tương đồng về hợp đồng hành chính của Pháp và Đức như chủ thể của hợp đồng hành chính phải có ít nhất một bên là cơ quan công quyền, nội dung của hợp đồng hành chính tuân theo các quy định của luật công, giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng hành chính đều thuộc thẩm quyền của nhánh tòa án hành chính.

Cùng điều chỉnh loại hợp đồng có một bên là cơ quan nhà nước với bên tư nhân, bên cạnh các quốc gia Civil Law sử dụng hợp đồng hành chính (Administrative Contract), các quốc gia Common Law sử dụng thuật ngữ hợp đồng chính phủ (Government contract) để nhằm bảo vệ lợi ích công, quy định về trách nhiệm và giới hạn quyền lực của Nhà nước, đồng thời đảm bảo minh bạch, tận dụng được nguồn lực của bên tư nhân xây dựng cơ sở hạ tầng, cung cấp các dịch vụ công cho người dân đảm bảo chất lượng và tính kinh tế. Học giả Alan W. Mewett (1960) cho rằng thuật ngữ hợp đồng chính phủ (Government contracts) ở Anh, Mỹ tương ứng với hợp đồng hành chính (Administrative contract) ở Pháp⁶² để chỉ loại hợp đồng có sự tham gia của cơ quan nhà nước. Trong bài tạp chí đăng trên Fordham International Law Journal, volume 26, number 6, 2002, học giả Hector A. Amiral cũng bình luận về bản chất của hợp đồng chính phủ (government contract) như là biến thể của hợp đồng hành chính (administrative Contract) có nguồn gốc từ Pháp.⁶³ Ngày nay, hợp đồng chính phủ ở Anh thường được sử dụng để chỉ một phạm vi rộng các thỏa thuận mang tính hợp đồng liên quan đến cơ quan công quyền (public bodies), bao gồm cả mua sắm công truyền thống, hợp đồng thuê ngoài, quan hệ đối

⁶² Alan W. Mewett, *"The theory of contracts"*, Mc Grill Law Journal, 1960.

⁶³ Cristina Ionas (2012), "The administrative agreement as a legal form for public services in comparative and Roman law", Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Vol. 5 (54) No. 1.

tác công tư, nhượng quyền hoặc thu hồi nhà nước, thỏa thuận giữa chính phủ và tổ chức tự quản, thỏa thuận giữa các cơ quan nhà nước và cá nhân công dân và các loại thỏa thuận trong nội bộ các cơ quan hành chính của chính phủ⁶⁴. Như vậy, phạm vi nhà nước tham gia vào hợp đồng rất rộng lớn trong nhiều lĩnh vực, có thể phân chia thành hợp đồng bên trong và hợp đồng bên ngoài. Hợp đồng nội bộ là hợp đồng giữa hai bên là cơ quan nhà nước còn hợp đồng bên ngoài có một bên là cơ quan nhà nước, bên còn lại sự tham gia của tư nhân. Gần đây, ở Anh cũng sử dụng thuật ngữ hợp đồng công bên cạnh thuật ngữ hợp đồng chính phủ. So với thời điểm 1960, hiện nay hợp đồng công mới ở đã có những thay đổi, như ở Anh tồn tại hợp đồng công dưới ba dạng chính: hợp đồng hành chính, hợp đồng kinh tế và hợp đồng kiểm soát xã hội dựa trên cơ sở mục đích chính sách và chức năng của chúng. *Hợp đồng hành chính* (Administrative contracts) ở Anh là những thỏa thuận theo hợp đồng nhằm mục đích (hoặc có khả năng) tăng tính minh bạch và hiệu quả của hoạt động của bộ máy chính phủ⁶⁵. Những thỏa thuận này là kết quả của đỉnh điểm trong nỗ lực giảm lãng phí trong hoạt động dịch vụ dân sự có thể bắt nguồn từ những cải cách theo chủ nghĩa quản lý của những năm 1970. Gần đây nhất, hợp đồng chính phủ được sử dụng với nỗ lực tách biệt các khía cạnh chính trị và quản lý của chính phủ, và để làm rõ vai trò quản lý thông qua các hệ thống quản lý dựa trên hiệu suất. Đây là chuyển đổi cách thức tổ chức công việc truyền thống chuyển sang sử dụng công cụ hợp đồng để xây dựng mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước với nhau. Tổ chức quản lý dịch vụ công được đánh giá là hiệu quả hơn từ những năm 2000 khi chương trình đi vào hoạt động. Các mối quan hệ hợp đồng hành chính được thiết lập đem lại nhiều các lợi ích đã được chứng minh là bao gồm: việc ra quyết định nhanh chóng hơn, sử dụng kinh tế hơn các nguồn lực, nhiều công việc hơn, gia tăng sự hài lòng và tăng khả năng học tập của tổ chức. Khi có vấn đề tranh chấp với việc thực hiện hợp đồng, họ có thể được giải quyết thông qua sự đồng thuận. Xung đột và tranh chấp có khả năng xảy ra ít hơn. Với các ưu điểm như vậy, cơ chế hợp

⁶⁴ Peter Vincent-Jones (2006), *The New Public Contracting*, Oxford University Press, p.3

⁶⁵ Peter Vincent-Jones, sđd, tr.21.

đồng hành chính là một giải pháp lợi thế hơn so với các cải cách quản lý công trước đó đối với dịch vụ công. Giá trị của hợp đồng hành chính giúp tăng tính minh bạch, trách nhiệm giải trình chính trị, chính phủ tốt, kiểm soát và ngăn ngừa lạm dụng quyền lực công. *Hợp đồng kinh tế* (Economic contracts) có cấu trúc quy định kép phức tạp hơn, gồm quan hệ một bên cơ quan công quyền với nhà cung cấp, và giữa nhà cung cấp với người tiêu dùng công. Mỗi quan hệ người mua với người cung cấp liên quan đến việc thanh toán tiền đối với dịch vụ công. Trong khi đó mỗi quan hệ giữa nhà nước với nhà cung cấp liên quan đến ủy quyền cung cấp dịch vụ công. Do đó, các giá trị liên quan đến hoạt động của hợp đồng kinh tế bao gồm phân phối công bằng và lợi ích công, bên cạnh các giá trị kinh tế và tính hiệu quả. *Hợp đồng kiểm soát xã hội* (Social control contracts) là hình thức thứ ba của hợp đồng công ở Anh, điều chỉnh bằng cơ chế hợp đồng trong sự kiểm soát xã hội của các công dân cá nhân trong các mối quan hệ với cơ quan nhà nước, ví dụ liên quan đến việc quy định các tiêu chuẩn hành vi của học sinh và thanh thiếu niên phạm tội. Những hợp đồng này là được tài trợ từ thuế chung như một phần của dịch vụ công do chính phủ cung cấp cho công dân nói chung. Hợp đồng này có các giá trị như duy trì công lý, hiệu quả, công bằng, bảo vệ công chúng và lợi ích công cộng, trách nhiệm cá nhân và phục hồi. Như vậy, mặc dù thuật ngữ khác nhau, nhưng rõ ràng có thể nhận thấy, phạm vi của hợp đồng hành chính ở Pháp tương ứng với sự điều chỉnh của hợp đồng công ở Anh.

Ở Mỹ, phong trào tư nhân hóa diễn ra từ những năm 1980 là một phong trào cải cách trong đó có sự gia tăng các bên phi chính phủ vào việc thực hiện các dịch vụ công, trong đó có hình thức hợp đồng chính phủ được ký kết giữa một bên đại diện cho nhà nước với tư nhân. Trước đây, giống như nhiều quốc gia khác, nhiệm vụ của chính phủ là duy trì việc cung cấp các dịch vụ thiết yếu như thức ăn, nước uống, nhà ở, năng lượng, thuốc men. Tuy nhiên, hình thức hợp đồng chính phủ có điều kiện phát triển do sự thay đổi vai trò diễn ra khi các cơ quan hành chính gia tăng sự hợp tác đối với khu vực tư, cơ quan nhà nước và tư nhân cùng chia sẻ trách nhiệm này; phạm vi của mục đích công cũng được mở rộng, quy định về hàng hóa,

dịch vụ được cung cấp bởi các tổ chức ngoài chính phủ gia tăng. Điều này được đánh giá là một biểu hiện tốt, thay vì tư nhân hóa khu vực công thì hành chính hóa khu vực tư, khiến cho các hoạt động dịch vụ công hiệu quả hơn. Các tranh luận ủng hộ cho tư nhân hóa các dịch vụ công đưa ra các lý do như sau: tư nhân hóa làm chính phủ gọn nhẹ hơn, tư nhân hóa tạo ra cạnh tranh trên thị trường giúp tạo ra các dịch vụ công tốt nhất, tư nhân hóa làm gia tăng sự lựa chọn của người dân trong sử dụng dịch vụ công, và tư nhân hóa làm cho chính phủ hoạt động hiệu quả hơn.

Qua tìm hiểu về hợp đồng chính phủ ở Anh, Mỹ có những điểm chung đối với hợp đồng hành chính. Điểm chung giữa Hợp đồng hành chính và hợp đồng chính phủ có thể đề cập đến chủ thể của hợp đồng đều yêu cầu có một bên là cơ quan nhà nước và nội dung của hợp đồng theo quy định của luật công.

Ở Việt Nam, một số học giả đã tiếp cận quan niệm về Hợp đồng hành chính theo lý thuyết của Pháp, Nga. Cho tới đầu thế kỷ XXI, bắt đầu có những nghiên cứu về hợp đồng hành chính ở Việt Nam. Theo luật gia Ngô Ngọc Bửu (1998), *“Hợp đồng hành chính là một hợp đồng được ký kết giữa một bên là chủ thể hành chính trong hệ thống hành pháp của chính phủ hay còn gọi là cơ quan hành chính nhà nước hoặc được ký thay cho một tổ chức công với một bên là tư nhân hay pháp nhân kinh doanh, hay với một chủ thể hành chính nhà nước khác và bao gồm hoặc những điều khoản vượt quá mức luật thông thường hoặc nhằm mục đích thực hiện một dịch vụ công hoặc phải tuân theo một chế độ do luật công điều chỉnh”*.⁶⁶

Trong Từ điển Giải thích thuật ngữ hành chính do Mai Hữu Khuê (2002) chủ biên đã định nghĩa: *“Hợp đồng hành chính là sự thỏa thuận giao kết theo luật định giữa các cơ quan hành chính với nhau hoặc cơ quan hành chính với cá nhân, tổ chức để thực hiện một số mục tiêu nào đó của quản lý hành chính. Hợp đồng hành*

⁶⁶ Ngô Ngọc Bửu, đề tài *Nghiên cứu thể lệ hợp đồng hành chính và phân tích thẩm quyền tài phán thuộc tòa án hành chính khi có kiện tụng*, Sở KHCN và MT TP.HCM, 1998 dẫn theo Đào Đăng Kiên (2002), *“Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế”*, Đề tài khoa học cấp Bộ, Học viện Hành chính quốc gia, tr.11.

chính thuộc sự điều chỉnh của công pháp mang tính bất bình đẳng và cũng có thể ký kết theo luật dân sự”⁶⁷.

Theo Đào Đăng Kiên (2002), *“Hợp đồng hành chính là một văn bản được ký kết giữa một bên là chủ thể hành chính trong hệ thống hành pháp của Chính phủ với một bên là tư nhân, pháp nhân kinh doanh hay một chủ thể hành chính khác, nội dung hợp đồng bao gồm những điều khoản ưu tiên dành cho một chủ thể hành chính, quyền lực và nghĩa vụ giữa các bên ký kết không ngang nhau, nhằm mục đích thực hiện mục tiêu đáp ứng nhu cầu thực hiện dịch vụ công phải tuân theo chế độ do luật hành chính điều chỉnh”⁶⁸*. Những tiêu chí của hợp đồng hành chính gồm hai loại tiêu chí: tiêu chí về tổ chức liên quan đến sự có mặt của một bên pháp nhân công quyền trong các bên ký hợp đồng, dựa vào các bên ký trong hợp đồng và các tiêu chí về vật chất liên quan đến mục đích dịch vụ công hoặc nội dung của hợp đồng (điều khoản quá lệ). Mục đích dịch vụ công là đối tượng của hợp đồng liên quan đến các dịch vụ công được coi là hợp đồng hành chính. Điều khoản quá lệ được hiểu là những điều khoản dự kiến quyền được đơn phương hủy bỏ vì quyền lợi của cơ quan hành chính, quyền ra chỉ thị của cơ quan hành chính.

Trong Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, tác giả Nguyễn Cửu Việt (2010) cho rằng: *“Hợp đồng hành chính là hợp đồng do một pháp nhân công ký hoặc được ký thay cho một pháp nhân công, và bao gồm hoặc mục đích thực hiện công vụ hoặc những điều khoản vượt ra ngoài phạm vi của luật thông thường (tức là luật tư, hoặc phải tuân theo chế độ do luật công điều chỉnh”⁶⁹*. Quan điểm này có nguồn gốc lý thuyết hợp đồng hành chính của Pháp.

Còn học giả Phạm Hồng Thái (2012) dựa trên quan điểm về hợp đồng hành chính của Nga để đưa ra định nghĩa: *“Hợp đồng hành chính là một loại hợp đồng pháp lý đặc biệt, được thể hiện dưới hình thức văn bản, có những điều khoản quá lệ*

⁶⁷ Mai Hữu Khuyêm (2002), Từ điển giải thích thuật ngữ hành chính, Nxb Lao động, Hà Nội, tr. 335-336.

⁶⁸ Đào Đăng Kiên (2002), *Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế*, Đề tài khoa học cấp Bộ, Học viện Hành chính quốc gia, tr.13.

⁶⁹ Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, NXB ĐHQG Hà Nội, tr.402.

vượt ra ngoài phạm vi của thường luật, được điều chỉnh của các quy phạm pháp luật hành chính, và các quy phạm pháp luật của luật tư, được giao kết trên cơ sở thỏa thuận, sự thống nhất ý chí của hai hay nhiều chủ thể của luật hành chính, trong đó một chủ thể bắt buộc là pháp nhân công quyền, làm phát sinh, thay đổi hay đình chỉ quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng hay của những người khác để thực hiện công vụ của nhà nước, hay dịch vụ công nhằm đáp ứng các nhu cầu của nhà nước, xã hội, cộng đồng, cá nhân và công dân”. Như vậy, có thể nói rằng, các học giả Việt Nam bước đầu có những nhận thức về hợp đồng hành chính dựa trên cơ sở học thuyết về hợp đồng hành chính của Civil Law, đặc biệt là Pháp.

Qua nghiên cứu, tác giả cho rằng, *Hợp đồng hành chính là những thỏa thuận của cơ quan nhà nước với bên tư nhân hoặc giữa các cơ quan nhà nước với nhau để thực hiện công việc liên quan đến dịch vụ công, chịu sự điều chỉnh của các quy định trong luật công, hướng tới bảo vệ lợi ích công.*

Xét về bản chất, hợp đồng hành chính mang hai tính chất công và tư, do vậy chịu sự điều chỉnh của các quy định trong luật tư và luật công, trong đó các quy chế của luật công được ưu tiên áp dụng. Bản chất của quan hệ hợp đồng hành chính giữa một bên nhà nước với bên tư nhân là bất bình đẳng khi mà bên cơ quan nhà nước có các đặc quyền do quyền lực nhà nước mang lại và sử dụng đặc quyền đó trong hợp đồng hành chính để bảo vệ lợi ích công. Đối tượng của hợp đồng hành chính chính là dịch vụ công. Vì vậy, một hợp đồng được coi là hợp đồng hành chính khi liên quan đến thực hiện, cung ứng dịch vụ công. Lợi ích công là mục đích tối thượng để nhà nước tham gia và thực hiện, thay đổi chấm dứt hợp đồng hành chính. Bên tư nhân khi tham gia vào hợp đồng hành chính cũng phải đáp ứng các yêu cầu, điều kiện để thỏa mãn lợi ích công.

2.1.3 Đặc điểm của hợp đồng hành chính

HĐHC trước hết là một hợp đồng nên mang bản chất của hợp đồng là sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng nhằm xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ. Những nguyên tắc chung của hợp đồng như: tự do ý chí, thiện chí trong thực hiện hợp đồng cũng áp dụng đối với HĐHC. Bên cạnh đó, hợp đồng này phát sinh trong lĩnh vực cung ứng DVC của Nhà nước, có một bên chủ thể là cơ quan nhà nước nên HĐHC có những điểm đặc thù riêng biệt.

Mỗi nhà khoa học có cách tiếp cận riêng, từ góc độ bối cảnh của từng quốc gia để đưa ra đặc điểm riêng của HĐHC. Từ quan điểm của các luật gia Pháp thì HĐHC có đặc điểm sau: Một bên giao kết hợp đồng phải là pháp nhân công pháp, đây là tiêu chí về chủ thể hợp đồng; hợp đồng giao kết giữa hai pháp nhân công quyền là HĐHC; Về nội dung, hợp đồng đó phải liên quan đến việc thực hiện một dịch vụ công, hoặc hợp đồng có những điều khoản vượt ra khỏi quy định chung của pháp luật – pháp luật dân sự. Hợp đồng giao kết nhằm tổ chức thực hiện một dịch vụ công gọi là HĐHC⁷⁰.

Còn học giả Luật hành chính Nga, Đ.N.Bakhrác cho rằng HĐHC có những đặc điểm sau: *“HĐHC được giao kết trên cơ sở các quy phạm pháp luật hành chính; Tự do ý chí không là nguyên tắc tuyệt đối của các chủ thể HĐHC như các chủ thể hợp đồng dân sự”*; Một bên trong quan hệ HĐHC luôn là một pháp nhân công quyền (đại diện cho quyền lực nhà nước), còn bên khác trong quan hệ có thể là thể nhân, pháp nhân tư hay pháp nhân công quyền khác; Mục đích của việc giao kết HĐHC nhằm đáp ứng các nhu cầu và lợi ích công cộng – nhu cầu, lợi ích của nhà nước, cộng đồng dân cư và xã hội nói chung; HĐHC thiết lập các quan hệ xã hội gắn với quyền lực chấp hành, trong đó đối tượng của quan hệ diễn ra hoạt động mang tính tổ chức; Nội dung của HĐHC có những điều khoản vượt ra khỏi khuôn khổ của luật thường - dân luật. Trong đó chủ thể công quyền có khả năng đơn phương thay đổi: nội dung hợp đồng; đình chỉ việc thực hiện hợp đồng vì lợi ích

⁷⁰ M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, tr.385

chung; ra những mệnh lệnh, chỉ thị bổ sung đối với việc thực hiện hợp đồng; kiểm tra và thực hiện nghĩa vụ của bên khác trong quan hệ hợp đồng; Việc giao kết và thực hiện hợp đồng hành chính đều đặt dưới sự kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước cấp trên, cũng như các chủ thể quyền lực công; Tranh chấp trong HĐHC có thể do cơ quan hành chính cấp trên giải quyết hoặc do Tòa án hành chính giải quyết dựa trên cơ sở pháp luật hành chính”⁷¹.

ThS. Đào Đăng Kiên (2002) cũng đưa ra những đặc trưng của HĐHC gồm: *“Chủ thể của hợp đồng: một trong những chủ thể hợp đồng phải là cơ quan hành chính nhà nước; nguyên tắc về tính có thể thay đổi: trong khi thực hiện hợp đồng chủ thể hành chính trong hợp đồng có thể đơn phương thay đổi phạm vi và nghĩa vụ của mình; về nội dung của hợp đồng: bao gồm mục đích phục vụ các dịch vụ công ích; Quyền lợi và nghĩa vụ của chủ thể cơ quan hành chính nhà nước bao gồm các điều khoản quá lệ (ưu thế hơn, không ngang nhau về quyền và nghĩa vụ với các đối tác hoặc các bên đối tác); Tiêu chí về mặt chất lượng của hợp đồng phải dựa trên điều kiện sách (tiêu chuẩn kinh tế kỹ thuật), theo quy định chung của pháp luật; Mọi tranh chấp và khiếu kiện (nếu có) được phán quyết tại tòa án hành chính”⁷².*

Học giả Phạm Hồng Thái cho rằng HĐHC có một số đặc điểm như sau: *“Một là, HĐHC là một hợp đồng pháp lý được điều chỉnh bởi các quy phạm pháp luật hành chính do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định, trong một số trường hợp viện dẫn, sử dụng các quy định của luật tư; Hai là, một bên trong quan hệ hợp đồng là pháp nhân công quyền, còn bên khác trong quan hệ có thể là thể nhân, pháp nhân, có trường hợp cả hai bên trong quan hệ HĐHC đều là pháp nhân công quyền; Ba là, HĐHC được giao kết nhằm thực hiện công vụ hay các dịch vụ công. HĐHC luôn hướng tới phục vụ cho lợi ích chung của xã hội; Bốn là, nội dung của HĐHC có điều khoản vượt ra khỏi phạm vi của thường luật – dân luật; Năm là, tranh chấp HĐHC được giải quyết bởi các bên trong quan hệ hợp đồng, do cơ quan*

⁷¹ Phạm Hồng Thái (2016), *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, Sách chuyên khảo, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.70.

⁷² Đào Đăng Kiên, tldđ, tr.19.

hành chính nhà nước có thẩm quyền – cấp trên của cơ quan đã giao kết hợp đồng hay tòa án theo thủ tục tố tụng hành chính ở các nước Châu Âu lục địa, ở những quốc gia theo hệ thống thông luật – được giải quyết bằng tòa án tư pháp; hay các thỏa thuận giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại hay những cách thức khác, tùy theo đó là loại HĐHC nào; Sáu là, HĐHC luôn thể hiện dưới hình thức văn bản; Bảy là, việc giao kết, thực hiện hợp đồng luôn đặt dưới sự kiểm tra, giám sát của cơ quan cấp trên của cơ quan đã giao kết hợp đồng và xã hội.⁷³

Có thể nhận thấy một số đặc điểm để nhận diện hợp đồng hành chính, đồng thời phân biệt HĐHC với hợp đồng trong các lĩnh vực khác (hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại, hợp đồng trong lĩnh vực đầu tư, hợp đồng lao động ...) như sau:

a. Về chủ thể của hợp đồng hành chính

HĐHC phải có một bên là pháp nhân công quyền, bên khác có thể là cá nhân, tổ chức tư nhân, cũng có thể là pháp nhân công quyền. Cơ quan công quyền ở đây bao gồm tất cả các cơ quan nhà nước ở cấp trung ương và địa phương. Nghiên cứu cho thấy các hợp đồng hành chính được sử dụng ở cấp độ trung ương thực hiện các dự án lớn của quốc gia và ở cấp địa phương cũng rất nhiều phục vụ lợi ích công của địa phương. Trong pháp luật Đức, có hợp đồng mà hai bên đều là tư nhân thực hiện nhưng một bên tư nhân được cơ quan công quyền ủy quyền và thực hiện dịch vụ công nên vẫn được xác định là HĐHC. Hoặc đối với loại hợp đồng mà hai bên là cơ quan công quyền được gọi là HĐHC nội bộ (Pháp, Anh, Mỹ), Hợp đồng đồng cấp (Đức). Trong trường hợp, hai bên HĐ là cơ quan công quyền. Trường hợp phổ biến nhất, chủ thể HĐHC là một bên cơ quan công quyền, bên còn lại là tư nhân. Đây là hình thức khi cơ quan công quyền thực hiện các công vụ thuộc chức năng của mình bằng cách giao kết hợp đồng với bên tư nhân để bên tư nhân thực hiện.

Bên tư nhân thường là các doanh nghiệp có thế mạnh về nguồn vốn, công nghệ mới, kinh nghiệm quản lý tham gia cùng với cơ quan nhà nước để thực hiện xây dựng cơ sở hạ tầng, cung cấp dịch vụ công vốn thuộc về chức năng của nhà

⁷³ Phạm Hồng Thái, sđd. tr71.

nước. Tùy theo từng dự án cụ thể trong các lĩnh vực khác nhau mà có bộ các tiêu chí khác nhau có thể được thiết lập để thu hút bên tư nhân tham gia. Những cá nhân, tổ chức nào đáp ứng các yêu cầu đó có thể tham gia vào thủ tục để đấu thầu, đàm phán, ký kết HĐHC với cơ quan nhà nước.

Từ đặc trưng về chủ thể tham gia HĐHC, đối với các HĐHC có sự tham gia của bên tư nhân thì vị trí của các bên trong hợp đồng này mang tính bất bình đẳng do cơ quan nhà nước mang quyền lực nhà nước nên có những đặc quyền nhất định để bảo vệ lợi ích công. Sự bất bình đẳng đó không có nghĩa là bên cơ quan công quyền có thể tùy ý áp đặt các điều khoản, thay đổi bất thường trong quá trình thực hiện hợp đồng hay không phải chịu trách nhiệm hợp đồng. Vẫn phải tuân theo nguyên tắc bình đẳng thiện chí, trung thực khi tham gia vào HĐHC. Khi HĐHC được thiết lập phải trở thành luật tối cao ràng buộc quyền và trách nhiệm của các bên. Bên cơ quan công quyền cũng phải tuân thủ nghiêm ngặt. Tuy vậy, địa vị bất bình đẳng trong HĐHC được thể hiện ở góc độ, cơ quan công quyền được sử dụng các đặc quyền vì mục tiêu bảo vệ lợi ích công.

b. Về đối tượng của hợp đồng hành chính

Đặc điểm về chủ thể không phải là điều kiện duy nhất để tạo nên hợp đồng hành chính mà còn kết hợp với các đặc điểm khác như đối tượng của hợp đồng này. Đối tượng của HĐHC là thực hiện công vụ hoặc các dịch vụ công. Quốc gia nào Nhà nước cũng có chức năng quản lý hành chính nhà nước, cung cấp dịch vụ công. Khi đối tượng HĐ là hoạt động công vụ hoặc dịch vụ công thì mới cân nhắc là HĐHC. Hoạt động công vụ như: quản lý đất đai, giữ gìn trật tự trị an, vệ sinh môi trường. Tuy nhiên, không phải bất kỳ hoạt động nào liên quan đến công vụ hoặc dịch vụ công đều trở thành HĐHC, cơ quan công quyền cũng có thể ký kết các hợp đồng theo luật tư để thực hiện các công việc đó. Khi đó, hợp đồng có một bên là cơ quan công quyền thực hiện công vụ hoặc dịch vụ cũng vẫn là hợp đồng theo luật tư. Trong trường hợp đó, còn cần xem xét tới các điều khoản nội dung của Hợp đồng.

Dịch vụ công luôn được xem xét là đối tượng cơ bản của hợp đồng hành chính, dịch vụ công được hiểu là những hoạt động thuộc trách nhiệm của Nhà nước, do Nhà nước trực tiếp thực hiện hoặc uỷ quyền cho các chủ thể không phải là Nhà nước thực hiện với mục tiêu là cung cấp những dịch vụ đáp ứng các nhu cầu thiết yếu, tối thiểu của xã hội nhằm xây dựng một xã hội công bằng, ổn định và phát triển hài hoà. Dịch vụ công có đặc điểm là gắn liền với lợi ích công, có nghĩa là việc cung cấp dịch vụ công vì lợi ích chung của cộng đồng, trái ngược với lợi ích tư đối với các hoạt động cung cấp dịch vụ trong luật tư. Do vậy, dịch vụ công có những đặc tính điển hình là tính liên tục, tính thích ứng, tính bình đẳng và tính trung lập⁷⁴. Với những tính chất của dịch vụ công như vậy, đòi hỏi có những quy định đặc thù trong việc tổ chức cung cấp và quản lý dịch vụ công của Nhà nước nhằm mục đích cung cấp dịch vụ công liên tục cho người dân, đảm bảo người dân bình đẳng trong tiếp cận và sử dụng dịch vụ công, đáp ứng được nhu cầu của người dân về dịch vụ công tương ứng với trình độ phát triển đời sống kinh tế - xã hội. Ngoài ra, khi thông qua các hợp đồng cho bên tư nhân cung cấp dịch vụ công thì bên tư nhân cũng phải đáp ứng các quy định đó nhằm mục đích duy trì lợi ích chung của cộng đồng, nhà nước vẫn có trách nhiệm kiểm soát việc cung ứng dịch vụ công để đảm bảo các lợi ích công.

c. Về nội dung của hợp đồng hành chính

HĐHC có những điều khoản vượt ra khỏi phạm vi của luật dân sự. Có nghĩa là ngoài các quy định của Bộ luật dân sự, HĐHC còn chịu điều chỉnh chính của pháp luật hành chính. Trên nền tảng các quy định chung của luật tư về hợp đồng, hợp đồng hành chính còn tuân thủ các quy định của luật công/luật hành chính về giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng, giải quyết tranh chấp, chấm dứt hợp đồng. Ví dụ, hợp đồng hợp tác công tư PPP xây dựng đường sắt trên cao cần tuân thủ quy định về đấu thầu công. HĐHC được điều chỉnh bởi luật tư và luật công, trong đó các quy tắc luật công có tính tiên quyết trong thực hiện, giải quyết tranh chấp hợp đồng.

⁷⁴ Xem Meschiarikoff, *Services publics*, 133–135, dẫn theo John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, 2008, Oxford Press, p.170.

d. Về mục đích của hợp đồng hành chính

Nhà nước sử dụng HĐHC luôn hướng tới phục vụ cho lợi ích công cộng (Public interest) của cộng đồng (cả cấp độ quốc gia hoặc cộng đồng địa phương cụ thể). Trong các hợp đồng trong lĩnh vực luật tư (trong các lĩnh vực dân sự, thương mại, lao động, đầu tư) thì các bên trong hợp đồng hướng tới mục đích tư của chính các bên hợp đồng (thường là mục tiêu lợi nhuận). Đối với HĐHC, lợi ích công cộng (Public interest) chi phối các hoạt động của nhà nước trong quá trình hợp đồng. Lợi ích công cộng được hiểu là phúc lợi hoặc hạnh phúc của cộng đồng và xã hội⁷⁵. Ví như ở Hoa Kỳ, lợi ích công cộng mặc dù là khái niệm mang tính lý tưởng, nhưng vẫn được xác định và bảo vệ thông qua nhiệm vụ thực hiện các mục đích công (public purposes) mà chính phủ phải thực hiện, bao gồm bảy nhóm mục đích công chính⁷⁶. Thứ nhất là mục đích sớm nhất, đầu tiên được kỳ vọng vào chính phủ để bảo vệ sự sống và tài sản của công dân. Hiến pháp Liên bang Hoa Kỳ đã quy định về bảo vệ quyền công và tự do vì mục đích công cũng như nghĩa vụ cơ bản của xã hội dân chủ. Thứ hai, chính phủ có nhiệm vụ duy trì và bảo đảm cung cấp các nguồn lực cơ bản cho xã hội như thức ăn, nước uống, chỗ ở, năng lượng, và thuốc men. Mục đích công thứ ba là hỗ trợ những người yếu thế trong xã hội như trẻ em mồ côi, người khuyết tật, người già, người thất nghiệp. Thứ tư, chính phủ phải cam kết lâu dài để duy trì sự ổn định và cân bằng về phát triển kinh tế, thông qua việc xây dựng cầu cảng, đường sắt, đường cao tốc, sân bay để thúc đẩy các cơ hội kinh doanh. Thứ năm, nhiều thế kỷ qua chính phủ còn yêu cầu mở rộng nhiệm vụ của mình nâng cao chất lượng cuộc sống và cơ hội thành công của mọi người trong xã hội. Thứ sáu, chính phủ phải bảo vệ môi trường thiên nhiên tránh lãng phí và ô nhiễm môi trường. Cuối cùng, chính phủ thúc đẩy sự phát triển khoa học và công nghệ và ứng dụng vào đời sống. Trong hoạt động giáo dục, hệ thống giáo dục không chỉ chuẩn bị cho cá nhân các kỹ năng, kiến thức để đạt được thành công cá nhân và

⁷⁵ “The public interest is the welfare or well-being of the general public and society.”. Nguồn: Random House Dictionary, <https://www.dictionary.com/browse/public-interest>, truy cập 20/12/2021.

⁷⁶ William C.Johnson (2014), *Public Administration Partnerships in Public Service*, Waveland Press, 5th edition, tr.6-9.

còn phục vụ cho mục đích công đó của nhà nước. Như vậy, lợi ích công mà mỗi quốc gia theo đuổi sẽ phụ thuộc vào các quy định được ghi nhận trong Hiến pháp của quốc gia đó. Đối với quốc gia như Hoa Kỳ, các lợi ích công đó còn được xác định trong bối cảnh từng thời kỳ thông qua sự giải thích Hiến pháp của các thẩm phán đặc biệt là các phán quyết của Tòa án tối cao Liên bang Hoa Kỳ. Các hợp đồng hành chính được nhà nước thực hiện với mục đích phục vụ cho lợi ích công của quốc gia.

e. Về giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính

Tranh chấp HĐHC được giải quyết bởi thỏa thuận của các bên trong hợp đồng hoặc tại tòa án hành chính. Tranh chấp về HĐHC được giải quyết giải quyết thông qua cơ quan tài phán lĩnh vực luật công là tòa án hành chính. Phương thức giải quyết tranh chấp của luật hành chính, trong đó điển hình là khiếu nại, tố cáo được giải quyết bằng chính cơ quan hành chính, tuy nhiên đối với HĐHC là quan hệ pháp luật khác với các quan hệ pháp luật khác trong quản lý hành chính nhà nước, quan hệ này có cả tính thỏa thuận của các bên theo bản chất của Hợp đồng nói chung. Do vậy, khi có tranh chấp xảy ra thì trước hết các bên sẽ thỏa thuận, nếu giải quyết bằng con đường tòa án thì tranh chấp về HĐHC được giải quyết tại tòa án hành chính – vốn là tòa án có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp trong lĩnh vực luật công. Trong khi đó, các tranh chấp trong lĩnh vực luật tư được giải quyết tại các tòa án thường hoặc tòa án chuyên biệt mà không phải là tòa án hành chính.

Những đặc điểm của HĐHC có ý nghĩa quan trọng trong việc phân loại các HĐHC, phân biệt HĐHC với các loại hợp đồng theo luật tư khác, với quyết định hành chính, hành vi hành chính. Thông qua các đặc điểm của HĐHC có thể xác định được các HĐHC đang tồn tại trong các dạng HĐ khác ở nước ta hiện nay.

2.1.4 Phân loại hợp đồng hành chính

2.1.4.1 Phân loại hợp đồng hành chính trong pháp luật của một số quốc gia

Nhà nước tham gia vào hợp đồng hành chính với nhiều chủ thể khác nhau, có thể là các cơ quan nhà nước ở cấp trung ương với chính quyền địa phương, cũng

có thể là cơ quan nhà nước với bên tư nhân để thực hiện việc cung cấp các dịch vụ công. Việc xác định và phân loại các loại hợp đồng hành chính có sự khác biệt ở các quốc gia khác nhau. Theo quan điểm của các học giả Pháp⁷⁷ thì hợp đồng hành chính được phân loại thành một số loại sau: (1) Hợp đồng giao thầu công: là hợp đồng có đền bù do pháp nhân công pháp giao kết với các chủ thể khác của Nhà nước hoặc tư nhân (...) nhằm đáp ứng nhu cầu của pháp nhân công pháp đó về xây dựng công trình, mua sắm hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ (Điều 1 Bộ pháp điển về giao thầu công); (2) Hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công: là hợp đồng theo đó một pháp nhân công pháp giao việc quản lý một dịch vụ công thuộc phạm vi trách nhiệm của mình cho một đối tác nhà nước hoặc tư nhân, thù lao cho người được ủy quyền phụ thuộc chủ yếu vào kết quả khai thác dịch vụ đó (Luật ngày 11/12/2001); (3) Hợp đồng hợp tác công – tư là các hình thức hợp tác giữa cơ quan công quyền và giới doanh nghiệp, nhằm đảm bảo cho việc đầu tư, xây dựng, cải tạo, quản lý và bảo dưỡng một sở hạ tầng hoặc cung cấp một dịch vụ nào đó, (4) Các loại hợp đồng hành chính khác như hợp đồng lao động với nhân viên làm việc theo hợp đồng trong cơ quan nhà nước, hợp đồng cho phép tư nhân sử dụng tài sản công, hợp đồng dàn xếp hành chính – trong đó các bên chấm dứt tranh chấp hành chính hoặc phòng ngừa tranh chấp xảy ra, có xu hướng được sử dụng nhiều hơn.

Trong khi đó, các học giả ở Đức lại phân loại hợp đồng hành chính thành hai loại: Hợp đồng hành chính có thể là hợp đồng phối hợp (Co-ordinate administrative contracts) hoặc hợp đồng cấp dưới (subordinate contract)⁷⁸. Hợp đồng hành chính phối hợp là hợp đồng được thực hiện giữa các cơ quan hành chính có địa vị hoặc cấp bậc ngang nhau hoặc gần như ngang nhau hoặc giữa các tư nhân về quyền và nghĩa vụ công. Ví dụ, như vậy, là các hợp đồng giữa hai hoặc nhiều cơ quan hành chính để thiết lập quan hệ đối tác hoặc để thay đổi các giới hạn của thành phố, hoặc để tài trợ cho một trường học, hoặc bảo trì những cây cầu hoặc con đường chung,

⁷⁷ M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, tr.389 – 401.

⁷⁸ Mahendra P. Singh (1985) *Administrative Powers: Contracts, Private-Law Acts, Real Acts, and Planning*. In: *German Administrative Law*, Springer, Berlin, Heidelberg, tr.51.

hoặc một hợp đồng giữa hai tư nhân để phân định các khu vực săn bắn hoặc duy trì dòng chảy của nước, v.v. Thực tế, các hợp đồng phối hợp liên quan đến những mối quan hệ không thể được điều chỉnh bởi một hành vi hành chính. Trong khi đó, hợp đồng cấp dưới được thực hiện giữa các bên đứng ở vị trí cấp trên và cấp dưới, một bên là chính quyền và một bên là công dân hoặc bất kỳ pháp nhân cấp dưới nào khác. Nó có thể được thực hiện theo một cơ quan có thẩm quyền theo luật định rõ ràng hoặc theo quyết định của chính quyền khi một biện pháp đơn phương trong hình thức của một hành vi hành chính là không cần thiết để quy định một vấn đề. Do đó, thông qua một hợp đồng cấp dưới, cơ quan quản lý thực hiện những gì mà nó có thể được thực hiện bởi một hành vi hành chính.

Ở Mỹ, các hợp đồng chính phủ được sử dụng phổ biến ở cả cấp bang và liên bang dưới nhiều hình thức khác nhau như sau⁷⁹: (1) Hợp đồng mua bán hàng hóa và dịch vụ (Contracting for Goods and Services): Đây là hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ đặc biệt của cơ quan nhà nước từ một nguồn tư nhân, kể cả các giao dịch một lần hoặc thường xuyên. Đây được coi là hình thức sớm nhất của tư nhân hóa, khi mà từ thời Tổng thống Washington đã mua hàng hóa, dịch vụ từ bên tư nhân. Khi một người đồng ý cung cấp một chiếc máy bay, một cây cầu, dịch vụ bảo vệ theo các tiêu chuẩn cụ thể với một giá cả do cơ quan nhà nước đưa ra. Thông thường, khi nhiều người cung cấp hoàn thành hợp đồng, chính phủ sẽ chọn ra người cung cấp có giá cả thấp nhất mà vẫn đáp ứng được các tiêu chuẩn. Sự cạnh tranh như vậy là cách lý tưởng để tìm ra phương án hiệu quả nhất về chi phí. Ví dụ, năm 2013, Dịch vụ bưu chính Hoa Kỳ (US Postal Service) đã thay mới hợp đồng với FedEx để cung cấp dịch vụ vận tải hàng không đối với chuyển phát nhanh và thư từ. Theo các sửa đổi này, cơ quan Dịch vụ Bưu chính Hoa Kỳ đã có dịch vụ tốt nhất với giá rẻ nhất. (2) Hợp đồng Đối tác công – tư (Public-private partnership): Đây là hình thức mà một hoặc nhiều cơ quan nhà nước và tổ chức phi chính phủ cùng đầu tư và có quyền hành đối với một dự án trong một thời hạn nhất định. Hình thức này

⁷⁹ William C. Johnson, *Public Administration Partnerships in Public Service*, Waveland Press, 5th edition, 2014, p.81-85.

thường được sử dụng trong lĩnh vực duy trì và vận hành các đường cao tốc. Khi mà các bang chỉ có ngân sách ngắn hạn cho vấn đề này nên muốn kết hợp với các nhà đầu tư tư nhân chung tay làm để chia sẻ rủi ro (tất nhiên với bên tư là lợi ích tài chính).

Hợp đồng chính phủ ở Anh⁸⁰ được sử dụng phổ biến trong các lĩnh vực giao thông, y tế, nhà ở xã hội, an sinh xã hội và thực hiện theo 5 hình thức, có thể là hợp đồng hoặc hình thức tương đương với hợp đồng như sau: *Thứ nhất, hợp đồng lao động đối với công chức và người lao động khác trong khu vực công*. Khoảng 20% lao động ở Anh trong khu vực công, tính cả chính quyền ở trung ương và địa phương, cảnh sát, lực lượng quân đội, người cung cấp dịch vụ công; *Thứ hai, hợp đồng có đối tượng là hàng hóa, dịch vụ công*. Hoạt động chính của loại hợp đồng này mua bán hàng hóa, dịch vụ công. Mua sắm chính phủ là hoạt động có truyền thống lâu đời, với các hoạt động mua sắm trang thiết bị, phương tiện phục vụ cho hoạt động của các chính quyền nhà nước từ trong lịch sử xa xưa. Ngày nay, vai trò của chính phủ như là người mua còn nhiều hơn là nhà cung cấp ngay cả trong một số lĩnh vực mà được coi là truyền thống như nhà tù; *Thứ ba, hợp đồng tài chính tư - PFI (Private Finance Initiative) hoặc đối tác công tư - PPP (Public – Private – Partnership)*. Hợp đồng PFI liên quan đến vốn và tài sản hơn là hàng hóa, dịch vụ; *Thứ tư, thỏa thuận nhượng quyền và cấp phép*. Nhượng quyền là một trong những quy định kinh tế trong đó chính phủ trao quyền độc quyền cho một công ty cụ thể, thường sau một quá trình đấu thầu cạnh tranh; *Thứ năm, thỏa thuận nội bộ giữa các cơ quan nhà nước mà có tính chất như hợp đồng*. Thỏa thuận này thường thực hiện trong việc cung cấp hàng hóa, dịch vụ công như dịch vụ bệnh viện, dịch vụ cứu thương...

2.1.4.2 Phân loại hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Trên cơ sở nghiên cứu về các loại hợp đồng hành chính ở một số quốc gia có thể nhận thấy một số loại hợp đồng hành chính tương ứng ở Việt Nam nhưng đang tuân

⁸⁰ A.C.L. Davies (2008), *The public law of government contracts*, Oxford University Press, tr.16-30.

theo các quy định của hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại. Một số loại hợp đồng hành chính chủ yếu như sau: Hợp đồng mua bán hàng hoá và dịch vụ công của cơ quan nhà nước, Hợp đồng uỷ quyền thực hiện dịch vụ công, Hợp đồng đối tác công tư, Hợp đồng làm việc của viên chức và người lao động trong khu vực nhà nước; Hợp đồng cho phép sử dụng tài sản công và một số hợp đồng khác.

Hợp đồng mua bán hàng hoá và dịch vụ công của cơ quan nhà nước tương ứng với hợp đồng giao thầu công (Pháp), hợp đồng mua bán hàng hoá và dịch vụ (Mỹ), hợp đồng có đối tượng là hàng hoá, dịch vụ công (Anh). Hợp đồng này còn có tên gọi thông dụng là mua sắm chính phủ, nghĩa là cơ quan nhà nước ký kết hợp đồng với bên tư nhân để mua sắm hàng hoá, dịch vụ công đáp ứng yêu cầu hoạt động của cơ quan nhà nước đó. Chẳng hạn, cơ quan nhà nước có thẩm quyền thông qua hoạt động đấu thầu để mua bán thuốc, trang thiết bị y tế phục vụ cho hoạt động khám chữa bệnh của các cơ sở y tế, bệnh viện công.

Hợp đồng uỷ quyền thực hiện dịch vụ công là hợp đồng theo đó cơ quan nhà nước giao cho công ty tư nhân việc khai thác dịch vụ công, xuất phát từ quan điểm cho rằng cơ quan hành chính nhà nước có thể giảm đầu tư mà vẫn tăng cường hiệu quả cho hoạt động nhà nước, bằng cách giảm bớt việc tự mình trực tiếp cung cấp dịch vụ công, để chú trọng vào việc quy định các phương thức và điều kiện cho tư nhân thực hiện một số dịch vụ công dưới sự giám sát của nhà nước. Hợp đồng uỷ quyền thực hiện dịch vụ công đang được thực hiện trong lĩnh vực xử lý chất thải, phân phối nước sạch, quản lý công trình, thiết bị thể thao và văn hoá ở Pháp nhưng ở Việt Nam thì chưa phổ biến, mới chỉ có hợp đồng dân sự trong lĩnh vực thu gom rác thải sinh hoạt giữa chính quyền địa phương với cá nhân, doanh nghiệp, hợp tác xã kinh doanh thu gom rác thải; thoả thuận (hoặc hợp đồng) thực hiện dịch vụ cấp nước giữa UBND cấp tỉnh hoặc cơ quan được uỷ quyền với doanh nghiệp.

Hợp đồng đối tác công tư là hình thức hợp tác giữa cơ quan công quyền và giới doanh nghiệp nhằm đảm bảo cho việc xây dựng, cải tạo, quản lý hoặc bảo dưỡng

một cơ sở hạ tầng hoặc cung cấp một dịch vụ nào đó⁸¹. Hợp đồng này được thiết lập trên tư tưởng cho rằng quan hệ công tư cho phép phát huy mọi khả năng sáng tạo, huy động các nguồn lực của khu vực tư nhân vào phát triển dịch vụ công. Có thể thấy các nước trên thế giới ngày càng có khuynh hướng chuyển dần sang khu vực tư nhân để cung cấp các dịch vụ công về cơ sở hạ tầng trong lĩnh vực giao thông, năng lượng, điện, nước, thông tin liên lạc, giáo dục, y tế, văn hoá, thể thao... Ở Việt Nam, các hình thức PPP chủ yếu là đầu tư cơ sở hạ tầng, một số ít trong các lĩnh vực dịch vụ công và đạt được kết quả nhất định.⁸²

Hợp đồng lao động giữa nhà nước với người lao động trong khu vực công ở Việt Nam có hợp đồng làm việc của viên chức theo Luật viên chức 2010, sửa đổi năm 2019; hợp đồng lao động đối với một số loại công việc trong cơ quan hành chính và đơn vị sự nghiệp công lập theo Nghị định số 111/2022/NĐ-CP.

Hợp đồng cho phép sử dụng tài sản công ở Việt Nam cũng rất nhiều xuất phát từ đặc điểm đặc thù của nước ta khi quyền sở hữu đất đai thuộc về nhà nước, chẳng hạn như hợp đồng hợp đồng giao đất, cho thuê đất, hợp đồng giao khoán đất rừng...

Căn cứ vào tính chất và phân loại DVC của học giả Phạm Chi Mai (2003), có một số hợp đồng hành chính trong ba lĩnh vực cung cấp DVC. Hợp đồng hành chính trong lĩnh vực dịch vụ hành chính công sẽ xuất hiện các hợp đồng phát sinh trong quá trình quản lý hành chính nhà nước như: hợp đồng lao động của viên chức, hợp đồng nghiên cứu khoa học, hợp đồng sử dụng tài sản công. Đối với lĩnh vực dịch vụ công ích có hợp đồng đối tác công tư (hợp đồng PPP) có thể thực hiện trên các lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng, giáo dục, y tế, văn hóa... Đối với lĩnh vực dịch vụ công thiết yếu chính hợp đồng cung cấp dịch vụ công thiết yếu là hợp đồng uỷ quyền thực hiện dịch vụ công. Mỗi loại hợp đồng trong các lĩnh vực đó đều có một số đặc điểm đặc thù, đòi hỏi yêu cầu về pháp luật điều chỉnh khác nhau cho phù hợp.

⁸¹ M. Lombard, Gilles Dumont (2007), sđd, tr396.

⁸² Xem Phụ lục 2.

HĐHC trong lĩnh vực dịch vụ hành chính công gồm có một số hợp đồng hành chính phát sinh trong quá trình thực hiện các hoạt động thuộc chức năng của nhà nước như: quản lý người lao động trong khu vực công, hợp đồng nghiên cứu khoa học, hợp đồng trong lĩnh vực sử dụng tài sản nhà nước (ví dụ hợp đồng giao đất, cho thuê đất,...). Hợp đồng trong lĩnh vực hành chính công tương ứng với loại hợp đồng phối hợp ở Đức. Theo đó, đều có sự xuất hiện của các bên là cơ quan nhà nước hoặc liên quan đến sử dụng tài sản nhà nước. Trong phạm vi luận án này, các hợp đồng hành chính công không được đặt trọng tâm nghiên cứu vì tác giả đánh giá các quy định của các loại hợp đồng này đã khá toàn diện và mang những đặc thù riêng đáp ứng yêu cầu của quản lý hành chính nhà nước ở Việt Nam phù hợp với về điều kiện chính trị - lịch sử hiện nay. Bên cạnh đó, hợp đồng uỷ quyền cung cấp dịch vụ công và các hợp đồng đối tác công tư đang phát triển mạnh mẽ ở các quốc gia trên thế giới để cung cấp dịch vụ công. Cần phải cân bằng lợi ích của nhà nước và tư nhân để thúc đẩy quan hệ đối tác công tư, bảo vệ người tiêu dùng dịch vụ công. Do vậy, đây là những loại hợp đồng hành chính chủ yếu mà luận án này nghiên cứu.

HĐHC trong lĩnh vực cung cấp DVC thiết yếu là các hợp đồng uỷ quyền cung cấp điện, nước sạch sinh hoạt, vệ sinh môi trường, vận tải công cộng... trong phạm vi nhất định. Dịch vụ công cho tư nhân cung cấp thì đòi hỏi chính quyền luôn có vai trò, trách nhiệm rất lớn. Chính quyền phải quản lý, giám sát chất lượng dịch vụ công và phản ứng trước các sự cố trong việc cung cấp dịch vụ công của tư nhân để bảo vệ quyền của người tiêu dùng dịch vụ công. Bên tư nhân (cá nhân hoặc doanh nghiệp tư nhân) có nhiều thế mạnh khi tham gia cung cấp dịch vụ công. Tuy nhiên, vì tư nhân thường chạy theo lợi nhuận nên họ thường bỏ qua những giá trị khác. Nếu trong thị trường dịch vụ công không có cạnh tranh về chất lượng thì rủi ro của việc chất lượng không đảm bảo sẽ rất lớn. Doanh nghiệp sẽ đặt tiêu chí chất lượng xuống dưới lợi nhuận. Người tiêu dùng dịch vụ công thiết yếu phải mua các dịch vụ công với giá do người cung cấp đưa ra, họ không có quyền thỏa thuận về giá và cũng không có quyền lựa chọn nhà cung cấp do mỗi doanh nghiệp cung cấp được

giao hoạt động trong một phạm vi địa giới hành chính cụ thể⁸³. Vậy, trường hợp khi doanh nghiệp cung cấp không đảm bảo chất lượng, gây thiệt hại cho người tiêu dùng DVC thì người dân có quyền khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại. Lúc này nhà nước không trực tiếp cung cấp dịch vụ công mà thông qua bên tư nhân, tuy nhiên nhà nước vẫn có trách nhiệm và can thiệp để điều tiết hoạt động này, nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của người dân. Thông qua các HĐHC trong lĩnh vực DVC thiết yếu thì nhà nước ủy quyền cho doanh nghiệp để thực hiện việc cung cấp DVC, khi đó Doanh nghiệp cung cấp DVC theo các yêu cầu, tiêu chuẩn chất lượng, giá DVC mà nhà nước đưa ra.

Đối tác công tư được định nghĩa: “Đối tác công tư là phương pháp đổi mới được khu vực công sử dụng để ký hợp đồng với khu vực tư nhân, những người sử dụng vốn và khả năng để thực hiện các dự án đúng thời hạn và ngân sách, trong khi khu vực công giữ trách nhiệm cung cấp các dịch vụ này cho công chúng theo cách có lợi cho lợi ích công cộng và mang lại sự phát triển kinh tế và cải thiện chất lượng cuộc sống của người dân”⁸⁴. Một cách khái quát, PPP có thể được mô tả là các mối quan hệ có thể được thiết lập giữa các thực thể công và thực thể tư trong lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng và các dịch vụ khác. Các thực thể công ở đây là các cơ quan nhà nước, gồm các bộ ngành, chính quyền địa phương hay doanh nghiệp nhà nước. Đối tác tư nhân có thể ở địa phương hoặc có phạm vi hoạt động quốc tế và có thể gồm các cơ sở kinh doanh và nhà đầu tư có chuyên môn kỹ thuật hay tài chính liên quan tới dự án. Các dự án PPP cũng có thể có sự tham gia của các tổ chức phi chính phủ hoặc các tổ chức cộng đồng đại diện cho bên bị ảnh hưởng bởi dự án. Phần đóng góp của chính phủ vào dự án có thể là vốn đầu tư (qua khoản thu thuế), tài sản hay các cam kết khác. Phía tư nhân vận dụng chuyên môn về thương mại, quản lý, vận

⁸³ Ví dụ: Công ty cổ phần kinh doanh nước sạch sông Đà đang cung cấp nước sạch cho toàn bộ khu vực Tây Nam Hà Nội gồm các quận: Thanh Xuân, Hoàng Mai, Cầu Giấy, Hà Đông và một số quận nội thành cùng một số khu vực khác thuộc hệ thống cấp nước chuỗi đô thị "Sơn Tây - Hòa Lạc- Xuân Mai - Miếu Môn - Hà Nội - Hà Đông". Nguồn: <https://vnexpress.net/nguon-nuoc-sach-ha-noi-bi-nhiem-dau-thai-3996574.html>, truy cập 21/04/2021.

⁸⁴ UN (2008), *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, tr.1. <https://unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>, truy cập ngày 25/04/2021.

hành và đổi mới để dự án hoạt động hiệu quả. Ngoài ra phía tư nhân cũng có thể góp vốn tùy thuộc vào dạng hợp đồng. Trên thế giới, các dự án PPP đã xuất hiện ở các lĩnh vực: sản xuất và phân phối năng lượng, nước và vệ sinh, xử lý rác, đường ống dẫn, bệnh viện, công trình trường học và thiết bị giảng dạy, sân vận động, kiểm soát không lưu, nhà tù, đường sắt, đường bộ, lập hóa đơn điện tử và các hệ thống công nghệ thông tin khác, và nhà ở.⁸⁵

Phương thức đối tác công tư giữa nhà nước và tư nhân kết hợp với nhau (Public Private Partnership) được thực hiện thông qua các điều khoản của hợp đồng hợp tác công tư (Public Private Partnership Contract - Hợp đồng PPP). Hợp đồng PPP có một bên là cơ quan nhà nước nên có nhiều điểm khác biệt so với hợp đồng tư như hợp đồng dân sự, thương mại, lao động. Cơ quan nhà nước tham gia vào hợp đồng này cùng với chức năng quản lý nhà nước và cung cấp dịch vụ công làm một số đặc điểm của hợp đồng đối tác công tư trở nên đặc thù hơn, đòi hỏi điều chỉnh bởi một số quy định của luật công bên cạnh các quy định của luật tư. Đây là đặc điểm giống nhau được ghi nhận trong pháp luật nhiều quốc gia trên thế giới. Trong các quốc gia Civil Law, các hợp đồng này được biết là một loại của hợp đồng hành chính phải tuân theo các quy định của luật công và giải quyết tranh chấp tại tòa án hành chính⁸⁶; trong khi đó, các quốc gia Common law gọi là hợp đồng chính phủ, hợp đồng này cũng phải tuân theo các quy tắc của luật công bên cạnh quy định luật tư, giải quyết tranh chấp tại tòa án thường⁸⁷, ngoài ra khu vực Liên minh Châu Âu thì gọi là hợp đồng công để điều chỉnh theo quy chế mua sắm công áp dụng đối với tất cả các quốc gia thành viên⁸⁸.

Hợp đồng đối tác công tư có một số đặc điểm như sau:

Hợp đồng PPP không chỉ quan tâm tới lợi ích của phía Nhà nước hay phía Nhà đầu tư mà còn quan tâm tới lợi ích của cộng đồng – người dân sử dụng dịch vụ

⁸⁵ Asian Development Bank, “Public-Private Partnership Handbook”, tr.2

⁸⁶ M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, tr.396.

⁸⁷ A.C.L Davies (2008), *sđd*, p.8.

⁸⁸ <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/france>, truy cập ngày 20/04/2021.

công. Bên cạnh các đặc điểm của một hợp đồng nói chung như sự thỏa thuận, thống nhất ý chí của các bên, nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng; hợp đồng trong lĩnh vực cung cấp dịch vụ công còn mang tính chất công. Tính công có ảnh hưởng đến các quy định của hợp đồng PPP như quá trình hình thành, ký kết, thực hiện hợp đồng dự án phải đảm bảo yếu tố công khai, minh bạch. Đây phải được coi nguyên tắc quan trọng nhất đối với hợp đồng PPP. Ngoài ra, nhà nước có một số đặc quyền để bảo đảm hợp đồng đáp ứng mục đích công; hợp đồng gắn với kiểm tra giám sát từ phía nhà nước, xã hội; trách nhiệm giải trình từ phía nhà nước.

Liên quan tới hợp đồng PPP có người dân với tư cách là người sử dụng cơ sở hạ tầng, dịch vụ công. Thậm chí gần đây còn xuất hiện mô hình hợp đồng đối tác công – tư – cộng đồng (Private-Public-Community Partnership). Phương thức đối tác công - tư - cộng đồng (PPCP) là một mô hình hoạt động hợp tác được sử dụng để đạt được sự phát triển bền vững, trong đó ba bên cùng phát triển một dự án, dịch vụ cùng có lợi và mang lại lợi ích tối đa cho cộng đồng. Trong khuôn khổ phương thức hợp tác này, khu vực tư nhân sẽ nhận được lợi ích lâu dài trong ổn định chuỗi nhà sản xuất và người tiêu dùng. Khu vực công sẽ được hưởng lợi với các nguồn lực bổ sung và giá trị của các khoản đầu tư và sự đảm bảo về sự tham gia và quyền sở hữu của các bên; trong khi cộng đồng sẽ được hưởng lợi trong có được các dịch vụ công với việc tiếp thu các kỹ năng, kiến thức và công nghệ mới phục vụ cho đời sống con người.⁸⁹

Hợp đồng đối tác công tư có thể phân loại thành hợp đồng đối tác công tư trong lĩnh vực kết cấu hạ tầng, lĩnh vực y tế, lĩnh vực giáo dục, ... Sự phân chia theo lĩnh vực có giá trị rất lớn đối với xây dựng pháp luật bởi vì mỗi lĩnh vực đều có những đặc thù riêng cần có pháp luật về hợp đồng phù hợp trong từng lĩnh vực đó, tạo điều kiện thúc đẩy phương thức đối tác công tư phát triển. Chẳng hạn, đối với các tranh chấp hợp đồng PPP trong lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng nên tiếp cận, ưu tiên xử lý tranh chấp PPP bằng hình thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại.

⁸⁹ <https://penabulufoundation.org/en/public-private-community-partnership/>, truy cập ngày 20/05/2021.

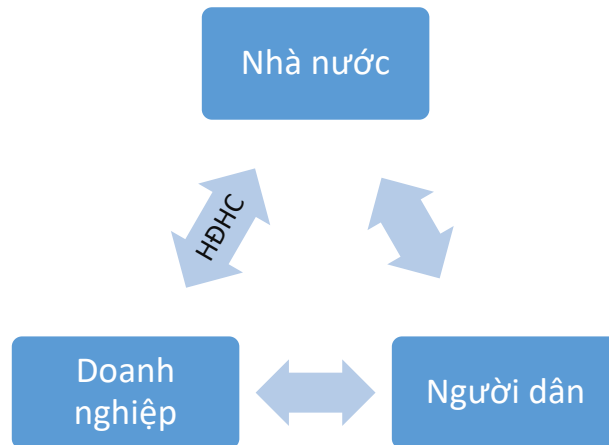
Đây là lựa chọn hiệu quả, giảm khả năng các tranh chấp PPP bị đẩy thành các vụ kiện về đầu tư theo các hiệp định bảo hộ đầu tư (BITs) hoặc các hiệp định thương mại mới (FTAs).

Cung cấp dịch vụ công thông qua hợp đồng đối tác công tư đem lại nhiều giá trị đối với quản trị của nhà nước, đối tác tư nhân, người tiêu dùng, thúc đẩy phát triển kinh tế và công bằng xã hội. Đối với nhà nước, dịch vụ công được chuyển giao phần lớn cho bên tư nhân giúp nhà nước hoạt động hiệu quả hơn. Bên tư nhân tham gia vào hợp đồng hợp tác công tư có thể gia tăng uy tín, phát triển hoạt động của mình ở tầm quốc gia, sử dụng hiệu quả các thế mạnh của mình về tài chính, quản trị, công nghệ thông tin, công nghệ kỹ thuật mới. Người tiêu dùng có nhiều nhu cầu khác nhau từ cơ bản đến nhu cầu dịch vụ công chất lượng cao (đặc biệt trong các lĩnh vực giáo dục, y tế), nhờ có hợp tác công tư cung cấp dịch vụ có thể đáp ứng được nhu cầu đa dạng và yêu cầu cao của người tiêu dùng hiện nay. Ở nhiều quốc gia trên thế giới có sự thành công về mô hình hợp tác công tư cung ứng dịch vụ công, vai trò của hợp đồng đối tác công tư như cú hích của nền kinh tế, đặc biệt trong bối cảnh sau khủng hoảng. Ngoài ra, hợp đồng đối tác công tư góp phần duy trì, thúc đẩy công bằng xã hội, nhờ có hợp đồng hợp tác công tư cung ứng dịch vụ công mà dịch vụ cơ bản được đáp ứng cho người dân ở khắp các địa phương trên cả nước – đó cũng là yêu cầu bảo đảm quyền con người trong các nhu cầu tối thiểu (điện, nước sạch, giao thông vận tải, thông tin liên lạc...) mà thuộc về chức năng của nhà nước phải đáp ứng cho cộng đồng trong lãnh thổ quốc gia của mình⁹³.

Khi nhà nước tham gia vào quan hệ hợp đồng này có liên quan tới quan hệ ba bên: Nhà nước – doanh nghiệp – người dân (tiêu dùng DVC). Trong đó giữa nhà nước và doanh nghiệp tư nhân ký kết hợp đồng với nhau để thực hiện một dịch vụ công như xây dựng cơ sở hạ tầng, y tế, giáo dục...chính là các hợp đồng hành chính. Người tiêu dùng là người trực tiếp sử dụng dịch vụ công và trả tiền cho việc tiêu dùng DVC đó. Tuy nhiên, nếu giá/phí DVC không hợp lý, chất lượng DVC

⁹³ Hà Thị Út (2021), “Pháp luật về hợp đồng đối tác công tư trong cung ứng dịch vụ công – kinh nghiệm của một số quốc gia và định hướng hoàn thiện ở Việt Nam”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, tháng 6/2021.

không đảm bảo, gây ra thiệt hại thì người dân có thể làm gì để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình? Quy định pháp luật về các HĐHC trong lĩnh vực cung cấp dịch vụ sự nghiệp công phải giải quyết được những vấn đề đó, nhằm duy trì, phát triển bền vững quan hệ đối tác công tư nhà nước và doanh nghiệp, đồng thời đáp ứng các yêu cầu về phục vụ người dân như vai trò của nhà nước trong xã hội.



Mô hình hợp đồng hành chính (trường hợp là Hợp đồng PPP).

2.2. Một số vấn đề lý luận về pháp luật đối với hợp đồng hành chính

2.2.1 Khái niệm pháp luật về hợp đồng hành chính

Nhà nước tham gia vào quan hệ hợp đồng với tư nhân có từ rất sớm trong lịch sử phát triển của xã hội. Cho đến nay, trong thực tiễn phát triển của khung pháp luật liên quan đến hợp đồng hành chính cho thấy những vấn đề chung được quan tâm điều chỉnh như quyền bình đẳng, minh bạch trong việc tiếp cận hợp đồng hành chính của cá nhân, tổ chức trong xã hội; các nội dung của hợp đồng bảo vệ cả hai bên của hợp đồng, không chỉ bên cơ quan nhà nước mà phía tư nhân trong hợp đồng cũng cần quan tâm thỏa đáng để duy trì ổn định của quan hệ hợp đồng; xử lý những phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng như bên tư nhân không còn đáp ứng điều kiện của hợp đồng hành chính hoặc các hoàn cảnh khách quan cản trở hợp đồng hành chính; giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính. Do mỗi bên trong hợp đồng theo đuổi mục đích khác nhau, bên tư nhân hướng tới lợi nhuận cho mình, còn bên cơ quan nhà nước hướng tới lợi ích công, do vậy quy định về hợp đồng

hành chính cần hướng tới đáp ứng được mục đích của các bên mới duy trì được quan hệ hợp đồng.

Trong quan hệ hợp đồng hành chính, nguồn luật điều chỉnh có nhiều sự khác biệt so với hợp đồng theo luật tư, do sự tham gia của Nhà nước với tư cách một bên hợp đồng làm cho hợp đồng này mang hai tính chất là công và tư, HĐHC chịu sự điều chỉnh của cả luật tư và luật công.

Trong đó, các quy định của luật tư trong Bộ luật dân sự là những quy định nền tảng của hợp đồng hành chính, tính chất của hợp đồng chi phối bản chất của hợp đồng hành chính, trước hết HĐHC là một hợp đồng nên phải là kết quả của sự thỏa thuận, sự thống nhất ý chí và đồng thuận qua quá trình đàm phán hợp đồng giữa các bên (nhà nước với tư nhân hoặc nhà nước với nhau). Do đó, HĐHC phải tuân theo các quy định của luật dân sự có liên quan như các nguyên tắc của hợp đồng, điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, hợp đồng vô hiệu. Chẳng hạn theo Bộ luật dân sự năm 2015, điều kiện có hiệu lực của hợp đồng tuân theo Điều 117 như sau: Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập; Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện; Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Do đó, các bên tham gia quan hệ hợp đồng hành chính trước hết phải tuân theo các điều kiện của Luật dân sự, kết hợp với các điều khác do luật công đưa ra đối với các hợp đồng hành chính cụ thể.

Có thể nói, tính công nổi trội hơn chi phối tính chất đặc trưng của hợp đồng hành chính. Tính công ở đây là HĐHC nhằm mục đích bảo vệ các lợi ích công của cộng đồng. Do đó, bên cạnh các quy định của luật tư, HĐHC chủ yếu được tuân thủ theo các quy định trong các ngành luật công điều chỉnh các loại hợp đồng hành chính cụ thể như các quy định trong luật hành chính, luật tổ tụng hành chính, Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư, luật đầu tư công, luật thuế, Luật quản lý ngân sách nhà nước, ...

Như vậy, các hợp đồng hành chính phải đồng thời tuân theo quy định của luật công và luật tư. Chẳng hạn điều kiện có hiệu lực của hợp đồng hành chính ở Albany phải tuân theo quy định của Điều 633 Bộ luật dân sự Albany và Điều 119 Bộ luật thủ tục hành chính Albania, các điều kiện để hợp đồng hành chính có hiệu lực bao gồm⁹⁴:

- (1) Tự do ý chí hợp đồng được các bên thể hiện rõ ràng. Đối với cơ quan nhà nước, tự do ý chí bị giới hạn trong quy định của luật, những trường hợp cơ quan nhà nước được phép ký kết hợp đồng, những trường hợp nào chỉ được thực hiện hành vi hành chính. Nếu cơ quan hành chính vi phạm, ký kết hợp đồng hành chính đối với hoạt động không được phép sử dụng hợp đồng sẽ ảnh hưởng tới hiệu lực của hợp đồng này.
- (2) Lý do pháp lý của việc giao kết hợp đồng hành chính luôn phải là cung cấp dịch vụ, công trình và hàng hoá vì lợi ích công (the public interest).
- (3) Đối tượng của hợp đồng hành chính phải luôn được xác định tại thời điểm ban đầu của một thủ tục hành chính dẫn tới ký kết bằng một hợp đồng hành chính. Trong trường hợp mua sắm công, đối tượng của hợp đồng được xác định trong các hành vi hành chính: Đơn đặt hàng mua sắm và thông báo hợp đồng, trước thủ tục hành chính và cần được thực hiện minh bạch.
- (4) Hình thức của hợp đồng hành chính phải luôn được viết thành văn bản, trừ khi pháp luật có quy định một hình thức cụ thể khác. Chẳng hạn như, hợp đồng liên quan đến hành vi công chứng hoặc hình thức điện tử. Luật cũng quy định rất khắt khe trong việc ký kết hợp đồng hành chính, quy định rằng hợp đồng này phải được ký kết bởi các bên hoặc đại diện theo cách thủ công hoặc điện tử, phù hợp với các phương thức được quy định trong luật. Chữ ký đại diện cho cơ quan công quyền dựa trên sự ủy quyền do cơ quan có liên quan cấp.

⁹⁴ Artan Spahiu (2017), “Public Interest Opposite the Freedom of Contractual Will in Administrative Contracts in the Republic of Albania”, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, Vol6 No2, p.37 – 48.

(5) Hình thức hợp đồng không bị pháp luật cấm sử dụng một cách rõ ràng hoặc không mâu thuẫn với bản chất của vấn đề hành chính. Trên thực tế, lệnh cấm ký kết hợp đồng hành chính thường không xuất hiện rõ ràng trong hình thức này mà là hình thức áp đặt việc ban hành một hành vi hành chính. Có nghĩa là cơ quan quản lý nhà nước không được giao kết hợp đồng hành chính khi việc ban hành một hành vi hành chính là một nghĩa vụ pháp lý bắt buộc một cách rõ ràng, vì vậy rằng nhà làm luật buộc cơ quan phải thực hiện chức năng của mình chỉ thông qua một hành vi hành chính và không thông qua hợp đồng. Do đó, cần lưu ý rằng các hợp đồng hành chính vô hiệu khi một quan hệ cụ thể trong lĩnh vực luật công không thể được điều chỉnh bởi hợp đồng nhưng chỉ bằng một hành vi hành chính.

(6) Cơ quan nhà nước được pháp luật ủy quyền cho toàn quyền quyết định vấn đề. Toàn quyền quyết định của cơ quan nhà nước vẫn phải tuân thủ các điều kiện sau: a) được luật quy định; b) không vượt quá giới hạn của luật; c) việc chọn một cơ quan công quyền thực hiện phù hợp với các nguyên tắc chung của Bộ luật thủ tục hành chính.

Có thể khái quát như sau: Pháp luật về hợp đồng hành chính là tổng hợp các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành nhằm điều chỉnh quan hệ xã hội phát sinh trong các hợp đồng hành chính nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của các bên liên quan trong hợp đồng, thúc đẩy sự phát triển của dịch vụ công.

2.2.2 Đặc điểm của pháp luật về hợp đồng hành chính

Pháp luật về hợp đồng hành chính - một loại hợp đồng để cung cấp dịch vụ công có một số đặc điểm như sau:

Thứ nhất, pháp luật về hợp đồng hành chính bao gồm các quy tắc của luật công và luật tư, trong đó những quy tắc của luật công chiếm ưu thế. Luật công ở đây chính là luật hành chính, ở một số quốc gia các quy định về hợp đồng hành chính được quy định trong Luật thủ tục hành chính (Đức, Mông Cổ, Seberia, Albany). Như vậy, xét ở góc độ nguồn luật, các quy tắc chính điều chỉnh hợp đồng hành chính là những quy tắc của luật công. Mặc dù hệ thống pháp luật Việt Nam

không có sự phân chia luật công và luật tư rõ ràng, nhưng qua đó có thể thấy luật áp dụng đối với hợp đồng hành chính ở các quốc gia trên thế giới dù thuộc Civil Law hay Common Law đều có những đặc thù chung xuất phát từ chính vai trò của hợp đồng hành chính trong xã hội. Do đó hợp đồng hành chính được điều chỉnh bằng quy chế pháp lý khác biệt, nếu chỉ coi như các hợp đồng dân sự, kinh tế như hiện nay thì khung pháp luật không đủ để điều chỉnh các hợp đồng hành chính, không bảo vệ được lợi ích công và phù hợp với thông lệ quốc tế. Trong bối cảnh mà Việt Nam gia nhập các điều ước quốc tế và tiếp nhận nhà đầu tư PPP nước ngoài thì rõ ràng không tương thích với các cam kết quốc tế.

Thứ hai, pháp luật điều chỉnh hợp đồng hợp đồng hành chính bảo vệ lợi ích của hai bên hợp đồng và lợi ích chung của cộng đồng. Khi nhà nước tham gia quan hệ hợp đồng hành chính, cần nhận thức lại vai trò của nhà nước. Lúc này về cơ bản là vị trí bình đẳng trong việc xác lập và thực hiện các cam kết trong hợp đồng. Hợp đồng phải là ràng buộc cao nhất đối với cơ quan nhà nước trong hợp đồng. Do đó, phải tuân thủ các cam kết và gánh chịu trách nhiệm hợp đồng. Pháp luật hợp đồng hành chính của Pháp cho thấy Nhà nước chỉ có thể có những quyền hạn đặc biệt hơn đối với việc thay đổi, chấm dứt hợp đồng nếu vì lợi ích công. Nhà nước không thể mang quyền lực để tiếp tục là một bên đứng trên bên kia của hợp đồng, rất khó để duy trì quan hệ hợp đồng lâu dài. Bên tư nhân trong hợp đồng cũng được bảo vệ các quyền lợi chính đáng và bình đẳng trong hợp đồng. Chỉ khi các quyền lợi chính đáng của bên tư nhân được đảm bảo mới thúc đẩy họ tham gia vào mô hình đối tác công tư hoặc nhượng quyền cung ứng dịch vụ công. Lợi ích công chi phối tới quyền nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, thực hiện, chấm dứt và giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính. Hợp đồng hành chính là phương tiện để cung ứng dịch vụ công, đáp ứng các lợi ích công của toàn xã hội. Chính yếu tố căn bản này làm hợp đồng hành chính có quy chế pháp lý khác biệt đối với các loại hợp đồng dân sự, kinh tế.

Thứ ba, pháp luật hợp đồng hành chính là công cụ để đảm bảo các quyền con người. Liên quan đến cung ứng dịch vụ công thông qua hợp đồng hành chính nhằm

đáp ứng các nhu cầu cơ bản thiết yếu của đời sống người dân từ cơ sở hạ tầng, giáo dục, y tế, điện, nước, vệ sinh môi trường ... Đây là các quyền con người được Hiến pháp ghi nhận như quyền được đảm bảo an sinh xã hội (Điều 34) quyền được bảo vệ, chăm sóc sức khỏe, bình đẳng trong việc sử dụng các dịch vụ y tế (Điều 38), quyền và nghĩa vụ học tập (Điều 39), Mọi người có quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hóa (Điều 41), quyền được sống trong môi trường trong lành (Điều 43),...Pháp luật về hợp đồng hành chính chính là công cụ để bảo vệ quyền cơ bản của con người, thúc đẩy sự phát triển của an sinh xã hội. Chẳng hạn để đảm bảo quyền được học tập của người dân, nhà nước có trách nhiệm cung cấp đủ trường học cho trẻ em theo học, tuy nhiên trong thời gian đã xảy ra tình trạng tình trạng phụ huynh học sinh phải gấp phiếu để nhận suất vào học mầm non do trường công lập không đáp ứng được nhu cầu học tập của con em trên địa bàn như đầu năm học vừa qua⁹⁵. Có thể có nhiều ý kiến phản biện cho rằng nếu không cho con vào trường mầm non công lập thì cho con học trường mầm non tư thục. Thực tế thì những trẻ không trúng tuyển vào trường Mầm non Hoàng Liệt năm học 2022-2023 sẽ đăng ký học tại 5 trường tư thục và 79 nhóm lớp độc lập trên địa bàn. Tuy nhiên vấn đề có sự khác biệt về chi phí học tập tại trường công và trường tư khiến cho nhiều gia đình không đủ điều kiện cho con theo trường tư thục. Trong khi đó trách nhiệm của nhà nước là cung cấp dịch vụ công cho người dân địa phương, đảm bảo quyền học tập của trẻ em. Giải pháp cho vấn đề này đã có chủ trương từ lâu là xã hội hoá giáo dục. Tuy nhiên, pháp luật về phương thức đối tác công tư trong lĩnh vực giáo dục còn nhiều hạn chế, chưa đầy đủ nên chưa thúc đẩy sự tham gia của tư nhân vào giáo dục. Do đó, pháp luật về hợp đồng hành chính rất quan trọng đối với vấn đề thúc đẩy an sinh xã hội, đảm bảo các quyền con người, quyền công dân.

2.2.3 Nội dung cơ bản của pháp luật về hợp đồng hành chính

Về luật hình thức, Hợp đồng hành chính là một loại hợp đồng khác biệt so với các hợp đồng dân sự thương mại, do đó cần có các quy định về hợp đồng hành

⁹⁵ <https://vtc.vn/phu-huynh-boc-tham-gianh-suot-hoc-mam-non-lanh-dao-quan-hoang-mai-noi-gi-ar697113.html>, truy cập ngày 15/10/2022.

chính trong các văn bản quy phạm pháp luật cụ thể hoặc trong các án lệ của toà án để xác định những đặc thù của hợp đồng hành chính đáp ứng yêu cầu của thực tiễn. Có các quốc gia thiết kế các quy định chung nhất hợp đồng hành chính trở thành một chế định pháp luật trong Luật thủ tục hành chính (Đức, Mông Cổ), sau đó các quy định cụ thể được quy định trong các văn bản pháp luật chuyên biệt; cũng có những quốc gia quy định về hợp đồng hành chính phần lớn từ các án lệ và một số đạo luật riêng biệt như Luật về hợp đồng công (Pháp).

Về luật nội dung, để thực hiện chức năng quản lý nhà nước về dịch vụ công, pháp luật về hợp đồng hành chính cần điều chỉnh những vấn đề từ giao kết hợp đồng hành chính, nội dung của hợp đồng hành chính, chấm dứt hợp đồng hành chính và giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính.

***Thứ nhất,** quy định về giao kết hợp đồng hành chính đảm bảo các yêu cầu đặc thù của hợp đồng hành chính.*

Khác biệt với các hợp đồng khác, HĐHC phải được công khai, minh bạch trong việc tiếp cận hợp đồng hành chính do đối tượng HĐHC liên quan dịch vụ công và hướng tới lợi ích công. Vì liên quan đến cung ứng dịch vụ công đòi hỏi phải có sự công khai, minh bạch từ giai đoạn đề xuất dự án, cách thức lựa chọn đối tác tư nhân, đảm bảo sự cạnh tranh công bằng giữa các nhà thầu. Quá trình ký kết hợp đồng hành chính cũng cần công bố công khai để người dân biết và giám sát. Chẳng hạn, theo thông lệ quốc tế phải công khai thông tin về hợp đồng PPP ở tất cả các giai đoạn hình thành cho tới chấm dứt hợp đồng. Cụ thể ở giai đoạn quyết định chủ trương đầu tư, hình thành ý tưởng về dự án đã phải công khai thông tin trong giai đoạn lập, thẩm định và phê duyệt báo cáo nghiên cứu khả thi dự án PPP. Nội dung công bố bao gồm những thông tin cơ bản về dự án. Riêng dự án do nhà đầu tư đề xuất, nếu dự án có nội dung liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ, bí mật thương mại, công nghệ hoặc các thỏa thuận huy động vốn để thực hiện dự án cần bảo mật, nhà đầu tư thỏa thuận với Bộ, ngành, UBND cấp tỉnh về nội dung thông tin công bố. Giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư, thành lập doanh nghiệp dự án và ký kết hợp

đồng dự án: trách nhiệm phải công khai thông tin về hợp đồng dự án, kể cả những nội dung được sửa đổi, bổ sung sau khi ký kết. Giai đoạn triển khai thực hiện dự án là giai đoạn nhà đầu tư tiến hành xây dựng, vận hành, khai thác công trình. Trong giai đoạn này, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án có trách nhiệm công khai báo cáo tài chính, báo cáo kiểm toán liên quan đến dự án. Giai đoạn chuyển giao công trình, là giai đoạn cuối cùng trong vòng đời của hợp đồng dự án yêu cầu công khai về việc chuyển giao công trình, thủ tục, thời hạn thanh lý hợp đồng, thanh toán các khoản nợ. Việc công khai minh bạch thông tin hợp đồng hành chính nhằm thực hiện giám sát của nhân dân và các bên liên quan hợp đồng.

Liên quan đến hợp đồng PPP, ngoài cơ quan nhà nước và nhà đầu tư, người dân sinh sống trong khu vực ảnh hưởng của dự án PPP không phải là chủ thể của hợp đồng PPP nhưng lại là bên liên quan vì hợp đồng PPP có đặc điểm là ảnh hưởng trực tiếp tới quyền và nghĩa vụ trong sử dụng dịch vụ công của cộng đồng đó. Do vậy, người dân với tư cách bên liên quan phải được tham gia vào quá trình hình thành hợp đồng PPP, người dân cũng phải được tham gia lấy ý kiến trực tiếp về nhu cầu, những ảnh hưởng của dự án PPP tới họ để điều chỉnh dự án cho phù hợp, đáp ứng yêu cầu và nguyện vọng thực sự của người dân.

Thứ hai, nội dung của hợp đồng hành chính quy định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng (cơ quan nhà nước và bên tư nhân).

Mặc dù quan hệ HĐHC rất đặc thù khi cơ quan nhà nước với tư nhân có địa vị là bất bình đẳng nhưng pháp luật hợp đồng hành chính phải có trách nhiệm bảo vệ mối quan hệ cân bằng tương đối giữa các bên trong hợp đồng, để duy trì sự lâu dài của quan hệ hợp đồng. Nguyên tắc bình đẳng là nguyên tắc cơ bản, cốt lõi của thiết chế pháp luật về hợp đồng. Hợp đồng được hình thành trên cơ sở sự thống nhất ý chí của các bên hợp đồng. Nguyên tắc được thể hiện trong pháp luật của các quốc gia theo mô hình hợp đồng hành chính (hợp đồng chính phủ/hợp đồng công) nên có thể nói đây là nguyên tắc cơ bản giá trị chung của nhân loại, phù hợp với thông lệ quốc tế. Trong hợp đồng hành chính, nguyên tắc bình đẳng thể hiện ở các khía cạnh

như sự bình đẳng, không phân biệt đối xử trong cơ hội tiếp cận đến để bên tư nhân ký kết hợp đồng công với nhà nước, trong quá trình đàm phán hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên hợp đồng, thực hiện hợp đồng hành chính, chấm dứt hợp đồng hành chính và giải quyết tranh chấp HĐHC. Nguyên tắc này đòi hỏi mối quan hệ công tư giữa Nhà nước và khu vực tư nhân cần phải có sự thay đổi để thích ứng với thời cuộc, đồng thời cơ quan Nhà nước cần thay đổi tư duy quản lý kinh tế. Với vị trí bất bình đẳng của các bên trong HĐHC (ngoại trừ HĐHC có hai bên đều là cơ quan công quyền) giữa các bên hợp đồng, nguyên tắc này đặt ra yêu cầu đối với pháp luật về HĐHC phải đặt ra giới hạn cho việc sử dụng đặc quyền của nhà nước, tránh lạm quyền và phòng ngừa tham nhũng. Do đó, mặc dù có những sự đặc thù trong quan hệ hợp đồng hành chính như mục đích của mỗi bên tham gia HĐHC khác nhau, vị trí của các bên trong hợp đồng hành chính là bất bình đẳng thì pháp luật HĐHC phải giải quyết được các vấn đề pháp lý phát sinh để thúc đẩy mối quan hệ công tư này. Pháp luật HĐHC duy trì sự cân bằng của HĐHC thể hiện ở việc nếu cơ quan công quyền có quyền đơn phương chấm dứt HĐHC vì lợi ích công thì đối lại bên tư nhân cũng có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại hợp lý do bị đơn phương chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, một trong điểm mấu chốt của hợp đồng hành chính là nhà nước tham gia vào quan hệ hợp đồng hành chính thì ràng buộc bởi hợp đồng và hợp đồng là luật tối cao phải thực hiện các nghĩa vụ, gánh chịu trách nhiệm hợp đồng khi không thực hiện các cam kết hợp đồng. Đối với bên tư nhân cần có cơ chế chia sẻ rủi ro với nhà nước trong các hợp đồng hành chính. Mặc dù nói, phần lớn rủi ro trong hợp đồng hành chính được chuyển giao cho tư nhân nhưng có những rủi ro do chính nhà nước tạo ra như sự thay đổi chính sách, pháp luật thì cần có sự phân định rủi ro cùng với tư nhân.

Tuy nhiên, nguyên tắc bình đẳng cũng có những ngoại lệ đối với hợp đồng hành chính, chẳng hạn vì lợi ích chung mà cơ quan nhà nước có quyền chấm dứt hợp đồng. Trong quan hệ HĐHC, cơ quan nhà nước thường có những quyền sau: (1) Cơ quan công quyền ký hợp đồng hợp đồng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng hành chính nếu lợi ích công bị vi phạm; (2) Cơ quan công quyền có quyền đơn

phương sửa đổi hợp đồng hành chính; (3) Cơ quan nhà nước trong việc đàm phán hợp đồng hành chính bị giới hạn trong các quy định của pháp luật, phù hợp các quy định pháp luật về quản lý hành chính đối với lĩnh vực trong hợp đồng và thẩm quyền được quy định.

Trong nội dung của hợp đồng hành chính cần quan tâm đến các điều khoản quá lệ, pháp luật quy định cho phía bên cơ quan nhà nước một số đặc quyền trong quá trình thực hiện hợp đồng để đảm bảo duy trì và bảo vệ lợi ích công. Đó là các quyền như quyền chỉ đạo và kiểm tra đối tác của mình, để giám sát cung cách thực thi nhiệm vụ bảo đảm dịch vụ công phù hợp nhất; Quyền xử phạt vi phạm hợp đồng; Quyền sửa đổi đơn phương các điều khoản của hợp đồng; quyền huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng. Chẳng hạn quyền chấm dứt hợp đồng hành chính sẽ có một số trường hợp chấm dứt hợp đồng hành chính đơn phương từ phía cơ quan nhà nước vì lý do lợi ích công. Khi bên tư nhân không đáp ứng được các yêu cầu việc cung cấp dịch vụ công theo yêu cầu, tiêu chuẩn của nhà nước đặt ra thì bên cơ quan nhà nước có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đối với bên tư nhân và tìm kiếm đối tác tư nhân khác để đáp ứng đủ các điều kiện cung cấp dịch vụ công để thoả mãn nhu cầu của người dân. Tuy nhiên, pháp luật cũng quy định chặt chẽ, trong kinh nghiệm của một số quốc gia thì toà án sẽ là cơ quan xác định những quyền nào và trong vụ việc cụ thể thì đặc quyền của cơ quan nhà nước có phù hợp không, có thực sự hướng tới bảo vệ lợi ích công, nếu không phù hợp với lợi ích công thì không công nhận. Điều này để tránh lạm quyền của cơ quan nhà nước, giới hạn của các đặc quyền chỉ là bảo vệ lợi ích công.

Thứ ba, quy định về giám sát, thanh tra, kiểm tra đối với hợp đồng hành chính

Hợp đồng hành chính là công cụ để cung ứng dịch vụ công vốn là chức năng của nhà nước, thông qua một số loại hợp đồng hành chính bên tư nhân sẽ được nhà nước nhượng quyền để cung cấp dịch vụ công cho người dân. Trong trường hợp đó, nhà nước sẽ không phải là một bên của hợp đồng hành chính nhưng vẫn có trách

nhiệm quản lý nhà nước đối với dịch vụ công. Khôi tư nhân có nhiều thế mạnh nếu được tạo điều kiện tham gia cung cấp dịch vụ công. Tuy nhiên, vì tư nhân thường chạy theo lợi nhuận nên họ thường bỏ qua những giá trị khác. Nếu trong thị trường dịch vụ công không có cạnh tranh về chất lượng thì rủi ro của việc chất lượng không đảm bảo sẽ rất lớn. Nhà nước là chủ thể áp đặt các quy chế pháp lý của dịch vụ công, các chuẩn mực, quy định chất lượng mà đơn vị cung cấp dịch vụ tuân thủ, ngoài ra cần có các quy định về giám sát, thanh tra, kiểm tra đầy đủ. Do đó, pháp luật về dịch vụ công cần quy định cụ thể về việc quản lý và cung cấp dịch vụ công, trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức tham gia cung cấp dịch vụ công. Thực tế đặt ra nếu có sự tham gia của tư nhân trong cung cấp dịch vụ công thì bắt buộc phải có sự tham gia giám sát chặt chẽ của Nhà nước. Trong trường hợp này đòi hỏi sự giám sát, thanh tra, kiểm tra chặt chẽ đối với hợp đồng hành chính để đảm bảo quyền lợi chính đáng của người tiêu dùng dịch vụ công.

***Thứ tư,** quy định về giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính được thực hiện có một số khác biệt so với hợp đồng khác.*

Trước khi tiến tới các phương thức giải quyết tranh chấp có sự tham gia của bên thứ ba tài phán thì tranh chấp hợp đồng hành chính được giải quyết bằng thương lượng hoặc thông qua khiếu kiện hành chính tại cơ quan chuyên môn (chẳng hạn Trung tâm đối tác công tư ở trung ương của một số quốc gia giải quyết các khiếu kiện hành chính liên quan đến tranh chấp về hợp đồng đối tác công tư). Đối với phương thức giải quyết bằng cơ quan toà án, theo mô hình của nhiều nước Civil law, hợp đồng hành chính thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án hành chính, các quốc gia common law giải quyết bằng tòa án thường. Đối với phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, phương thức này được áp dụng phổ biến đối với các tranh chấp về hợp đồng đối tác công tư, tuy nhiên một số quốc gia quy định chỉ được áp dụng khi cơ quan nhà nước đồng ý.

Đặc biệt, trong một số loại hợp đồng hành chính, các bên tranh chấp không chỉ là các bên trong hợp đồng mà còn là bên trực tiếp sử dụng dịch vụ công. Cần có

các quy định thiết chế, cách thức bảo vệ bên sử dụng dịch vụ công. Ví dụ bên trực tiếp sử dụng dịch vụ công, như điện, nước sạch và khi bị cắt điện, nước đột xuất ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất kinh doanh, đời sống hàng ngày nhưng không có cơ chế bảo vệ quyền lợi. Nếu có thiệt hại xảy ra thì hiện đang theo bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng theo vụ việc dân sự. Hoặc trong trường hợp chất lượng dịch vụ không tốt người sử dụng dịch vụ không có quyền khiếu nại.... Do đó, khi các quyền và lợi ích của bên sử dụng dịch vụ công bị xâm phạm, ảnh hưởng thì sẽ thực hiện theo thủ tục nào và cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết.

2.2.4 Sự cần thiết quy định về hợp đồng hành chính trong quản trị nhà nước

2.2.4.1 Quy định về hợp đồng hành chính đáp ứng yêu cầu về quản trị tốt

Quản trị nhà nước tốt là một tiêu chí đánh giá hiệu quả của hoạt động nhà nước hiện đại. Quản trị nhà nước tốt, hay “quản trị tốt” (good governance) được đề cập đến từ những năm 1950, đầu tiên do các thể chế tài chính sử dụng, sau đó Ngân hàng thế giới phổ biến như giá trị quản trị công đương đại có giá trị toàn cầu. Đến nay, quản trị tốt là một tiêu chuẩn mới – một tiêu chí được bổ sung thêm để đánh giá hiệu quả quá trình quản lý của chính phủ mỗi quốc gia.

Trên bình diện quốc tế, khái niệm “quản trị tốt” được tiếp cận ở các góc độ khác nhau và chưa có định nghĩa thống nhất. Ví dụ: từ góc độ nhân quyền, quản trị tốt chủ yếu đề cập đến quá trình theo đó các tổ chức công thực hiện công vụ, quản lý các nguồn lực công và đảm bảo việc thực hiện các quyền con người⁹⁶. Còn theo cơ quan Cao uỷ nhân quyền Liên Hợp Quốc: “quản trị tốt liên quan đến các tiến trình, kết quả chính trị và thể chế cần thiết để đạt được các mục tiêu phát triển. Đó là một tiến trình mà các cơ quan công quyền giải quyết các vấn đề công cộng, quản lý các nguồn lực công và bảo đảm việc thực hiện các quyền con người theo cách thức hoàn toàn không có sự tham nhũng và lạm dụng và thực sự tuân thủ nguyên tắc pháp quyền... Theo một tài liệu của Liên Hợp Quốc, những đặc trưng chính (*major*

⁹⁶Nguồn: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AboutGoodGovernance.aspx>, truy cập 24/11/2020.

characteristics) của quản trị tốt bao gồm: Sự tham gia (*participatory*) của người dân, định hướng đồng thuận (*consensus oriented*), trách nhiệm giải trình (*accountable*), sự minh bạch (*transparent*), sự kịp thời (*responsive*), tính hiệu lực (*effective*), tính hiệu quả (*efficient*), tính bình đẳng và không loại trừ chủ thể nào (*equitable and inclusive*) và tuân thủ pháp quyền (*follows the rule of law*)⁹⁷. Các đặc trưng này là các tiêu chí quan trọng để đánh giá các hoạt động quản lý của nhà nước hiện đại. Những đặc tính của quản trị tốt hướng tới thiết lập lại chức năng quản lý nhà nước trong thời đại hiện nay, các hoạt động của nhà nước phải đảm bảo tính minh bạch, tăng cường thể chế dân chủ thông qua sự tham gia của người dân.

Các đặc tính của quản trị tốt khi trở thành tiêu chuẩn đánh giá hoạt động của nhà nước đòi hỏi nhà nước phải có những thay đổi trong thực hiện các chức năng của mình. Một trong những chức năng cơ bản của bộ máy nhà nước là quản lý và phục vụ. Trong thời kỳ xây dựng nền kinh tế thị trường, hội nhập và toàn cầu hóa, vai trò của nhà nước cần phải tập trung hơn vào việc xây dựng, điều hành thông qua ban hành các chủ trương, chính sách chiến lược mang tầm vĩ mô (chính phủ kiến tạo) và giảm bớt sự can thiệp trực tiếp vào nền kinh tế. Cần phải khuyến khích các thành phần kinh tế tham gia vào cung cấp các dịch vụ công, đẩy mạnh hợp tác công tư và nhà nước đóng vai trò quản lý, kiểm soát chất lượng của các dịch vụ công, đáp ứng mục tiêu chung là phục vụ người dân một cách hiệu quả nhất.

2.2.4.2 Quy định về hợp đồng hành chính góp phần xây dựng nền hành chính phục vụ

Cuối thế kỷ 20, đặc biệt là bước sang thế kỷ 21, đánh dấu nhận thức mới về vai trò, chức năng vai trò của nhà nước đương đại nói chung và chức năng cung cấp dịch vụ công nói riêng. Theo cuốn sách Tái Cơ cấu Chính phủ (Reinterventing Government) đã phản ánh và chịu ảnh hưởng quan điểm cải cách của Mỹ và các quốc

⁹⁷ Vũ Công Giao, *Quản trị nhà nước tốt và việc áp dụng ở Việt Nam hiện nay*, http://www.issi.gov.vn/quan-tri-nha-nuoc-tot-va-viec-ap-dung-o-viet-nam-hien-nay_t104c2717n3044tn.aspx?currentpage=1, truy cập ngày 22/11/2020.

gia khác trong những năm 1980s và 1990s, David Osborne và Ted Gaebler đã tổng kết các nguyên tắc và đặc điểm của Quản lý nhà nước mới, đó là:⁹⁸

1. Chính phủ kiến tạo nên “chỉ đạo hơn là can thiệp” (*steer rather than row*) và quản lý các dịch vụ được cung cấp hơn là việc luôn luôn cung cấp các dịch vụ trực tiếp;
2. Trao quyền cho cộng đồng để khuyến khích các nhóm ở địa phương tự giải quyết các vấn đề của họ hơn là đưa ra các giải pháp quan liêu;
3. Cạnh tranh hơn là độc quyền thông qua việc bãi bỏ quy định và thực hiện tư nhân hoá các hoạt động mà có thể thực hiện bởi khu vực tư nhân hoặc các tổ chức phi chính phủ một cách hiệu quả hơn các cơ quan nhà nước;
4. Định hướng tâm nhìn hơn là đặt ra các quy tắc, mục tiêu và cho phép người lao động tìm giải pháp tốt nhất để đạt được mục tiêu;
5. Định hướng kết quả thông qua việc cung cấp đầu ra hiệu quả hơn là đầu vào;
6. Định hướng khách hàng trong việc đáp ứng yêu cầu của công dân hơn là của các cơ quan nhà nước;
7. Đạt được doanh thu cao hơn là chỉ sử dụng các nguồn thuế;
8. Tiên liệu trước bằng cách đầu tư vào việc hạn chế các vấn đề hơn là dành thời gian giải quyết các vấn đề sau khi đã xuất hiện;
9. Phân cấp công việc thông qua sự tham gia và hợp tác giữa các cơ quan của chính phủ ở các cấp khác nhau và với các nhóm bên ngoài bộ máy nhà nước, và;
10. Định hướng thị trường trong việc giải quyết các vấn đề thông qua các lực lượng của thị trường hơn là các chương trình lớn của Chính phủ.

⁹⁸ Osborne, David and Gaebler, Ted, *Reinventing Government*. Boston, MA: Addison-Wesley Publishing (1992)

Như vậy, quản lý nhà nước mới đồng nghĩa với nền hành chính cai trị chuyển sang nền hành chính phục vụ. Nghĩa là lấy nguyện vọng cơ bản của quần chúng nhân dân làm mục tiêu hoạt động và mọi hoạt động luôn hướng đến phục vụ lợi ích cơ bản của đại đa số nhân dân. Nền hành chính phục vụ được thiết lập và vận hành dựa trên các tiêu chuẩn và nguyên tắc cơ bản để đảm bảo phục vụ người dân một cách thuận tiện, nhanh chóng và vì lợi ích của người dân. Yêu cầu của xây dựng nền hành chính phục vụ đó là Nhà nước phải quan tâm đến nhu cầu, mong muốn của người dân để không ngừng cải thiện, nâng cao chất lượng các cung cấp các dịch vụ công cho người dân, tổ chức. Người dân có quyền đánh giá về chất lượng của nền hành chính như là một tiêu chí của nền hành chính phục vụ⁹⁹. Chỉ số hài lòng của người dân, tổ chức về sự phục vụ của cơ quan hành chính nhà nước là một tiêu chí để xây dựng nền hành chính phục vụ. Nhìn chung, nền hành chính phục vụ là nền hành chính được xây dựng và vận hành dựa trên các nguyên tắc lấy người dân làm trung tâm; vì lợi ích chung của người dân; bảo sự công khai, minh bạch thông tin, hoạt động đối với người dân, tổ chức và có trách nhiệm giải trình đối với người dân, và bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ra quyết định và thực hiện quyết định.

Đặc biệt đối với chức năng về cung cấp dịch vụ công có thay đổi lớn trong nhận thức và thực tiễn các quốc gia so với trong truyền thống. Trước đây, Nhà nước thực hiện cả việc quản lý và cung cấp dịch vụ công cho xã hội, dẫn tới bộ máy nhà nước ngày càng cồng kềnh, gánh nặng càng tăng đối với ngân sách nhà nước. Hiện nay, trong xu hướng chung Nhà nước hiện đại chỉ giữ vai trò quản lý, giảm nhẹ chức năng cung cấp dịch vụ công, từng bước thông qua tư nhân hóa, xã hội hóa mà chuyển giao việc cung cấp các dịch vụ công cho tư nhân. Thậm chí ngay cả việc cung cấp dịch vụ công như nhà tù vốn cho rằng chỉ có thể do nhà nước thực hiện thì

⁹⁹ Việt Nam cũng áp dụng chỉ số PAPI để đo lường và so sánh trải nghiệm, cảm nhận của người dân về hiệu quả và chất lượng thực thi chính sách, cung cấp dịch vụ công của chính quyền địa phương cấp tỉnh từ năm 2009.

nay cũng được chuyển giao cho tư nhân ở nước Anh¹⁰⁰. Mỗi quan hệ hợp tác giữa Nhà nước - tư nhân được thiết lập thông qua hợp đồng – một loại hợp đồng gọi là hợp đồng hành chính/hợp đồng chính phủ/hợp đồng công có đặc điểm khác biệt so với hợp đồng tư được thiết lập giữa các bên tư nhân với nhau.

2.2.4.3 Quy định về hợp đồng hành chính góp phần nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước về cung ứng dịch vụ công, bảo đảm quyền tiếp cận dịch vụ công

Hợp đồng hành chính là một phương thức cung ứng dịch vụ công, gia tăng tính hiệu quả trong quản lý nhà nước về dịch vụ công. Việc quy định hợp đồng hành chính góp phần làm thay đổi phương thức, hình thức hoạt động của các cơ quan công quyền, đặc biệt là cơ quan hành chính nhà nước¹⁰¹. Thông qua các hợp đồng hành chính, nhà nước tách bạch chức năng quản lý hành chính nhà nước và chức năng cung ứng dịch vụ công. Trước đây, nhà nước đóng vai trò là nhà cung cấp dịch vụ, hàng hóa chính, và là động lực thúc đẩy tăng trưởng kinh tế thì nay đã chuyển đổi, nhà nước giảm bớt việc cung cấp trực tiếp dịch vụ công. Nhà nước chỉ đóng vai trò quản lý và giám sát việc cung cấp dịch vụ công thông qua việc ban hành các tiêu chuẩn, quy trình kiểm soát, đánh giá chất lượng dịch vụ, đảm bảo sự công bằng trong việc tham gia cung cấp dịch vụ công (đấu thầu công khai). Từ đó làm hoạt động nhà nước hiệu quả hơn, nhà nước tập trung vào quản lý, xây dựng các quy chế hợp đồng hành chính cho các bên vận hành. Sự tách biệt vai trò của Nhà nước không chỉ giúp mang lại tính kinh tế, hiệu quả và hiệu lực mà còn giúp nâng cao trách nhiệm giải trình của Chính phủ đối với các quyết định chính sách.

Tính hiệu quả còn thể hiện ở bộ máy hành chính tinh gọn, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả và tiết kiệm: Bộ máy hành chính truyền thống được xây dựng theo mô hình hành chính thứ bậc (từ trên xuống) và hoạt động dựa trên nguyên tắc tập trung quyền lực. Bộ máy hành chính mang tính chất “mệnh lệnh và kiểm soát” là đặc điểm điển hình cho các hệ thống hành chính quan liêu được giới thiệu trên khắp thế

¹⁰⁰ A.C.L Davies (2008), *The public law of government contracts*, Oxford University Press, p.11.

¹⁰¹ Phạm Hồng Thái (2016), *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, NXB Đại học quốc gia Hà Nội.

giới dưới chế độ thuộc địa. Các nước trên thế giới bắt đầu thực hiện cải cách hành chính dựa trên xu hướng “quản lý hành chính mới” từ những năm 1980. Bước sang thế kỷ 21, các nước hướng tới việc xây dựng mô hình nhà nước kiến tạo và phát triển trong đó khẳng định vai trò quan trọng của nhà nước trong điều tiết nền kinh tế vĩ mô, đảm bảo sự cân bằng giữa sự can thiệp của nhà nước phù hợp với quy luật vận hành của nền kinh tế thị trường, điều tiết nền kinh tế, thực hiện các chính sách quản lý. Yêu cầu chung của việc xây dựng nền kinh tế thị trường đó là sự chuyển đổi từ nhà nước điều hành nền kinh tế sang nhà nước kiến tạo phát triển. Do đó, bộ máy hành chính được cải cách theo hướng hoạt động tinh gọn và hiệu quả, có sự tách biệt rõ giữa chức năng quản lý, điều hành với thực thi (can thiệp trực tiếp) vào nền kinh tế và cung cấp dịch vụ công. Các hợp đồng hành chính giúp đẩy mạnh tính độc lập của các thiết chế hành chính trong bộ máy, tinh giảm biên chế, phân định rõ cơ quan ban hành chính sách và cơ quan thực thi chính sách. Ngoài ra, sử dụng hợp đồng hành chính tạo điều kiện thuận lợi cho sự phát triển dịch vụ công, tách hoạt động cung ứng dịch vụ công ra khỏi hoạt động công quyền nhằm giảm những chi phí không cần thiết cho ngân sách nhà nước, giảm biên chế trong bộ máy nhà nước, bảo đảm tính công khai, minh bạch của hoạt động công quyền và hoạt động cung ứng dịch vụ công. Khi nhiều lĩnh vực trước đây thuộc về nhà nước bây giờ được chuyển cho bên tư nhân thực hiện như lĩnh vực cung cấp điện, nước, nhà tù, giáo dục... Nhờ vậy, các quy mô của khu vực công ngày càng thu hẹp, gọn nhẹ hơn.

Gần đây, ở nhiều quốc gia vấn đề áp lực nợ công thúc đẩy nhà nước thực hiện các hợp đồng chính phủ thông qua hợp tác công tư để bên tư nhân chia sẻ gánh nặng tài chính đối với nhà nước trong việc xây dựng cơ sở hạ tầng, cung cấp dịch vụ công. Ngoài lợi ích về tài chính ra, còn có các lợi ích phi tài chính khi thực hiện các hợp đồng hành chính như các vấn đề công bằng xã hội và các mục đích chính sách chung bao gồm các vấn đề về biến đổi khí hậu, thúc đẩy tiết kiệm năng lượng, các nguồn năng lượng thay thế, năng lượng và hiệu quả tài nguyên, phát triển giao thông vận tải và dịch vụ chăm sóc sức khỏe cao cấp với giá cả phải chăng. Các lợi ích phi tài chính của hợp tác công tư là một lý do cực kỳ quan trọng tại sao hình

thức hợp tác công tư nên được khai thác rộng rãi ở khu vực Liên minh Châu Âu như một giải pháp thay thế khả thi trong việc cung cấp các dịch vụ công hoặc cơ sở hạ tầng¹⁰². Rõ ràng, nhà nước vận hành gọn nhẹ, hiệu quả hơn khi có sự chia sẻ của bên tư nhân vào các hoạt động vốn thuộc chức năng của nhà nước, hướng tới mục tiêu phục vụ tốt hơn các nhu cầu của xã hội.

2.2.4.4 Quy định về Hợp đồng hành chính góp phần đẩy mạnh sự tham gia của khu vực tư nhân vào cung ứng dịch vụ công.

Bằng hợp đồng hành chính, việc trực tiếp cung ứng cung ứng dịch vụ công chuyển giao phần lớn cho bên tư nhân. Thông qua hợp đồng, mối quan hệ Nhà nước với công dân từ tính chất quyền lực phục tùng sang thỏa thuận khiến Nhà nước xích lại gần dân hơn. Theo đó, người dân cảm thấy được tôn trọng, không có cảm giác bị áp đặt, bởi hai bên cùng thỏa thuận để xác lập quyền và nghĩa vụ của mỗi bên chứ không phải nhà nước dùng một quyết định hành chính để xác lập các nghĩa vụ cho người dân. Các tổ chức, cá nhân được khuyến khích tham gia vào việc cung cấp dịch vụ công thông qua hình thức ký kết hợp đồng với cơ quan nhà nước. Người dân có phương thức hiệu quả để tự nguyện tham gia đóng góp nguồn lực để cùng với chính quyền xây dựng cơ sở hạ tầng kinh tế - xã hội, cũng như hợp tác với chính quyền trong giải quyết các vấn đề xã hội, như: bảo vệ môi trường, giữ gìn an ninh trật tự... Ngoài ra, chính quyền có thể thông qua hợp đồng và tài trợ để phát huy sự tham gia của các tổ chức tự nguyện của người dân trong cung ứng dịch vụ công. Trong thời kỳ toàn cầu hóa và hội nhập, việc cung cấp dịch vụ công không chỉ do các cá nhân, tổ chức trong nước thực hiện, mà còn mở rộng ra đối với các doanh nghiệp, công ty trong nước (tư nhân) và nước ngoài để tham gia cung cấp các dịch vụ công một cách bình đẳng với các doanh nghiệp của nhà nước, do đó nhà nước cũng có vai trò quan trọng trong việc xây dựng một hành lang pháp lý hiệu quả và

¹⁰² Annalisa Aschieri (2014), “Non-Financial Benefits: Another Reason to Foster the Promotion of PPPs as a Viable Alternative for Public Service Delivery”, 9 Eur. *Procurement & Public - Private Partnership Law Review*. 240. Nguồn: Heinonline.org.

toàn diện về cung cấp dịch vụ công. Đẩy mạnh tư nhân hóa và tăng cường hợp tác công tư giúp nâng cao chất lượng quản lý và cung cấp dịch vụ công.

Người dân với tư cách người tiêu dùng dịch vụ công thì làm gia tăng sự lựa chọn của người dân trong sử dụng hàng hóa, dịch vụ công. Tương tự, chính sự cạnh tranh của nhiều bên tư nhân trong cung cấp dịch vụ công làm người dân có gia tăng sự lựa chọn của mình. Các cấp độ từ cơ bản đến cao cấp trong các dịch vụ công (chăm sóc y tế, giáo dục,...) mà các bên cung cấp tư nhân đưa ra đáp ứng tốt hơn nhu cầu của người dân theo mong muốn cá nhân, đặc điểm văn hóa của từng cộng đồng cư dân. Ví dụ cùng một vụ việc, cùng một loại dịch vụ công ở tỉnh này, người dân có thể lựa chọn dịch vụ cùng loại ở tỉnh khác hay của một đối tác tư nhân. Từ đó, nó tạo ra các mô hình cung cấp dịch vụ đa dạng, tạo ra sự cạnh tranh giữa khu vực công và khu vực tư, buộc khu vực công phải cải tiến để bắt kịp (nếu kém hơn khu vực tư) và người dân được hưởng các dịch vụ công tốt nhất, phù hợp nhất từ sự cạnh tranh đó.

2.2.4.5 Quy định về hợp đồng hành chính góp phần nâng cao trách nhiệm, tính minh bạch trong cung ứng dịch vụ công

Một nguyên tắc cơ bản của hợp đồng hành chính khác biệt so với các hợp đồng tư được các quốc gia thừa nhận là nguyên tắc công khai, minh bạch. Thường thì trước khi tới giai đoạn ký kết hợp đồng hành chính là quá trình công khai thông tin dự án, cạnh tranh bình đẳng trong lựa chọn nhà thầu và kết quả nhà thầu nào thắng cuộc thì chuyển sang giai đoạn ký kết và thực hiện hợp đồng hành chính. Nguyên tắc công khai minh bạch đảm bảo người dân với tư cách người sử dụng dịch vụ công có thể biết thông tin và giám sát trong suốt quá trình hợp đồng. Bởi vì từ quá trình thương thảo, ký kết và nội dung hợp đồng hành chính (ngoại trừ các thông tin bí mật nhà nước), thực thi và kết thúc hợp đồng hành chính sẽ được công bố công khai nên khi xảy ra các sự cố, phát sinh thiệt hại, không đáp ứng được việc cung cấp dịch vụ công có thể tìm ra trách nhiệm thuộc về bên nào, đặc biệt là bên cơ quan nhà nước thì có trách nhiệm đối với việc thực hiện hợp đồng. Do đó, việc sử dụng

hợp đồng hành chính trong hoạt động cung cấp dịch vụ công giúp tăng cường trách nhiệm của các cơ quan công quyền với cá nhân, tổ chức, tạo mối quan hệ trách nhiệm qua lại giữa nhà nước và công dân.

Như vậy, có thể nhận thấy rằng, việc ghi nhận hợp đồng hành chính sẽ tạo ra một khung pháp lý thống nhất đối với các loại hợp đồng có một bên chủ thể là cơ quan nhà nước. Từ đó, góp phần sự gia tăng tính minh bạch, hiệu quả trong hoạt động quản lý nhà nước, đồng thời nâng cao chất lượng của dịch vụ công, đáp ứng ngày càng tốt hơn yêu cầu của công dân, bảo vệ lợi ích cộng đồng, tạo lập chính phủ kiến tạo - xã hội dân sự. Tuy nhiên, Việt Nam chưa ghi nhận trong pháp luật về hợp đồng hành chính/ hợp đồng chính phủ hay hợp đồng công, mặc dù cũng đang tồn tại một số hợp đồng như hợp đồng hành chính ở các quốc gia như một số dạng hợp đồng hợp tác công tư trong xây dựng cơ sở hạ tầng. Do vậy, kiến nghị chính thức thừa nhận loại hợp đồng hành chính để tạo lập khung pháp luật thống nhất cho hoạt động quản lý nhà nước hiệu quả hơn, đặc biệt là tạo điều kiện thúc đẩy cơ chế hợp tác công tư trong cung ứng dịch vụ công ở Việt Nam. Về mặt thuật ngữ có thể gọi là hợp đồng hành chính hoặc hợp đồng công để phân biệt với hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại đang tồn tại. Về mặt nội hàm, có sự tiếp thu những điểm hợp lý trong quy chế của các hợp đồng này ở các quốc gia trên thế giới. Đặc điểm chung có thể nhận thấy các hợp đồng này có sự can thiệp của nhà nước – sử dụng quyền lực nhà nước trong loại hợp đồng để đạt được các mục tiêu quản lý nhà nước. Tuy vậy, quy chế về hợp đồng hành chính cũng giới hạn quyền lực nhà nước trong phạm vi khuôn khổ của hợp đồng và tính trách nhiệm thông qua hợp đồng. Việc sử dụng quyền lực nhà nước là cần thiết để bảo vệ lợi ích công ở các góc độ sau: Bảo vệ lợi ích bên thứ ba là người sử dụng dịch vụ công – người dân; Đảm bảo sự công bằng trong tiếp cận dịch vụ công của người dân; Đảm bảo minh bạch các hoạt động của cơ quan nhà nước và sự tham gia kiểm tra, giám sát của người dân¹⁰³.

¹⁰³ Hà Thị Út (2021), “Hợp đồng hành chính – tiếp cận từ lý thuyết quản trị nhà nước tốt”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 05/2021.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Dịch vụ công là đối tượng của hợp đồng hành chính, mang các đặc tính điển hình là tính liên tục, tính thích ứng, tính bình đẳng và tính trung lập. Có ba loại dịch vụ công bao gồm dịch vụ sự nghiệp công, dịch vụ công ích và dịch vụ hành chính công. Về phương thức cung cấp dịch vụ công đang có nhiều sự thay đổi, trong đó chuyển sang bên tư nhân thực hiện thông qua hợp đồng hành chính là phương thức phổ biến nhất hiện nay. Hợp đồng hành chính là những thỏa thuận của cơ quan nhà nước với bên tư nhân hoặc giữa các cơ quan nhà nước với nhau để thực hiện công việc liên quan đến dịch vụ công, chịu sự điều chỉnh của các quy định trong luật công, hướng tới bảo vệ lợi ích công. Về bản chất, hợp đồng hành chính mang hai tính chất công và tư, vừa tuân theo quy chế của luật công và luật tư. Hợp đồng hành chính có những đặc trưng về chủ thể nhất định phải có một bên là cơ quan nhà nước, nội dung chứa đựng các điều khoản quá lệ và mục đích hướng tới là lợi ích công. Trong bối cảnh thực hiện yêu cầu của quản lý nhà nước tốt và nền hành chính phục vụ, hợp đồng hành chính là phương thức hoạt động giúp nhà nước hoạt động hiệu quả hơn, người dân tham gia vào cung ứng dịch vụ công, đảm bảo hoạt động nhà nước minh bạch.

So với hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại, HĐHC có những đặc điểm riêng biệt. Cụ thể về chủ thể của hợp đồng hành chính, yêu cầu cần phải có một bên là pháp nhân công quyền, bên khác có thể là cá nhân, tổ chức tư nhân, cũng có thể là pháp nhân công quyền. Cơ quan công quyền ở đây bao gồm tất cả các cơ quan nhà nước ở cấp trung ương và địa phương. Về đối tượng của hợp HĐHC là thực hiện các dịch vụ công. Dịch vụ công có đặc điểm là gắn liền với lợi ích công, có nghĩa là việc cung cấp dịch vụ công vì lợi ích chung của cộng đồng, trái ngược với lợi ích tư đối với các hoạt động cung cấp dịch vụ trong luật tư. Về nội dung của HĐHC có những điều khoản vượt ra khỏi phạm vi của luật dân sự. Có nghĩa là ngoài các quy định của Bộ luật dân sự, HĐHC còn chịu điều chỉnh chính của pháp luật hành chính. Về mục đích, HĐHC hướng tới phục vụ lợi ích công. Ngoài ra, một

trong những đặc trưng về giải quyết tranh chấp HĐHC thuộc thẩm quyền của Tòa hành chính.

Theo quan niệm của các quốc gia nghiên cứu có thể nhìn nhận một số loại hợp đồng hành chính chung như sau: hợp đồng mua bán hàng hoá và dịch vụ công, hợp đồng đối tác công tư, hợp đồng cho thuê tài sản của nhà nước, hợp đồng với người lao động trong khu vực công. Những điều đó giúp tạo ra nền tảng lý luận của hợp đồng hành chính được ghi nhận ở nhiều quốc gia trên thế giới với những sự tương đồng trong nhận thức và pháp luật điều chỉnh về HĐHC.

Trong quan hệ hợp đồng hành chính, nguồn luật điều chỉnh có nhiều sự khác biệt so với hợp đồng theo luật tư, do sự tham gia của Nhà nước với tư cách một bên hợp đồng làm cho hợp đồng này mang hai tính chất là công và tư, HĐHC chịu sự điều chỉnh của cả luật tư và luật công. Pháp luật về hợp đồng hành chính - một loại hợp đồng để cung cấp dịch vụ công có một số đặc điểm như pháp luật về HĐHC bao gồm các quy tắc của luật công và luật tư, trong đó những quy tắc của luật công chiếm ưu thế, pháp luật về HĐHC bảo vệ lợi ích của hai bên hợp đồng và lợi ích chung của cộng đồng, pháp luật về HĐHC đảm bảo các quyền con người. Nội dung pháp luật về HĐHC quy định về giao kết, thực hiện, thay đổi nội dung, giải quyết tranh chấp về HĐHC. Trên cơ sở các vấn đề lý luận về HĐHC và pháp luật về HĐHC, chương tiếp theo sẽ khảo cứu về quy định pháp luật HĐHC các quốc gia như Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc nghiên cứu so sánh với Việt Nam.

CHƯƠNG 3. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH Ở MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ VIỆT NAM

3.1 Pháp luật về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia

3.1.1 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia

3.1.1.1 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở Pháp

Hợp đồng hành chính là thuật ngữ được sử dụng ở Pháp đầu tiên dựa trên sự phân chia hệ thống pháp luật thành hai lĩnh vực riêng biệt là luật công và luật tư. Trên cơ sở đó có hai nhánh tòa án giải quyết các tranh chấp riêng biệt tương ứng, tòa án thường giải quyết các tranh chấp liên quan đến luật tư, tòa án hành chính giải quyết tranh chấp liên quan đến luật công, trong đó có các tranh chấp về hợp đồng hành chính. Cũng vì vậy, cùng với lịch sử hình thành phát triển chế định này ở Pháp mà nguồn luật áp dụng đối với các hợp đồng hành chính cũng có nhiều điểm đặc thù. Cộng hòa Pháp là quốc gia điển hình của truyền thống pháp luật Civil Law có đặc trưng về nguồn luật pháp luật thành văn là nguồn luật chính và quan trọng nhất. Tuy vậy, trong chế định về hợp đồng hành chính, án lệ chính là nguồn luật góp phần quan trọng nhất trong việc xác định và xây dựng các quy tắc của điều chỉnh đối với hợp đồng này, đặc biệt là các bản án do Tham chính viện ban hành. Có nhiều án lệ đã tạo ra các quy phạm quan trọng điều chỉnh HĐHC như xác định trường hợp cụ thể nào là HĐHC hoặc không phải là HĐHC, tạo lập các nguyên tắc đặc thù áp dụng đối với HĐHC. Ngoài ra, quy định pháp luật thành văn có Bộ pháp điển về giao thầu công, Pháp lệnh ngày 17/06/2004 quy định về các hợp đồng hợp tác công tư chứa đựng các quy định chính về HĐHC. Trong các nguồn luật thành văn không thể không kể tới Bộ luật dân sự Pháp năm 1804, sửa đổi mới nhất 2016, chứa đựng các nguyên tắc, quy định chung về hợp đồng cũng được áp dụng đối với HĐHC như: quyền tự do hợp đồng, ràng buộc hợp đồng, trách nhiệm hợp đồng¹⁰⁴. Ngày nay, pháp luật của Liên minh Châu Âu (EU) cũng ảnh hưởng tới mua sắm công của

¹⁰⁴ Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Stefan Vogenauer (2019), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, p.85.

các quốc gia thành viên, vì vậy pháp luật của Pháp về lĩnh vực này cũng là tuân theo các quy định ràng buộc chung của EU.

Ở Pháp, quan hệ đối tác công tư được thực hiện trong nhiều lĩnh vực như giao thông, y tế, tư pháp, giáo dục, thiết bị đô thị, môi trường, năng lượng, viễn thông và văn hóa với khoảng 100 tỷ euro hoạt động mỗi năm. Khung pháp lý PPP của Pháp đã được định hình lại cách đây vài năm thông qua việc chuyển đổi các chỉ thị của châu Âu liên quan đến mua sắm công và các thỏa thuận nhượng quyền vào các Pháp lệnh trong nước. Năm 2018, Pháp đã thông qua Bộ luật Thỏa thuận nhượng quyền và mua sắm công (Public Procurement and Concession Agreements Code), có hiệu lực từ ngày 1 tháng 4 năm 2019. Bộ luật này đã pháp điển hóa các quy tắc liên quan đến mua sắm công, các thỏa thuận nhượng quyền và hợp đồng đối tác công tư thành một văn bản duy nhất. Bộ luật bao gồm 1.747 điều làm đơn giản hóa khuôn khổ pháp lý điều chỉnh các hợp đồng mua sắm công. Những thay đổi như vậy được kỳ vọng là động lực tốt hơn để thực hiện các dự án PPP trong một số lĩnh vực chính như giao thông, y tế, giáo dục, thiết bị đô thị, môi trường, hiệu quả năng lượng và viễn thông. Ngoài ra, đối mặt với tình trạng dịch bệnh bất khả kháng, Pháp lệnh số 2020-319 ngày 25 tháng 3 năm 2020 đã được ban hành để cho phép các cơ quan ký kết và các bên tư nhân đối phó với cuộc khủng hoảng covid-19 bằng nhiều biện pháp như: đơn giản hóa thủ tục đấu thầu, kéo dài thời hạn hợp đồng, không áp dụng phạt hợp đồng do chậm trễ, cho phép các công ty đang làm thủ tục phá sản vẫn được nộp hồ sơ dự thầu¹⁰⁵.

3.1.1.2 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở Đức

Các quy tắc cơ bản điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở Đức được quy định trong Luật thủ tục hành chính 1976 (Law of Administrative Procedure 1976), ngoài ra còn có một số luật cụ thể của bang và liên bang, án lệ và Bộ luật dân sự Đức

¹⁰⁵ Patrick Mitchell and Matthew Job (2021), *The Public-Private Partnership Law Review*, Herbert Smith Freehills LLP, Edition 7, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/france>, truy cập ngày 08/04/2021.

(German Civil Code)¹⁰⁶. Trong Luật thủ tục hành chính Đức, khái niệm thủ tục hành chính (administrative procedure) theo quy định Điều 9 chỉ bao gồm những hoạt động có hiệu lực và hướng đến việc kiểm tra các yêu cầu, chuẩn bị và thông qua một hành vi hành chính hoặc giao kết hợp đồng hành chính.¹⁰⁷ Do vậy, giao kết HĐHC là một loại thủ tục hành chính.

Ở Đức, không có đạo luật cụ thể nào về các dự án hoặc hợp đồng PPP, ngoài điều khoản hiến pháp về quản lý đường ô tô. Khung pháp luật dân sự và các yêu cầu pháp lý áp dụng cho các dự án PPP (ví dụ: luật thuế, an sinh xã hội, lương tối thiểu, công đoàn và sức khỏe và an toàn). Các yêu cầu cụ thể hơn có thể xuất phát từ các quy định về ngân sách, luật mua sắm công và các quy định về các lĩnh vực cụ thể, chẳng hạn như năng lượng. Khung pháp lý về mua sắm công trong Liên minh châu Âu được áp dụng cho các hợp đồng công (bao gồm hợp đồng cung cấp, công trình và dịch vụ) được quy định trong pháp luật Đức. Các điều khoản chính theo luật của Đức được thực hiện trong Điều 97 của Đạo luật chống hạn chế cạnh tranh của Đức (German Act against Restraints of Competition GWB). Ngoài ra, còn có các quy định thực hiện, chẳng hạn như Quy chế mua sắm công (Public Procurement Regulation), Quy chế nhượng quyền (Concessions Regulation), Quy chế mua sắm trong lĩnh vực giao thông vận tải, cấp nước và năng lượng (Regulation on Procurement in the Sectors of Transportation, Water and Energy Supply) và Quy chế mua sắm trong lĩnh vực quốc phòng và an ninh (Regulation on the Procurement in the Sector of National Defence and Security). Năm 2020 đánh dấu xu hướng tăng tính minh bạch của các mối quan hệ đối tác công - tư ở cấp liên bang. Bộ Giao thông vận tải và Cơ sở hạ tầng kỹ thuật số liên bang đã công bố các hợp đồng PPP đang thực hiện để xây dựng đường ô tô liên bang. Chính phủ cũng đã công bố báo

¹⁰⁶ Mahendra P. Singh (1985) *Administrative Powers: Contracts, Private-Law Acts, Real Acts, and Planning*. In: *German Administrative Law*, Springer, Berlin, Heidelberg, tr.50.

¹⁰⁷ Thomas Schmitz (2013), The administrative procedure in German administrative law, tại địa chỉ https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiS2KLD-NPrAhVEw4sBHVk2CokQFjADegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.thomas-schmitz-hanoi.vn%2FDownloads%2FZDR-Conference_admin-decision_Schmitz1-en.pdf&usg=AOvVaw0WyS7_nht_5mgcqhrrLTxZ
Truy cập ngày 20/08/2020

cáo bốn năm một lần về các dự án PPP đang thực hiện nhằm tăng cường tính minh bạch cũng như đưa ra chính sách chung về PPP¹⁰⁸.

3.1.1.3 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng chính phủ ở Anh

Ở Anh, không có một luật riêng điều chỉnh mà các quy định về hợp đồng chính phủ chủ yếu nằm ở các Quy định và các văn bản hành chính khác. Quy chế hợp đồng công (Public Contracts Regulations 2015) hiện đang là những quy định chính điều chỉnh lĩnh vực này thay thế cho Quy chế hợp đồng công năm 2006¹⁰⁹.

Trước đây có quan điểm cho rằng Hợp đồng chính phủ ở Anh được áp dụng như các loại hợp đồng khác mà không có sự phân biệt nào, cụ thể các quy định của luật tư thông thường cũng sẽ áp dụng đối với các hợp đồng chính phủ như các hợp đồng khác. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, vai trò của luật công đã nổi lên như là nguồn luật quan trọng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng chính phủ và xu hướng ngày càng phát triển hơn nữa¹¹⁰. Đây là một đặc điểm mới về pháp luật điều chỉnh đối với hợp đồng chính phủ trong pháp luật Anh. Bên cạnh việc áp dụng các quy định của án lệ truyền thống về luật hợp đồng thì các nguyên tắc hành chính công đang được phát triển cũng được áp dụng một cách thống nhất.

Luật hợp đồng cung cấp các quy tắc cơ bản để hình thành các hợp đồng chính phủ như đưa ra đề nghị hợp đồng, chấp nhận đề nghị và lợi ích đối ứng. Những quy định về xác định và thực thi các điều khoản hợp đồng cụ thể như quy định về điều khoản phạt hợp đồng cũng áp dụng một cách bình đẳng đối với các hợp đồng chính phủ cũng như các hợp đồng khác. Hợp đồng chính phủ cũng là đối tượng áp dụng các quy tắc về nhầm lẫn, thông tin sai, hợp đồng không thực hiện được vì lí do bất khả kháng, thực thi hợp đồng, vi phạm và bồi thường vi phạm hợp đồng trong luật hợp đồng như thông thường. Tuy nhiên, ít thấy được tầm quan trọng

¹⁰⁸ <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>, truy cập ngày 20/04/2021.

¹⁰⁹ Xem Public Contracts Regulations 2015 tại <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made>, truy cập 20/04/2021.

¹¹⁰ AC.L.Davies (2008), tr.42.

của luật hợp đồng thông thường đối với hợp đồng chính phủ bởi vì trong các vụ việc thực tiễn cho thấy sự ưu tiên của chính phủ để tránh tranh chấp hoặc quản lý hợp đồng thông qua các phương thức khác thay thế giúp giảm chi phí. Thực tế cho thấy, luật hợp đồng được sử dụng để hình thành hình thức của các điều khoản trong hợp đồng chính phủ.

Qua các vụ án của tòa án cho thấy rất ít các quy trình hợp đồng chính phủ được ký kết mà không thông qua đáp ứng các quy định của luật công. Một hợp đồng chính phủ thường được công nhận khi đủ yếu tố của luật công được thực thi trong quá trình hình thành hợp đồng chính phủ. Ví dụ trong việc xác định năng lực của cơ quan nhà nước tham gia vào hợp đồng chính phủ được thực hiện ngay từ giai đoạn đầu của hợp đồng. Quyền hạn ký kết hợp đồng chính phủ của các cơ quan nhà nước có thể bắt nguồn từ luật thành văn hoặc án lệ. Chẳng hạn quyền ký kết hợp đồng của các cơ quan nhà nước được quy định trong Luật về bãi bỏ quy định và hợp đồng thuê ngoài năm 1994 (*Deregulation and contracting out Act 1994*). Theo lý thuyết thẩm quyền ký kết hợp đồng chính phủ của Bộ trưởng được ủy quyền của Nghị viện và các Bộ trưởng không được ủy quyền cho người khác. Tuy nhiên vẫn có ngoại lệ là Bộ trưởng được ủy quyền cho công chức dưới quyền theo nguyên tắc *Carltona* (được hình thành thông qua vụ *Carltona v Commissioners of works* (1943) 2 All ER 560). Bởi vì hành vi của các công chức dưới quyền về mặt kỹ thuật là các hành vi của bộ trưởng và bộ trưởng phải chịu trách nhiệm trước Nghị viện và tòa án. Ngoài ra, một số án lệ cho thấy tòa án đã dựa trên học thuyết không đúng thẩm quyền (the doctrine of ultra vires) để xác định cơ quan nhà nước giao kết hợp đồng chính phủ có đúng thẩm quyền không. Trong vụ *R v Lewisham LBC, ex p Shell* (1988) 1 All ER 938, Tòa án đã ngăn chặn một số chính quyền địa phương sử dụng quyền hạn ký kết hợp đồng chính phủ để thực hiện các mục đích chính trị¹¹¹.

Vương quốc Anh là quốc gia tiên phong triển khai quan hệ đối tác công tư từ đầu những năm 1990 khi chính phủ thực hiện chương trình tư nhân hóa rộng rãi các

¹¹¹ AC.L.Davies (2008), sđd, tr.43.

DVC như viễn thông, khí đốt, điện, nước, chất thải, sân bay, đường sắt, nhượng quyền cơ sở hạ tầng giao thông. Tuy vậy, đến nay Anh không có một luật riêng về PPP mà vẫn thuộc về thẩm quyền của Chính phủ và các cơ quan nhà nước khác ban hành các quy định và án lệ. Quy định về Hợp đồng công năm 2015 (The Public Contracts Regulations 2015 - PCR) áp dụng cho việc mua sắm các công trình, dịch vụ công. Bên cạnh PCR, có ba bộ quy định chuyên biệt điều chỉnh các loại hợp đồng không có trong PCR: Quy định về Hợp đồng nhượng quyền (The Concession Contracts Regulations 2016). Đây là những hợp đồng mà nhà thầu kiếm được thù lao từ bên thứ ba bằng cách khai thác tài sản hoặc nhượng quyền có liên quan (ví dụ: thu phí đường bộ); Quy định về Hợp đồng dịch vụ công năm 2016 (The Utilities Contracts Regulations 2016), áp dụng cho việc mua sắm các dịch vụ công bao gồm năng lượng, nước, vận tải, cảng, sân bay và dịch vụ bưu chính; và Quy định về Hợp đồng quốc phòng và an ninh 2011 (the Defence and Security Public Contracts Regulations 2011), áp dụng cho việc mua sắm các hợp đồng quốc phòng và an ninh có tính chất nhạy cảm đòi hỏi mức độ bí mật và an toàn dữ liệu cao hơn. Tất cả các quy định đều yêu cầu áp dụng các nguyên tắc quan trọng của mua sắm công như công bằng, bình đẳng, không phân biệt đối xử với tất cả các nhà thầu, minh bạch đối với các yêu cầu dự thầu và quy trình ra quyết định của bên mời thầu.

Từ những nghiên cứu trên có thể thấy rằng, mặc dù vẫn dựa trên luật hợp đồng thông thường được hình thành từ các án lệ truyền thống (common law), chế độ pháp lý đối với hợp đồng chính phủ ở Anh còn ghi nhận sự gia tăng tầm quan trọng của luật công (public law) do những đặc điểm của cơ quan công quyền tham gia với tư cách một bên trong hợp đồng chính phủ.

3.1.1.4 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở Trung Quốc

Hợp đồng hành chính ở Trung Quốc có nguồn gốc từ cải cách cơ cấu kinh tế kể từ thế kỷ II, Đại hội Đảng lần thứ ba Ủy ban Trung ương Đảng CSTQ. Bây giờ, hợp đồng hành chính trở thành một phương tiện phổ biến trong quản lý hành chính sau nhiều năm thực hiện. Đối với Trung Quốc, hợp đồng hành chính là một hợp

đồng được thỏa thuận thông qua đàm phán song phương với một chủ thể quản lý với tư cách là một bên hợp đồng phân biệt với tư cách khác khi là người quản lý hành chính.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc (1999)¹¹² có quy định về một số nội dung HĐHC như: giao kết HĐHC, quyền và nghĩa vụ của các bên, Sửa đổi, hủy bỏ và chấm dứt hợp đồng hành chính. Giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính ở Trung Quốc được thực hiện theo quy định của Luật giải quyết tranh chấp hành chính 2014 (Administrative Litigation Law).

Phương thức đối tác công tư được thực hiện ở Trung Quốc từ những năm 1980, bao gồm hình thức BOT, nhượng bộ và các hình thức hợp tác khác giữa chính quyền địa phương và nhà đầu tư nước ngoài. Các văn bản quy định về PPP bao gồm một số văn bản do Bộ Tài chính ban hành, chẳng hạn như: Thông báo của Bộ Tài chính về các vấn đề liên quan đến Thúc đẩy PPP, được ngày 23 tháng 9 năm 2014; Thông báo của Bộ Tài chính về Quy định Quản lý Hợp đồng PPP, ngày 30 tháng 12 năm 2014; Ngoài ra, các điều khoản liên quan đến PPP có trong: Ý kiến chỉ đạo của Hội đồng Nhà nước về đổi mới cơ chế đầu tư và tài chính và khuyến khích đầu tư xã hội vào các lĩnh vực then chốt, ngày 16 tháng 11 năm 2014; Các biện pháp quản lý mua sắm chính phủ trong các dự án đối tác công tư (được thông qua vào ngày 31 tháng 12 năm 2014); trong Ý kiến hướng dẫn của Bộ tài chính, Ủy ban cải cách và phát triển quốc gia và Ngân hàng Nhân dân về thúc đẩy PPP trong dịch vụ công, ngày 19 tháng 5 năm 2015. Bên cạnh đó, Luật Đấu thầu của Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa thường áp dụng cho đấu thầu theo hình thức PPP. Việc mua sắm theo hình thức PPP có thể được thực hiện theo Luật Mua sắm Chính phủ của CHND Trung Hoa¹¹³. Mới đây, Trung Quốc đang dự thảo Luật PPP, trong đó quy định về hợp đồng PPP là một loại hợp đồng hành chính.

¹¹² Contract Law of China (1999), http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/200712/11/content_1383564.htm, truy cập 12/04/2021.

¹¹³ <https://bpp.worldbank.org/economy/CHN>, truy cập ngày 12/04/2021.

3.1.2 Giao kết hợp đồng hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia

3.1.2.1 Giao kết hợp đồng hành chính ở Pháp

Theo M. Lombard, Gilles Dumont (2007),¹¹⁴ dựa trên bản chất của hợp đồng theo luật tư (Bộ luật dân sự Pháp năm 1804), nguyên tắc tự do hợp đồng cũng được áp dụng đối với các hợp đồng hành chính nhưng phạm vi tự do hợp đồng bị giới hạn trong các quy định của luật công. Tự do hợp đồng nghĩa là các bên hợp đồng được quyết định có tham gia hay không tham gia hợp đồng, tự do lựa chọn loại hợp đồng, lựa chọn đối tác giao kết hợp đồng, xác định các nội dung hợp đồng, quyết định theo ý chí của mình việc giao kết hợp đồng. Tham chính viện đã công nhận tự do hợp đồng như một nguyên tắc khi cho rằng các hành vi vi phạm nguyên tắc tự do hợp đồng phải được giải thích một cách chặt chẽ. Hợp đồng hành chính giao kết với một bên là cơ quan nhà nước, dù mang tính chất hành chính nhưng vẫn là những hợp đồng thực thụ vì vậy nên các nguyên tắc hợp đồng theo luật tư vẫn được áp dụng cho các hợp đồng theo luật công. Điều này có nghĩa là những giới hạn của nhà lập pháp không thể hạn chế đến mức làm mất quyền này, nhất là đối với chính quyền địa phương. Nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng bị giới hạn đối với cơ quan hành chính. Đối với hợp đồng giao thầu công, nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng không được áp dụng mà áp dụng nguyên tắc lựa chọn hồ sơ chào thầu có lợi nhất về kinh tế, trong nhiều trường hợp còn xem xét tới tiêu chí về xã hội hoặc môi trường để lựa chọn nhà thầu. Tuy nhiên, đối với hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công, nguyên tắc này phải áp dụng để đảm bảo sự bình đẳng giữa các nhà thầu. Do đó, cơ quan hành chính có nghĩa vụ thực hiện tự do lựa chọn người được ủy quyền và không được phép thực hiện thủ tục khác như rút thăm hoặc chọn hồ sơ chào thầu có lợi nhất về kinh tế. Ngoài ra, những yêu cầu của pháp luật cạnh tranh Pháp và Châu Âu là yếu tố hạn chế lớn đối với quyền tự do lựa chọn đối tác giao kết hợp đồng hành chính. Ví dụ, bản án của Tham chính viện 03/11/1997 tuyên bố các điều khoản của hợp đồng không được làm cho doanh nghiệp rơi vào tình thế vi phạm

¹¹⁴ M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, tr.403 – 405.

quy định của Điều 8 Pháp lệnh ngày 01/12/1986 về các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh. Từ án lệ này, Tòa án có thể căn cứ vào yêu cầu của pháp luật cạnh tranh để tiến hành kiểm tra thực tế về tính hợp pháp của các quyết định giao kết hợp đồng, kể cả các hợp đồng liên quan đến dịch vụ công. Bên cạnh đó, Luật ngày 29/01/1993 quy định một thủ tục đặc biệt nhằm bảo đảm tuân thủ tục thông báo công khai và mời chào hàng cạnh tranh để giúp đảm bảo tính minh bạch trong lựa chọn bên giao kết hợp đồng.

Điều 3 của Bộ luật mua sắm công của Pháp năm 2018 (French Public Procurement Code) đã quy định các nguyên tắc được áp dụng khi lựa chọn thực hiện hợp đồng công (áp dụng cho cả hợp đồng mua sắm công, hợp đồng nhượng quyền, hợp đồng đối tác công tư): nguyên tắc đối xử bình đẳng yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải đối xử bình đẳng, không phân biệt đối xử đối với các nhà thầu; nguyên tắc tiếp cận mở đối với hợp đồng công yêu cầu mỗi nhà thầu đều có thể tiếp cận được, được hỗ trợ từ phía cơ quan nhà nước thông qua công bố công khai các tài liệu liên quan đến dự thảo của dự án và các điều kiện tiêu chuẩn dự kiến liên quan đến đối tượng hợp đồng; nguyên tắc minh bạch yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải báo cáo các quy tắc chính sẽ áp dụng đối với việc đấu thầu, cơ quan nhà nước phải giải trình rõ ràng về quyết định chọn thầu cuối cùng; nguyên tắc hợp lý hoá mua sắm công; nguyên tắc sử dụng hợp lý quỹ công.

Về phía nhà nước tham gia với tư cách một bên hợp đồng PPP ở Pháp rất rộng. Ngoài các cơ quan công quyền (nhà nước, chính quyền địa phương và các tổ chức công của nhà nước), còn có thể là các tổ chức tư nhân được tạo ra với mục đích đặc biệt để đáp ứng lợi ích công, không có mục đích thương mại hoặc tổ chức được thành lập bởi một số tổ chức của nhà nước để cùng thực hiện một số hoạt động công. Đặc biệt, các cơ sở y tế công lập, cơ quan an sinh xã hội và một số đơn vị nhà nước hoặc tư nhân theo đuổi sứ mệnh công ích và được tài trợ chủ yếu của ngân sách quốc gia (tức là liên doanh công tư và các doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước) cũng được ký hợp đồng PPP. Một chủ thể quan trọng khác trong lĩnh vực PPP ở Pháp là Dịch vụ hỗ trợ PPP. Đây là một đơn vị chuyên trách trong Bộ Kinh

tế hỗ trợ các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các hợp đồng PPP như đánh giá sơ bộ, hỗ trợ và tư vấn cho các cơ quan công quyền trong việc chuẩn bị và đàm phán các hợp đồng PPP.

Thủ tục đấu thầu và trao thầu đối với các hợp đồng PPP được quy định chặt chẽ trong Bộ luật PPP. Có loại ba thủ tục cấp chính có thể được thực hiện: (1) đối thoại cạnh tranh trong trường hợp các dự án đặc biệt phức tạp mà các cơ quan nhà nước không thể xác định một cách khách quan các phương tiện kỹ thuật hoặc chỉ rõ các khía cạnh pháp lý hoặc tài chính của một dự án; (2) một thủ tục thương lượng; hoặc (3) một cuộc đàm phán giới hạn cho những người dự thầu. Các thủ tục này đảm bảo nguyên tắc minh bạch, công bằng trong mời thầu và trúng thầu tạo tiền đề để giao kết hợp đồng chính thức.

3.1.2.2 Giao kết hợp đồng hành chính ở Đức

Thuật ngữ PPP đã được sử dụng trong Hiến pháp Liên bang Đức từ năm 2017 (Điều 90 (2)) và đã được đưa vào một số luật. PPP liên quan đến các hình thức hợp tác lâu dài giữa chính phủ và một công ty tư nhân, thường liên quan đến các dự án cơ sở hạ tầng tốn kém. Thảo luận về PPP ở Đức thường tập trung vào các dự án liên quan đến hợp tác xây dựng, bảo trì hoặc vận hành các tuyến đường công cộng và các tòa nhà (ví dụ: bệnh viện). Nhiều thành phố của Đức đã nhượng quyền cho các công ty tư nhân trong việc sửa chữa, lắp đặt mới và vận hành mạng lưới điện đô thị. Các nhà quảng cáo ngoài gia đình ký hợp đồng dài hạn với các thành phố lớn của Đức. Đề án thu phí của Đức đối với việc sử dụng đường ô tô của các phương tiện chở hàng nặng được thiết kế, xây dựng và cho đến gần đây, được vận hành bởi một liên doanh của các công ty tư nhân. Các hiệp định yêu cầu đầu tư đáng kể từ các công ty khu vực tư nhân và bao gồm các nghĩa vụ hợp tác. Hơn nữa, các cơ quan công quyền và khu vực tư nhân đã thiết lập các hình thức PPP được thể chế hóa dưới hình thức liên doanh để vận hành các sân bay (ví dụ: các sân bay quốc tế ở Frankfurt, Dusseldorf và Hamburg). Trong bối cảnh đại dịch covid-19, các PPP liên quan đến việc phát triển và vận hành cơ sở hạ tầng kỹ thuật số, đáng chú ý nhất là

ứng dụng thông báo phơi nhiễm coronavirus của chính phủ hoặc một hình thức hợp tác công tư là chính phủ tài trợ quy mô lớn cho nghiên cứu và phát triển vắc-xin covid-19 và tăng nhanh quy mô năng lực sản xuất để đổi lấy một phần vắc-xin hợp lý.

Cơ quan có thẩm quyền ký kết hợp đồng PPP gồm các cơ quan ở liên bang và chính quyền các bang. Chính phủ liên bang có thẩm quyền ký hợp đồng PPP trong các lĩnh vực như quân sự, đường thủy liên bang và cơ sở hạ tầng đường sắt và phần lớn cơ sở hạ tầng do các bang liên bang quản lý, các dịch vụ công khác như đường của bang, trường đại học, trường học và nhà tù. Ở cấp liên bang, cơ quan có thẩm quyền thường là các Bộ phụ trách vấn đề có liên quan (ví dụ: Bộ Giao thông vận tải và Cơ sở hạ tầng kỹ thuật số, Bộ Quốc phòng Liên bang hoặc Bộ Tài chính Liên bang) hoặc một cơ quan liên bang cấp dưới. Ở cấp bang, các dự án cũng có thể được quản lý ở cấp thành phố hoặc cấp huyện. Điều này áp dụng cho các bệnh viện, trường học, giao thông địa phương và khu vực bằng xe buýt và xe lửa, cung cấp điện và nước. Các cơ quan có thẩm quyền ký hợp đồng ở cấp thành phố là chính quyền địa phương hoặc thành phố, hoặc các tổ chức tương ứng của họ. Trong trường hợp các nhiệm vụ cấp vùng (ví dụ như bệnh viện), cơ quan ký hợp đồng có thể là huyện. Các đô thị cũng có thể hình thành các chủ thể đặc biệt để thực hiện các nhiệm vụ công cộng nhất định, đặc biệt là liên quan đến giao thông khu vực, cấp nước và quản lý chất thải. Ngoài ra, Văn phòng Kiểm toán Liên bang (tức là các kiểm toán viên liên bang) và các cơ quan tương đương của nó ở cấp tiểu bang xem xét kỹ lưỡng các dự án PPP đang thực hiện và trong tương lai.¹¹⁵

Các bên khu vực tư nhân có thể tham gia vào hợp đồng PPP thông qua một cuộc đấu thầu công khai. Thông báo mời thầu sẽ đưa ra các thông tin về loại hợp đồng, giá trị của hợp đồng, tiêu chí lựa chọn nhà thầu và tiêu chí trao thầu. Cơ quan công quyền phải xem xét liệu các ứng viên có đáp ứng các tiêu chí lựa chọn hay

¹¹⁵ <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>, truy cập ngày 28/04/2021.

không. Các tiêu chí được đưa ra để loại bỏ các ứng viên không đáp ứng như người đại diện công ty phạm tội hoặc công ty đang làm thủ tục phá sản. Ngoài ra, cơ quan ký hợp đồng có thể sử dụng các tiêu chí lựa chọn liên quan đến tình hình kinh tế và tài chính của nhà thầu (ví dụ: yêu cầu tối thiểu về doanh thu hàng năm cụ thể hoặc yêu cầu bảo hiểm tối thiểu) và các tiêu chí liên quan đến năng lực chuyên môn và kỹ thuật.

Trước khi sử dụng một cơ cấu mua sắm công cụ thể như PPP, chính phủ phải tiến hành phân tích chi phí - lợi ích theo yêu cầu về quản lý ngân sách để đánh giá, quyết định các khả năng mua sắm khác nhau. Luật pháp của tiểu bang có các yêu cầu tương tự đối với các quyết định của tiểu bang và thành phố. Phân tích này cũng sẽ xem xét các rủi ro của các phương án cơ cấu khác nhau và đặc biệt là khả năng có sự tham gia của khu vực tư nhân để hoàn thành nhiệm vụ hoặc dịch vụ. Cơ quan ký hợp đồng xác định rõ hơn các yêu cầu đối với các đề xuất trong hồ sơ mời thầu và mời thầu. Điều này có thể bao gồm các yêu cầu về công trình hoặc thông số kỹ thuật dịch vụ, giá cả và thông tin bổ sung về chất lượng của dịch vụ hoặc công trình. Việc lựa chọn nhà thầu thành công phải dựa trên các tiêu chí đánh giá do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cung cấp trong hồ sơ mời thầu. Trong quá trình thực hiện hợp đồng có thể sửa đổi các hợp đồng PPP, trường hợp thỏa thuận sửa đổi làm thay đổi các điều khoản cơ bản thì phải thực hiện một thủ tục mua sắm công mới để ký hợp đồng PPP mới thay thế.

3.1.2.3 Giao kết hợp đồng hành chính ở Anh

Chủ thể của hợp đồng chính phủ ở Anh có thể chính quyền trung ương và chính quyền địa phương. Thực tế thì quyền hạn ký kết hợp đồng của chính quyền trung ương được ngầm định mà không cần bất kỳ văn bản nào quy định vì được thừa kế từ năng lực giao kết hợp đồng của Vương quyền. Như Turpin giải thích: “Nhà Vua có năng lực chung để thiết lập hợp đồng không phụ thuộc vào thẩm

quyền theo luật định”.¹¹⁶ Đối với chính quyền địa phương có quyền hạn ký kết hợp đồng chính phủ theo Luật chính quyền địa phương 1972 (Local Government Act 1972). Theo đó, chính quyền địa phương có quyền thực hiện bất kỳ điều gì (liên quan đến việc chi tiêu, vay hoặc cho vay tiền hoặc mua sắm hoặc xử lý bất kỳ tài sản nào hoặc các quyền) được tính toán để có lợi cho việc thực hiện bất kỳ chức năng nào của chính quyền (Điều 111(1)). Chính quyền địa phương ban hành các thủ tục thực hiện quyền hạn hợp đồng của mình trên cơ sở luật này.

3.1.2.4 Giao kết hợp đồng hành chính ở Trung Quốc

Theo đó, có ba trường hợp để các cơ quan hành chính được ký kết hợp đồng hành chính: việc ký kết HĐHC phải xuất phát từ yêu cầu của quản lý hành chính; trong giới hạn chức năng và thẩm quyền do pháp luật quy định; chính sách và luật quốc gia phải cho phép nội dung của hợp đồng. Có bốn phương pháp để ký kết hợp đồng, cụ thể thông qua đấu thầu, bán đấu giá, báo giá mời, đàm phán trực tiếp.

Phạm vi sử dụng hợp đồng PPP rất rộng lớn, ở cả cấp trung ương và địa phương. Điều 4 (12) của Ý kiến chỉ đạo của Bộ Tài chính và Ngân hàng Nhân dân về Thúc đẩy PPP trong Dịch vụ công, ngày 19/5/2015 (Guiding Opinions of the MOF, NDRC and the People's Bank on Promoting PPP in Public Service) quy định rằng “trong các lĩnh vực năng lượng, giao thông, thủy lợi, bảo vệ môi trường, nông nghiệp, các dự án lâm nghiệp, khoa học công nghệ, nhà ở giá rẻ, y tế, chăm sóc sức khỏe, lương hưu, giáo dục, văn hóa và các dịch vụ công khác thì khuyến khích áp dụng hình thức PPP để thu hút vốn xã hội tham gia”. Điều 2 (2) của Thông báo của Bộ Tài chính về các vấn đề liên quan đến thúc đẩy quan hệ đối tác công - tư, được công bố vào ngày 23/9/2014 quy định rằng “các sở tài chính các cấp cần chú trọng đến cơ sở hạ tầng đô thị và các lĩnh vực dịch vụ công, chẳng hạn như cấp nước đô thị, cấp nhiệt, cung cấp khí đốt, xử lý nước thải và rác thải, các dự án nhà ở được

¹¹⁶ C.Turpin, Government contracts (1972), Penguin books: Harmondsworth, tr.19 dẫn theo AC.L.Davies (2008), sđd, tr.43.

chính phủ trợ cấp, các hành lang ngân hàng toàn diện, vận chuyển đường sắt, và các cơ sở dịch vụ y tế và tài trợ”¹¹⁷.

Nguyên tắc bình đẳng, không phân biệt đối xử trong PPP được đảm bảo. Theo thông báo của Bộ Tài chính về việc thúc đẩy hơn nữa quan hệ đối tác công tư trong các dịch vụ công (The Ministry of Finance’s Notice on Further Advancing the Public-Private Partnership in Public Services) nêu rõ tại điều 3 rằng sở tài chính các cấp sẽ phối hợp với các cơ quan liên quan để tạo ra một sân chơi bình đẳng và khuyến khích các doanh nghiệp thuộc mọi loại hình sở hữu bao gồm cả nhà nước- doanh nghiệp có vốn chủ sở hữu, doanh nghiệp tư nhân, doanh nghiệp hỗn hợp và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tham gia vào các dự án PPP theo cùng yêu cầu về tư cách hợp lệ và đối xử bình đẳng; thiết lập các tiêu chuẩn và điều khoản mua sắm nhằm đảm bảo mua sắm công bằng, công bằng và cởi mở, đồng thời ngăn chặn sự đối xử khác biệt hoặc phân biệt đối xử đối với các đối tác tiềm năng theo các điều khoản không hợp lý (bao gồm quá cao hoặc không liên quan yêu cầu về tính đủ điều kiện và số tiền ký quỹ quá nhiều), để thúc đẩy đầu tư tư nhân. Các sở tài chính ở tất cả các cấp sẽ không cung cấp bất kỳ trợ cấp và ưu đãi chính sách nào cho bất kỳ dự án PPP nào có sự đối xử khác biệt hoặc phân biệt đối xử về nguồn vốn xã hội.

3.1.3 Nội dung hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia

3.1.3.1 Nội dung hợp đồng hành chính trong pháp luật Pháp

Nếu như hợp đồng dân sự dựa trên nền tảng cơ bản là thỏa thuận ý chí giữa các bên, thì hợp đồng hành chính lại dựa trên nền tảng cơ bản là dịch vụ công. Chính dịch vụ công là nền tảng tạo nên những đặc thù trong quy chế của hợp đồng hành chính. Gaston Jeze đã nói: “bên giao kết một hợp đồng với cơ quan hành chính sẽ không chỉ có nghĩa vụ là tránh làm phiền hà đến dịch vụ công mà còn phải thúc đẩy,

¹¹⁷ https://storage.googleapis.com/wb-bid/Economy/Full/BID_2020_China_PPP_Full.pdf, truy cập ngày 14/04/2021.

tạo thuận lợi cho hoạt động hành chính”¹¹⁸. Bởi vậy bên công quyền trong hợp đồng hành chính có tư cách là người đại diện cho công quyền và có thể được trao những ưu tiên để thực hiện tốt nhất nhiệm vụ của mình. Để thực thi dịch vụ công thì hành chính không muốn từ bỏ ưu quyền của mình, ngay cả khi giao kết hợp đồng.

Những ưu quyền của hành chính ngay trong hợp đồng hành chính là: Quyền được kiểm soát đối tác của mình, để giám sát cung cách thực thi nhiệm vụ bảo đảm dịch vụ công phù hợp nhất; Quyền trừng phạt; Quyền sửa đổi đơn phương các điều khoản của hợp đồng; quyền huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng. Đây là những ưu quyền gắn bó chặt chẽ với việc tổ chức thực hiện các dịch vụ công. Và trong các quốc gia theo mô hình nhà nước tập trung, cơ quan hành chính được coi như là không thể từ bỏ nhiệm vụ tổ chức dịch vụ công. Sự mở rộng những ưu quyền này đến đâu là phản ánh vị trí ưu tiên đến chừng nào của cơ quan hành chính trong nền kinh tế mà thẩm phán hành chính dành cho cơ quan này. Thậm chí có học giả cho rằng khi thẩm phán càng nhấn mạnh sự bất bình đẳng giữa các bên giao kết hợp đồng hành chính họ càng mở rộng thêm phạm vi của các đặc quyền hành chính mà không quá quan tâm đến cơ sở để mở rộng chúng¹¹⁹.

Theo Martine Lombard, Gilles Dumont (2007), trong quá trình thực hiện hợp đồng hành chính thể hiện rõ nét tính chất bất bình đẳng của giữa cơ quan hành chính nhà nước và bên tư nhân. Ý chí của cơ quan hành chính được đặt lên trên quan hệ hợp đồng, mặc dù bên đối tác tư nhân vẫn có quyền được duy trì cân bằng về tài chính. Cơ quan hành chính nhà nước có một số đặc quyền giúp họ can thiệp sâu vào quá trình thực hiện hợp đồng, gồm quyền chỉ đạo và kiểm tra, quyền đơn phương sửa đổi hợp đồng, quyền đình chỉ hợp đồng và quyền xử phạt vi phạm hợp đồng. Bên giao kết hợp đồng với cơ quan hành chính nhà nước có quyền được thanh toán thù lao cho các công việc làm thêm ngoài hợp đồng, quyền được bồi

¹¹⁸ Jean-Baptiste SEUBE, Contrats de droit privé – contrats administratifs: points de convergence ? RJOI Numéro 6 - Année 2005-2006, p.39

¹¹⁹ La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel, Stéphanie Clamens, Revue Actualité Juridique Française <https://www.rajf.org/spip.php?article9>

thường thiệt hại do cơ quan hành chính nhà nước đưa ra một quyết định làm tăng chi phí thực hiện hợp đồng nhằm tái lập sự cân bằng tài chính ban đầu, quyền được bồi thường thiệt hại do tình huống không thể dự kiến trước nếu như không tiếp tục thực hiện hợp đồng trong điều kiện ban đầu¹²⁰.

Quyền của cơ quan hành chính nhà nước bao gồm:

Cơ quan nhà nước trong hợp đồng có quyền chỉ đạo và kiểm tra việc thực hiện hợp đồng hành chính. Theo một án lệ của Tham chính viện (Bản án Léonard, ngày 27/07/1932) do hợp đồng hành chính là một phương thức thực hiện nhiệm vụ thuộc trách nhiệm của nhà nước nên đảm bảo lợi ích chung là căn cứ cho phép cơ quan hành chính kiểm tra, giám sát sao cho hợp đồng hành chính được thực hiện đúng và đầy đủ. Những đặc quyền này cho phép cơ quan hành chính chỉ đạo bên đối tác hợp đồng về cách thức thực hiện hợp đồng.

Quyền đơn phương sửa đổi hợp đồng phải được thực hiện trên cơ sở lợi ích chung của cộng đồng, điều đó có nghĩa là điều khoản về tài chính không thể đơn phương bị sửa đổi. Ngoài ra, việc sửa đổi hợp đồng không được ảnh hưởng tới cơ cấu chung của hợp đồng. Bên giao kết hợp đồng với cơ quan nhà nước có quyền từ chối sửa đổi hợp đồng và có thể yêu cầu tòa án ra quyết định đình chỉ hợp đồng.

Quyền đình chỉ hợp đồng được cơ quan nhà nước thực hiện với lý do phục vụ lợi ích chung và trên cơ sở chứng minh được vào ngày ra quyết định đình chỉ rằng việc khai thác dịch vụ phải bị hủy bỏ hoặc xác lập lại trên những cơ sở mới. Tuy nhiên khi đình chỉ hợp đồng, cơ quan hành chính nhà nước phải bồi thường toàn bộ thiệt hại gây ra cho bên kia.

Quyền xử lý vi phạm hợp đồng có nghĩa là cơ quan hành chính nhà nước có thể tự mình xử lý vi phạm hợp đồng của bên giao kết hợp đồng với mình mà không cần đến tòa án. Biện pháp xử lý có thể là phạt tiền hoặc mang tính chất cưỡng chế buộc bên vi phạm phải tiếp tục thực hiện hợp đồng. Ngoài ra, biện pháp đình chỉ

¹²⁰ M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp, tr.407 – 412.

hợp đồng cũng có thể sử dụng như một biện pháp xử phạt nếu hợp đồng có quy định như vậy.

Quyền của bên tư nhân giao kết hợp đồng hành chính bao gồm:

Quyền được thanh toán thù lao cho những công việc làm thêm ngoài hợp đồng. Bên cạnh quyền được thanh toán giá hợp đồng như xác định ban đầu, bên tư nhân còn được thanh toán các khoản thù lao cho các công việc cơ quan hành chính yêu cầu làm thêm, hoặc trả tiền bù đắp cho những điều kiện ràng buộc mà cơ quan hành chính yêu cầu thêm so với quy định ban đầu. Thuyết “điều kiện ràng buộc bất ngờ” mang lại cho bên đối tác tư nhân quyền được thanh toán thêm trong trường hợp các điều kiện thực hiện hợp đồng bị đảo lộn, ngay cả khi các điều kiện ràng buộc đó không phải là hệ quả trực tiếp từ hành vi của cơ quan hành chính. Ngoài ra, nếu nhà thầu thực hiện các công việc được coi là không thể thiếu, dù không có lệnh của cơ quan hành chính nhà nước thì cũng sẽ được thanh toán thù lao trên cơ sở giá quy định của hợp đồng.

Quyền được bồi thường thiệt hại do cơ quan hành chính nhà nước đưa ra một quyết định làm tăng chi phí thực hiện hợp đồng nhằm tái lập sự cân bằng tài chính ban đầu. Quyền này dựa trên lý thuyết về quyết định can thiệp hành chính (Tham chính viện, Bản án Union des transports publics urbains et régionaux, ngày 02/02/1983). Tuy vậy, bên giao kết hợp đồng với cơ quan hành chính nhà nước chỉ được bồi thường thiệt hại với hai điều kiện: thứ nhất, quyết định bị khiếu kiện do chính cơ quan nhà nước đã giao kết hợp đồng ban hành; thứ hai, quyết định đó đề cập đến chính đối tượng của hợp đồng hoặc làm thay đổi nội dung cơ bản của hợp đồng (Tòa án hành chính phúc thẩm Paris, Bản án Société Renoveco, ngày 25/05/1993). Trường hợp tăng chi phí do tăng địa phương tăng thuế thì nhà thầu không được bồi thường.

Quyền được bồi thường thiệt hại do tình huống không thể dự kiến trước nếu như không tiếp tục thực hiện hợp đồng trong điều kiện ban đầu. Trong trường hợp phát sinh các sự kiện ngoài ý chí của các bên và không thể dự kiến được lúc ký kết

hợp đồng thì các bên hợp đồng phải đàm phán lại, tìm kiếm các giải pháp có thể điều chỉnh việc thực hiện hợp đồng cho phù hợp với hoàn cảnh mới, việc một trong các bên từ chối đàm phán lại là không có căn cứ. Tuy nhiên, nếu không thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng thì bên tư nhân có quyền khởi kiện ra tòa án yêu cầu bù đắp một phần thiệt hại do phải tiếp tục thực hiện hợp đồng trong thời gian cơ cấu hợp đồng bị thay đổi. Bên tư nhân luôn phải chịu từ 5% tới 10% tổng số thiệt hại. Việc xác định tỷ lệ này dựa trên cơ sở bên tư nhân có nhanh chóng nỗ lực tìm cách khắc phục khó khăn do sự kiện không lường trước được hay không. Nếu không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng và tình hình không thể phục hồi thì có thể coi là trường hợp bất khả kháng để đình chỉ hợp đồng.

Trách nhiệm hành chính được áp dụng trong hợp đồng hành chính tương đối hạn chế. Trách nhiệm hợp đồng chỉ có thể là trách nhiệm do lỗi – một trong các bên vi phạm nghĩa vụ quy định trong hợp đồng hoặc cơ quan hành chính nhà nước lạm dụng đặc quyền trong quá trình thực hiện hợp đồng. Chỉ trong trường hợp bất khả kháng hoặc bên bị thiệt hại có lỗi thì cơ quan nhà nước mới được miễn một phần hoặc toàn bộ trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng. Cơ quan hành chính không thể viện dẫn hành vi của người thứ ba để được miễn trách nhiệm. Thiệt hại phải trực tiếp phát sinh từ lỗi của cơ quan hành chính nhà nước thì mới phải chịu trách nhiệm, mới được có thể được bồi thường. Thiệt hại được bồi thường toàn bộ với điều kiện tương tự như trong chế định trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng.

Ở Pháp, hợp đồng PPP thể hiện được đặc trưng của một hợp đồng hành chính khi trong Bộ luật PPP quy định cho cơ quan công quyền đơn phương sửa đổi hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng trên cơ sở lợi ích công cộng. Tuy nhiên, thẩm quyền của việc sửa đổi được giới hạn để việc sửa đổi không thể dẫn đến phá vỡ cấu trúc tổng thể của hợp đồng. Bộ luật PPP vẫn bảo vệ các bên hợp đồng như sự cân bằng kinh tế của hợp đồng phải được duy trì và bên hợp đồng tư nhân phải được bồi thường thỏa đáng cho những thiệt hại phải chịu. Trong nội dung của hợp đồng PPP phải bao gồm một số điều khoản bắt buộc, chẳng hạn như thời hạn của hợp đồng, điều kiện chia sẻ rủi ro giữa bên cấp và bên đồng hợp đồng, mục tiêu thực hiện

được giao cho bên đồng hợp đồng, các điều khoản thanh toán và hậu quả của chấm dứt hợp đồng. Ngoài ra, còn có các điều khoản khác theo sự thỏa thuận của nhà nước và nhà thầu. Hợp đồng PPP dựa trên sự phân bổ rõ ràng các rủi ro giữa các tổ chức nhà nước và tư nhân do các bên thương lượng. Tuy vậy, bên nhà nước thường chuyển phần lớn rủi ro cho tư nhân. Các rủi ro liên quan đến việc thực hiện hợp đồng (ví dụ như sự chậm trễ trong việc hoàn thành và bàn giao công trình, rủi ro thiết kế) thường do đơn vị tư nhân gánh chịu.

Tại Pháp, Tham Chính viện nhấn mạnh rằng cơ quan công quyền là chủ thể hợp đồng có quyền chấm dứt hợp đồng hành chính ngay cả trong trường hợp hợp đồng không quy định (Bản án của Tham Chính Viện ngày 30 tháng 9 năm 1983 - SARL Comexp). Theo đặc quyền của cơ quan nhà nước “*jus imperii*” được giải thích bằng cách bảo vệ lợi ích công cộng, cơ quan công quyền có quyền chấm dứt hợp đồng và yêu cầu các nhà thầu của mình phải thanh toán thiệt hại theo các điều khoản của hợp đồng. Sự bảo vệ về lợi ích tài chính này khiến cho việc tranh luận trước tòa hành chính về việc bị chấm dứt hợp đồng một cách yếu ớt và tranh chấp thường kết thúc bằng tính toán trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Tuy vậy, gần đây có sự thay đổi trong quyền chấm dứt hợp đồng này bằng bản án của Tham Chính Viện (the Conseil d'Etat on 21 March 2011 in the so-called "Beziers II" case (no. 304.806), theo đó tòa án hành chính cho phép trong thời gian hai tháng từ ngày cơ quan nhà nước đơn phương chấm dứt hợp đồng, bên kia có thể yêu cầu tiếp tục quan hệ hợp đồng. Conseil d'Etat đã nhanh chóng áp dụng án lệ mới này bằng cách xác nhận việc chấm dứt hợp đồng chiếm đất vì lý do liên quan đến các điều khoản tài chính tốt hơn (ngày 23 tháng 5 năm 2011, số 328.525). Sau đó, bản án được áp dụng để từ chối các động cơ lấy lại quyền quản lý một dịch vụ công (ngày 4 tháng 6 năm 2014, số 368.895). Gần đây hơn, sau đơn kiện của một nhà cung cấp dịch vụ, Tòa án hành chính của Strasbourg đã ra phán quyết rằng một thành phố không thể chấm dứt hợp đồng tư vấn một cách hợp lệ với lý do nhóm thành phố mới có cách tiếp cận mới cho một dự án do nhóm trước đó đưa ra (13 Tháng 6 năm 2018, số 1603336). Nhưng trường hợp chỉ là về thiệt hại. Quyết định của Tòa án Hành chính

Cergy-Pontoise ngày 18/7/2018 (số 1507487) cho thấy Nhà nước Pháp không có căn cứ về lợi ích chung để biện minh cho việc chấm dứt hợp đồng liên quan đến việc thiết lập và quản lý dịch vụ cho môi trường thuế cho xe tải. Do đó, sự chú ý của tòa án đang dần chuyển sang đánh giá lợi ích công cộng trong bối cảnh chấm dứt hợp đồng. Nhưng còn các nhà thầu tư nhân cũng khó thực hiện theo án lệ "Béziers II". Bởi vì thứ nhất, án lệ từ lâu đã được đánh dấu bởi sự chấp nhận rộng rãi của lợi ích chung. Và không có lý do cụ thể nào để dự đoán việc thắt chặt cách tiếp cận luật pháp này - ngay cả khi điều này không ngăn chặn, trong từng trường hợp cụ thể, các quyết định bất lợi cho cơ quan công quyền. Thứ hai, nhiều công ty sẽ không muốn nối lại hợp đồng, vì nó có vẻ khó khăn về mặt thương mại và trên thực tế khi áp đặt cho khách hàng một mối quan hệ mà họ không muốn nữa. Nhà thầu thường sẽ chọn yêu cầu bồi thường, vì các quy tắc để tính toán nó là thỏa đáng. Cuối cùng, trừ khi một người nhận được lệnh tạm thời để tiếp tục hợp đồng, khung thời gian của các thủ tục tố tụng tại tòa án thường vượt quá khoảng thời gian mà nó sẽ được áp dụng, nếu nó chưa bị chấm dứt. Do đó, khi thẩm phán xem xét đơn kiện, có thể đã quá muộn để ra lệnh nối lại quan hệ hợp đồng, vì dù sao thì quan hệ hợp đồng này cũng đã kết thúc (Conseil d'Etat, ngày 18/12/2015, số 373.255). Trong bối cảnh này, người ta hiểu tại sao, bất chấp sự phát triển của án lệ, biện pháp bảo vệ mà các nhà thầu nên tìm thấy trong việc kiểm soát tư pháp đối với các lý do lợi ích chung do chính quyền viện dẫn chủ yếu vẫn là lý thuyết¹²¹. Ngược lại, khi bên cơ quan nhà nước không đáp ứng các nghĩa vụ của mình, nhà thầu của họ không thể đơn phương chấm dứt hợp đồng, chỉ có quyền tìm kiếm công lý thông qua chế tài buộc cơ quan nhà nước thực hiện hợp đồng và bồi thường thiệt hại.

Đối với Hợp đồng PPP ở Pháp được chấm dứt trước thời hạn được thực hiện trong một số trường hợp như chấm dứt vì lợi ích chung, do vi phạm hợp đồng của cơ quan công quyền, do không hoàn thành nghĩa vụ theo quyết định của Tòa án

¹²¹ Xem thêm: <https://www.mondaq.com/france/contracts-and-commercial-law/869718/control-over-the-general-interest-motives-justifying-the-termination-of-an-administrative-contract-what-are-the-practical-consequences>, truy cập ngày 05/05/2021

Công lý của Liên minh Châu Âu, vì lý do bất khả kháng, hoặc chấm dứt do vi phạm hợp đồng của bên tư nhân. Một trong những nội dung chính quy định trong Bộ luật PPP là việc tuân thủ nguyên tắc bồi thường các chi phí tài chính phát sinh theo hợp đồng PPP trong trường hợp hủy bỏ hợp đồng do bên thứ ba khởi kiện tới tòa án. Trong trường hợp đó, bên tư nhân thể yêu cầu bồi thường cho tất cả các chi phí phát sinh theo hợp đồng đối tác công tư, kể cả bao gồm các chi phí tài chính phát sinh để đảm bảo thực hiện hợp đồng.

3.1.3.2 Nội dung hợp đồng chính phủ theo pháp luật Anh

Nội dung quan trọng trong hợp đồng PPP chính là phân bổ rủi ro của các bên. Trong hợp đồng, cơ quan có thẩm quyền giữ lại hoặc chia sẻ những rủi ro liên quan đến một số sự kiện nhất định, quy định những sự kiện xảy ra mà nhà thầu được miễn trách nhiệm và các trường hợp được bồi thường thêm. Mức độ cứu trợ hoặc bồi thường sẽ phụ thuộc vào bản chất của sự kiện. Thông thường có ba loại sự kiện cụ thể: Các sự kiện bồi thường gồm các sự kiện mà rủi ro thuộc về cơ quan có thẩm quyền, chẳng hạn như cơ quan có thẩm quyền vi phạm hợp đồng và nhà thầu sẽ được giảm nhẹ trách nhiệm và bồi thường trên cơ sở “không tốt hơn, không tệ hơn”; các sự kiện cứu trợ gồm các sự kiện nằm ngoài tầm kiểm soát của nhà thầu nhưng được nhà thầu kiểm soát tốt nhất và sẽ giúp nhà thầu tránh khỏi việc chấm dứt hợp đồng; và sự kiện bất khả kháng gồm các trường hợp nằm ngoài tầm kiểm soát của nhà thầu. Những quy định này có thể coi tương đương với điều khoản quá lệ trong các hợp đồng hành chính của Pháp, khi mà cơ quan nhà nước được đưa ra các điều kiện không công bằng vì lợi ích công. Trong bản án *Stagecoach East Midlands Trains Ltd & Others v. The Secretary of State for Transport*¹²² năm 2020, Tòa án cho rằng cơ quan ký hợp đồng có nhiều quyền quyết định về việc phân bổ rủi ro theo hợp đồng cho bên đối tác do không có nguyên tắc nào trong luật Vương quốc Anh giới hạn quy mô rủi ro có thể được phân bổ cho một bên ký kết trong

¹²² <https://www.sharpepritchard.co.uk/latest-news/procurement-case-note-stagecoach-east-midlands-trains-ltd-ors-v-the-secretary-of-state-for-transport-2020/>, truy cập ngày 28/04/2021.

quan hệ đối tác công tư. Do đó, các nhà thầu sẽ quyết định dựa trên các điều khoản của thư mời thầu, có nộp hồ sơ dự thầu hay không. Tòa án cũng cho rằng lời mời đấu thầu trong trường hợp này đủ rõ ràng rằng một nhà thầu có thông tin hợp lý và bình thường để đánh giá về dự án. Do đó, việc các nhà thầu bị loại là hợp pháp và không vi phạm nguyên tắc minh bạch hoặc đối xử bình đẳng.

Ở Anh, cơ quan có thẩm quyền có thể chấm dứt hợp đồng trước thời hạn trong các trường hợp: do nhà thầu bị phá sản, hoặc do sự kiện bất khả kháng mà không giải quyết được trong một khoảng thời gian hợp lý. Đặc biệt, hợp đồng PPP cũng có thể bao gồm quyền của bên nhà nước trong hợp đồng tự ý chấm dứt hợp đồng vì lý do lợi ích công. Trong hầu hết các trường hợp, cơ quan có thẩm quyền buộc phải bồi thường cho nhà thầu khi chấm dứt hợp đồng. Ngược lại, nhà thầu cũng có thể chấm dứt hợp đồng khi cơ quan có thẩm quyền có lỗi, thường là không thanh toán, vi phạm làm ảnh hưởng đến thực hiện dịch vụ.

Sau khi thực hiện một hợp đồng hành chính, các hoàn cảnh hoặc điều kiện trong hợp đồng có thể thay đổi nghiêm trọng đến mức việc thực hiện hợp đồng trở nên vô lý hoặc không thể thực hiện được đối với một hoặc cả hai bên của hợp đồng. Để giải quyết tình huống như vậy, các nước thuộc truyền thống pháp luật Common law áp dụng học thuyết về trở ngại khách quan (the doctrine of frustration) dẫn đến việc chấm dứt hợp đồng. Pháp luật của Pháp đã phát triển nguyên tắc (principle of imprevision) mà theo đó chính quyền có thể buộc bên kia tiếp tục thực hiện phần hợp đồng của mình và phải bồi thường cho bất kỳ tổn thất nào mà mình phải gánh chịu trong quá trình này. Pháp luật của Đức không tuân thủ nghiêm ngặt bất kỳ cách thức nào trong số này mặc dù người ta có thể nhận thấy trong đó một số khía cạnh của cả hai cách thức đó. Đầu tiên, Luật của Đức ủng hộ việc sửa đổi hợp đồng theo các điều kiện đã thay đổi và khi việc sửa đổi đó không thành công thì hợp đồng có thể bị hủy bỏ. Theo luật của Pháp, không có sự bắt buộc nào rằng hợp đồng phải được thực hiện nếu chính quyền coi việc thực hiện đó là cần thiết vì lợi ích công cộng. Luật của Đức cũng không trao quyền cho cơ quan nhà nước như luật của

Pháp, để sửa đổi các điều khoản của hợp đồng bất cứ khi nào thấy cần thiết vì lợi ích công cộng mà các điều kiện để sửa đổi được quy định chặt chẽ bởi pháp luật.

Một bên của hợp đồng không thể thực hiện được các điều khoản của hợp đồng có thể yêu cầu bên kia sửa đổi hợp đồng và nếu bên kia không đồng ý thì có thể đưa ra tòa án hành chính để yêu cầu sửa đổi như vậy. Điều kiện trước hết để sửa đổi là các điều kiện quan trọng để tiếp tục hợp đồng đã thay đổi sau khi thực hiện, những thay đổi phải là những thay đổi mà các bên không tính đến được tại thời điểm thiết lập hợp đồng và đánh giá một cách khách quan những thay đổi là rất quan trọng. Sự thay đổi có thể là thực tế như thay đổi về giá cả hoặc mức chi phí, thay đổi về kỹ thuật, bí quyết khoa học hoặc y tế hoặc nó có thể là một thay đổi pháp lý, chẳng hạn như có hiệu lực của một luật mới hoặc quyết định tư pháp hoặc thông lệ hành chính cho đến khi chúng có ảnh hưởng trực tiếp đến việc thực hiện hợp đồng. Thứ hai, sự thay đổi phải quan trọng mà các bên không thể biết sẽ xảy ra với hợp đồng ban đầu. Có nghĩa là việc gắn bó với hợp đồng ban đầu sẽ là vi phạm nguyên tắc thiện chí.

Do đó, liên quan đến việc hủy bỏ hợp đồng hành chính, các bên có thể đồng ý hoặc trong trường hợp không đạt yêu cầu, tòa án hành chính có thể yêu cầu bất kỳ bên nào hủy bỏ hợp đồng nếu hợp đồng cần sửa đổi và việc sửa đổi đó không thể thực hiện được hoặc sẽ là không hợp lý cho một trong các bên. Quyền lực cuối cùng và đơn phương về việc hủy bỏ hợp đồng bất kỳ lúc nào được trao cho cơ quan quản lý nếu việc hủy bỏ đó là cần thiết để ngăn chặn hoặc loại bỏ tổn hại nghiêm trọng đến phúc lợi chung của cộng đồng. Quyền lực của cơ quan hành chính đối với các hợp đồng hành chính vì lợi ích công cộng đã được thừa nhận hoặc thực hiện trong common law theo các học thuyết đáng ngờ (the dubious doctrines) về sự cần thiết của hành pháp. Hơn nữa, trong luật common law, nhà thầu có thể không có bồi thường thiệt hại nếu hợp đồng bị hủy bỏ nhưng theo luật của Đức, nhà thầu hoàn toàn có quyền được bồi thường thiệt hại. Để bảo vệ hơn nữa lợi ích của nhà thầu Luật pháp của Đức yêu cầu trừ khi pháp luật có quy định khác, việc hủy bỏ hợp đồng phải bằng văn bản và nêu rõ lý do.

3.1.3.3 Nội dung hợp đồng chính phủ theo pháp luật Mỹ

Ở Mỹ, Hợp đồng PPP bao gồm các điều khoản giới hạn nghĩa vụ của tổ chức công phải bồi thường cho công ty dự án đối với các hành động bất lợi hoặc các sự kiện chấm dứt nhất định bằng cách tham chiếu đến tỷ lệ hoàn vốn tối đa, như được phản ánh trong mô hình tài chính được sử dụng liên quan đến kết thúc thỏa thuận PPP, bất kể hiệu quả tài chính thực tế của dự án. Bên chính phủ thường có thể yêu cầu thay đổi phạm vi công việc theo thỏa thuận PPP, tùy thuộc vào quyền của bên tư nhân để yêu cầu bồi thường và, nếu có, giảm bớt thời gian cho sự thay đổi đó.

Các điều khoản của quyền yêu cầu thay đổi và bồi thường theo đó thường được thương lượng theo từng trường hợp cụ thể, và phần lớn phụ thuộc vào mô hình PPP được sử dụng. Nếu bên tư nhân có thể huy động tài chính để chi trả cho chi phí thay đổi, theo thông lệ, thông thường sẽ thấy khoản hỗ trợ tăng phí cầu đường hoặc kéo dài thời hạn của thỏa thuận PPP trong các dự án rủi ro doanh thu hoặc tăng khả năng thanh toán. Trong cả hai trường hợp, bên chính phủ có nghĩa vụ thanh toán một khoản tiền một lần, trong một số trường hợp, điều này nhằm mục đích khôi phục bên tư nhân về tình trạng vốn có nhưng để xảy ra sự kiện bất khả kháng.

Quyền chấm dứt của các bên thay đổi tùy theo từng trường hợp, nhưng một số trường hợp chấm dứt phổ biến nhất được bao gồm trong các thỏa thuận PPP bao gồm vi phạm nghiêm trọng hoặc vi phạm nhiều lần (bao gồm vi phạm luật và quy định của chính phủ), từ bỏ dự án, không hoàn thành, các sự kiện bất khả kháng kéo dài, không có bảo hiểm vật chất, công ty dự án mất khả năng thanh toán hoặc, trong khi các cam kết về vốn chủ sở hữu vẫn chưa hoàn thành, của một thành viên vốn chủ sở hữu, và các thay đổi về quyền kiểm soát.

Trong trường hợp vi phạm nhiều lần hoặc vi phạm nghiêm trọng, bên chính phủ thường có thể chấm dứt thỏa thuận PPP. Ngoài ra, bên chính phủ có quyền ra lệnh đình chỉ công việc, can thiệp và sửa chữa bất kỳ hành vi sử dụng sai trái nào, hoặc can thiệp và thực hiện các hành động mà công ty dự án không thực hiện được.

Tùy thuộc vào nguyên nhân của việc chấm dứt, khoản thanh toán chấm dứt hợp đồng thường bao gồm các khoản tiền đến hạn cho các bên cho vay (hoặc một phần của số tiền đó) và một thành phần để bồi thường cho bên tư nhân, vốn chủ sở hữu trong dự án, tùy thuộc vào các khoản khấu trừ khác nhau giữa các dự án, chẳng hạn như tiền mặt sẵn có của công ty dự án, tiền thu được từ bảo hiểm và các khoản khấu trừ hiệu suất chưa được áp dụng.

Trong trường hợp chấm dứt hợp đồng vì lý do thuận tiện hoặc do vi phạm của bên chính phủ, việc tính toán thành phần lợi tức vốn chủ sở hữu của khoản thanh toán chấm dứt thường liên quan đến việc xác định giá trị hiện tại của số tiền mà bên tư nhân dự kiến sẽ nhận được trong thời gian còn lại của thỏa thuận hoặc cách tính giá trị thị trường hợp lý, tùy thuộc vào mô hình PPP được sử dụng cho dự án cụ thể. Trong trường hợp chấm dứt hợp đồng vì các sự kiện bất khả kháng kéo dài, thành phần vốn chủ sở hữu của khoản thanh toán chấm dứt thường được giới hạn trong số vốn góp cổ phần trừ đi các khoản phân phối được thực hiện trước khi chấm dứt.

Một ví dụ về chấm dứt hợp đồng chính phủ ở Mỹ khi không đáp ứng được yêu cầu của việc cung cấp dịch vụ công trong lĩnh vực cung ứng nước sạch. Ở bang Michigan xảy ra ô nhiễm nước sinh hoạt ảnh hưởng tới sức khỏe cộng đồng bắt đầu từ năm 2014 và kéo dài đến năm 2019 do nước uống cung cấp cho thành phố Flint, Michigan bị nhiễm chì và vi khuẩn *Legionella*. Cụ thể vào tháng 4/2014, trong một cuộc khủng hoảng ngân sách, Flint đã thay đổi nguồn nước từ nước đã qua xử lý của Sở Cấp thoát nước Detroit (lấy từ Hồ Huron và sông Detroit) sang sông Flint. Sau đó, người dân phàn nàn về mùi, vị của nước. Một số nghiên cứu khoa học đã xác nhận rằng nguồn cung cấp nước bị nhiễm chì với hàm lượng cao, ảnh hưởng tới khoảng 100.000 người dân đang dùng nguồn nước này. Đặc biệt là trẻ em có nguy cơ bị ảnh hưởng lâu dài của nhiễm độc chì, có thể bị suy giảm hoạt động trí tuệ và chỉ số thông minh, đồng thời tăng khả năng bị bệnh Alzheimer. Việc thay đổi nguồn cung cấp nước được coi là nguyên nhân có thể gây ra sự bùng phát dịch bệnh Legionnaires trong quận khiến 12 người thiệt mạng và ảnh hưởng sức khỏe 87

người khác. Đã có 79 vụ kiện liên quan được đưa ra tòa án. Vào ngày 20/8/2020, các nạn nhân đã được một khoản bồi thường thiệt hại tổng hợp trị giá 600 triệu đô la, với 80% là các gia đình có trẻ em bị ảnh hưởng. Đến tháng 11, khoản tiền giải quyết bồi thường đã tăng lên 641 triệu đô la. Vào tháng 1/2021, Thống đốc Michigan Rick Snyder và 8 quan chức khác bị buộc tội 34 tội trọng và 7 tội nhẹ vì vai trò của họ trong cuộc khủng hoảng. Thành phố quay lại hệ thống nước Detroit, sau khi chính quyền thành phố đã ký hợp đồng 30 năm với Cơ quan Cấp nước.¹²³ Qua cuộc khủng hoảng nước Michigan cho thấy, các nhà nghiên cứu và các tổ chức xã hội, phương tiện truyền thông đã làm việc rất tốt cho thúc đẩy giải quyết cuộc khủng hoảng này. Nhờ vậy đã tác động lớn đến Hội đồng thành phố ra ký hợp đồng mới thay thế nhà cung cấp nước và tòa án ra phán quyết bồi thường thiệt hại cho các nạn nhân của nước không đảm bảo sức khỏe, ảnh hưởng đến sức khỏe người dân.

Như vậy, có thể nhận thấy khác biệt với hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế, hợp đồng hành chính có sự can thiệp của nhà nước vào quá trình hình thành, thực hiện, thay đổi, chấm dứt của hợp đồng hành chính vì lợi ích công. Như trong trường hợp trên, chính quyền thành phố Flint đã chấm dứt hợp đồng, thay đổi nhà cung cấp nước khác để đáp ứng yêu cầu nước sạch đảm bảo tiêu chuẩn an toàn sức khỏe người dân.

3.1.4 Giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia

Về cơ bản giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính cũng được thực hiện bằng phương thức tòa án và các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế ngoài tòa án. Giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính bằng tòa án có sự khác nhau ở các quốc gia. Nhóm các quốc gia thuộc truyền thống Common Law giải quyết tại tòa án thường; nhóm các quốc gia thuộc truyền thống Civil Law giải quyết tranh

¹²³ https://en.wikipedia.org/wiki/Flint_water_crisis, truy cập 20/04/2021.

chấp tại tòa án hành chính; nhóm các quốc gia khác giải quyết như tranh chấp kinh doanh¹²⁴.

Ở Pháp và Đức, tranh chấp về hợp đồng hành chính được giải quyết tại tòa án hành chính. Tòa án hành chính là một nhánh tòa tồn tại độc lập trong hệ thống tòa án mỗi nước xuất phát từ sự phân chia hệ thống pháp luật thành luật công và luật tư, trong đó tòa án hành chính được lập ra để giải quyết các tranh chấp liên quan đến luật công. Quan niệm về hợp đồng hành chính ở Pháp và Đức cho rằng hợp đồng hành chính thay thế cho các quyết định hành chính, hành vi hành chính trong những trường hợp nhất định, nhằm cung cấp dịch vụ công, giúp cơ quan hành chính dễ dàng hoàn thành chức năng, nhiệm vụ của mình. Do vậy, tòa án hành chính có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp liên quan đến hợp đồng hành chính ở các quốc gia này.

Ở Anh, giải quyết tranh chấp tại Tòa án thường với thủ tục tố tụng áp dụng chung như các loại vụ việc khác, coi pháp nhân công quyền bình đẳng đối với pháp nhân tư nhân nên hợp đồng công được giải quyết như các loại hợp đồng thông thường. Phương thức Tòa án là phương thức giải quyết tranh chấp ít bí mật nhất và bản thân nó cũng là một quá trình đối đầu giữa các bên, bởi vậy, phương thức này có thể không hấp dẫn ngay lập tức đối với các tranh chấp PPP vốn có quá trình thực hiện kéo dài. Tuy nhiên, phương thức này là phù hợp với loại tranh chấp nhiều bên, phức tạp, cần tới những quyết định mang tính quyền lực và cơ chế bảo đảm thi hành tại những thời điểm nhất định. Chính vì lẽ đó, tòa án đôi khi chứng tỏ được là phương thức giải quyết hiệu quả cuối cùng cho các tranh chấp PPP.

Nhóm quốc gia giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính bằng tòa án dân sự, kinh tế. Việt Nam là một trong các quốc gia thuộc nhóm này. Sự khác biệt của mô hình này ở Việt Nam có lẽ xuất phát từ việc chú trọng hiệu quả kinh tế của

¹²⁴ Võ Trí Hào (2016), “Các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính bằng tài phán”, *Tạp chí Luật học*, số 3/2016.

HDHC như là một hoạt động thương mại của các nhà đầu tư mà chưa chú trọng tới chức năng cung cấp dịch vụ công của nhà nước thông qua HDHC.

Các phương thức giải quyết tranh chấp HDHC ngoài tòa án bao gồm thương lượng, hòa giải, trọng tài. Ở Anh, thỏa thuận giải quyết tranh chấp tại trọng tài, bao gồm cả trọng tài quốc tế thường được các tòa án ở Vương quốc Anh công nhận và ủng hộ. Theo Đạo luật Trọng tài năm 1996 (The Arbitration Act 1996), trong trường hợp thỏa thuận trọng tài đáp ứng điều kiện bằng văn bản, các tòa án ở Vương quốc Anh sẽ tôn trọng và giữ nguyên thủ tục này, trừ khi tòa án cho rằng thỏa thuận trọng tài đó là vô hiệu. Ngoài ra, Vương quốc Anh đã ký kết Công ước New York năm 1958 nên các phán quyết của trọng tài có thể được công nhận và thi hành ở Vương quốc Anh.

Thương lượng hoặc hoà giải cũng có thể được sử dụng để giải quyết các tranh chấp hợp đồng PPP ở Vương quốc Anh. Đây là những phương thức được khuyến khích áp dụng, đặc biệt ở những giai đoạn đầu của một dự án, khi các hợp đồng vừa được ký kết và công việc triển khai bắt đầu gặp những khó khăn đầu tiên. Tuy nhiên, việc thương lượng trên thực tế thường không mang lại hiệu quả, bởi vậy tại thời điểm này, sử dụng phương thức hoà giải có thể là một sự lựa chọn phù hợp. Hoà giải viên có thể hướng dẫn các bên qua quá trình thực hiện thực tế, đề ra hoặc xác nhận kế hoạch thực hiện, nêu chi tiết về cách thức mà mọi việc sẽ được thực hiện trong thực tế, và làm rõ ai chịu trách nhiệm về việc gì và khi nào. Điều này sẽ giúp giải quyết các tranh chấp ngay từ giai đoạn đầu và góp phần tiết kiệm chi phí cho các bên cũng như gỡ những vướng mắc trong quá trình hợp tác giữa hai bên. Hoà giải được đề xuất là có khả năng đặc biệt phù hợp cho các tranh chấp PPP khi mà thương lượng trực tiếp với thiện chí là chưa đủ. Hoà giải là một phương thức giải quyết tranh chấp linh hoạt, có thể phù hợp với bất kỳ số lượng bên và vấn đề nào, được bảo mật, cho phép các bên kiểm soát quá trình và xử lý các vấn đề kịp thời. Phương thức này cũng được thiết kế để cho phép các bên giải quyết tranh chấp của họ một cách thân thiện, không ảnh hưởng đến các mối quan hệ lâu dài. Tuy

nhiên, rất tiếc, trên thực tế, hoà giải lại không thường xuyên xuất hiện trong các hợp đồng PPP.

Để giải quyết các tranh chấp hợp đồng PPP ở Trung Quốc, các bên có thể sử dụng ba phương thức: thương lượng, hoà giải và khởi kiện hành chính. Trong đó, thương lượng là giải pháp đầu tiên giữa Chính phủ và bên nhận nhượng quyền. Đối với một số tranh chấp, Chính phủ Trung Quốc sẽ mời bên thứ ba và các chuyên gia với tư cách là một tổ chức chuyên nghiệp tham gia hòa giải. Cuối cùng, nếu bên nhận nhượng quyền bị xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp, thì có thể khởi kiện tại Toà hành chính.¹²⁵ Việc giải quyết tranh chấp PPP bằng tòa án ở Trung Quốc có hai nhược điểm rõ ràng. Một là, quy trình kiện tụng khiến các bên tranh chấp tốn nhiều thời gian hơn đáng kể. Các vụ kiện trong lĩnh vực này thường mất khoảng 1 đến 5 năm trước để giải quyết với một quá trình điều tra thực tế kéo dài, chi tiết khiến chi phí kiện tụng tăng cao. Hai là, sự thiếu vắng của các chuyên gia có trình độ, kiến thức tài chính và kinh nghiệm xây dựng phong phú, một yếu tố vô cùng cần thiết để giải quyết hiệu quả các tranh chấp hợp đồng PPP hiệu quả. Trong trường hợp có tìm được thì chi phí phải trả cho các chuyên gia hoặc luật sư thuộc nhóm này rất tốn kém. Ở Trung Quốc, ngoài phương thức khởi kiện ra Tòa án, các bên có thể cân nhắc việc sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế như thương lượng và hoà giải.

Việc sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài đối với các hợp đồng PPP giữa Chính phủ Trung Quốc và các nhà đầu tư thuộc khu vực tư nhân vẫn luôn là vấn đề gây tranh cãi. Điều này phụ thuộc vào cách giải thích hợp đồng PPP có phải là hợp đồng hành chính hay không. Theo Luật trọng tài của Trung Quốc, một trong hai loại tranh chấp không được giải quyết bằng trọng tài, đó là tranh chấp hành chính.¹²⁶ Tranh chấp hành chính thuộc thẩm quyền giải quyết của

¹²⁵ Xem Yuan, Y. (2019). New Mechanism for BOT Contract Dispute Resolution in China. PM World Journal.

Vol. VIII, Issue I (January). tr.4.

¹²⁶ Điều 3, Luật trọng tài năm 1994 của Trung Quốc.

Toà hành chính bao gồm các tranh chấp nêu tại Điều 12 Luật tố tụng hành chính năm 2017 của Trung Quốc và không thuộc các trường hợp nêu tại Điều 1, Giải thích của Toà án nhân dân tối cao Trung Quốc về việc áp dụng Luật tố tụng hành chính. Điều 12 (11) Luật tố tụng hành chính năm 2017 của Trung Quốc đã liệt kê tranh chấp về hợp đồng nhượng quyền của chính phủ là một loại tranh chấp hành chính.¹²⁷ Như vậy, theo quy định pháp luật hiện hành của Trung Quốc, các hợp đồng PPP là một hợp đồng hành chính và việc khởi kiện Chính phủ trong tranh chấp hợp đồng PPP sẽ được thực hiện tại Toà hành chính. Tuy nhiên, trong Dự thảo Quy chế về PPP trong lĩnh vực cơ sở hạ tầng và dịch vụ công được công bố để lấy ý kiến rộng rãi ở Trung Quốc, dường như đã có một xu hướng thay đổi khi Trung Quốc cho phép tranh chấp hợp đồng PPP có thể khởi kiện ra trọng tài hoặc Toà án theo thủ tục tố tụng dân sự.¹²⁸ Nếu Quy chế này được thông qua với nội dung như vậy thì các chủ thể thuộc khu vực tư nhân tham gia các dự án PPP ở Trung Quốc sẽ có thêm sự lựa chọn về phương thức giải quyết tranh chấp để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

3.2 Thực trạng pháp luật về hợp đồng hành chính ở Việt Nam

3.2.1 Nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Hiện nay, khái niệm về hợp đồng hành chính cũng như các loại hợp đồng hành chính chưa được quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, trên cơ sở nghiên cứu về hợp đồng hành chính ở các quốc gia, đối chiếu với các hợp đồng đang tồn tại ở Việt Nam có thể nhận thấy:

Thứ nhất, ở Việt Nam chưa có quy định về hợp đồng hành chính trong các văn bản pháp luật.

¹²⁷ Điều 12 (11), Luật tố tụng hành chính năm 2017 của Trung Quốc.

¹²⁸ Xem Jihong Wang (2020). A general introduction to public-private partnerships in China. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=55bbf186-d7b0-4726-9532-8289f4676719>. Truy cập lần cuối ngày 20/05/2021.

Xét về khung pháp luật Việt Nam đối với hợp đồng hành chính thì không có quy định chính thức nào về hợp đồng hành chính, thuật ngữ hợp đồng hành chính chưa được sử dụng trong bất kỳ văn bản quy phạm pháp luật hay án lệ nào.

Thứ hai, ở Việt Nam các hợp đồng tương đương với Hợp đồng hành chính ở các nước đang tồn tại dưới dạng hợp đồng dân sự, thương mại.

Các hợp đồng hành chính ở Việt Nam tương ứng với hợp đồng hành chính/hợp đồng chính phủ ở các nước khác trên thế giới là: Hợp đồng mua bán hàng hoá và dịch vụ của cơ quan nhà nước, Hợp đồng ủy quyền thực hiện dịch vụ công, Hợp đồng đối tác công tư, Hợp đồng lao động giữa nhà nước với người lao động trong khu vực công; Hợp đồng cho phép sử dụng tài sản công và một số hợp đồng khác.

HDHC là xét về bản chất quan hệ hợp đồng giữa một bên cơ quan nhà nước thì rõ ràng Nhà nước Việt Nam cũng đang tham gia vào các quan hệ hợp đồng hành chính như các nước và ngày càng có xu hướng sử dụng nhiều hơn; Thứ hai, các hợp đồng có sự tham gia của nhà nước đang được thực hiện dưới dạng của hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế. Chẳng hạn một loại hợp đồng hành chính quan trọng và nhiều nhất hiện nay là hợp đồng đối tác công tư trong pháp luật Việt Nam là một hợp đồng đầu tư vì đây được xác định là hình thức đầu tư đặc biệt, theo phương thức đối tác công tư. Hợp đồng này được quy định trong Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020. Ngoài ra còn có hợp đồng hợp đồng thu gom rác sinh hoạt, hợp đồng mua sắm công, hợp đồng cho thuê tài sản nhà nước, hợp đồng cho thuê đất rừng...

Việc áp dụng các hợp đồng trong lĩnh vực dịch vụ công như hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại dẫn tới vấn đề của bản chất hợp đồng hành chính không được xác định nên còn nhiều tranh luận trong quy định pháp luật điều chỉnh lĩnh vực này, chưa tạo được khung pháp lý phù hợp để thúc đẩy phương thức đối tác công tư, khi quyền của người tiêu dùng dịch vụ công bị xâm hại mà chưa có cơ chế bảo vệ thoả đáng, do đó cần có nhìn nhận lại để điều chỉnh theo hợp đồng hành chính/hợp đồng công để có các quy chế pháp lý phù hợp hơn, thúc đẩy sự phát triển của phương

thức đối tác công tư, đáp ứng các nhu cầu cơ bản thiết yếu của người dân, đảm bảo an sinh xã hội, góp phần phát triển kinh tế xã hội bền vững.

Thứ ba, hợp đồng đối tác công tư ở Việt Nam là hợp đồng kinh tế trong lĩnh vực đầu tư.

Đối với hợp đồng đối tác công tư, ở nước ta, mô hình đầu tư theo phương thức đối tác công tư bắt đầu được thực hiện từ năm 1997 khi Chính phủ ban hành Nghị định 77-CP về quy chế đầu tư theo hình thức hợp đồng BOT áp dụng cho đầu tư trong nước. Nghị quyết số 13-NQ/TW ngày 16/01/2012 khẳng định chính sách ủng hộ PPP, trên cơ sở đó Quốc hội, Chính phủ đã ban hành một số văn bản cụ thể điều chỉnh PPP, các văn bản đã được bổ sung, sửa đổi từng bước tiếp cận với thông lệ quốc tế như Luật đầu tư năm 2014, Nghị định số 30/2015/NĐ-CP, Nghị định số 63/2018/NĐ-CP về đầu tư theo hình thức đối tác công tư được ban hành. Các quy định về đầu tư theo phương thức đối tác công tư rất được coi trọng nên được đã tách ra thành một Luật riêng, tồn tại độc lập với Luật đầu tư năm 2020. Ngày 18/6/2020, Quốc hội chính thức thông qua Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (Luật PPP) với 92,75% đại biểu tán thành. Luật PPP mới gồm 11 chương và 101 điều, có hiệu lực thi hành từ 01/01/2021 là luật thống nhất điều chỉnh hoạt động đầu tư, thu hút khu vực tư nhân tham gia đầu tư một số lĩnh vực hạ tầng quan trọng, thiết yếu theo phương thức đối tác công – tư. Với nhu cầu phát triển kết cấu hạ tầng, cung cấp dịch vụ công ngày càng tăng, trong bối cảnh nguồn ngân sách nhà nước hạn chế, việc huy động nguồn vốn dồi dào từ khu vực tư nhân là cần thiết, mô hình đầu tư theo phương thức PPP được đa số quốc gia lựa chọn. Do đó, Luật PPP năm 2020 ở Việt Nam được kỳ vọng tạo lập khung khổ pháp lý ổn định, có hệ thống thúc đẩy sự phát triển của hoạt động đầu tư theo phương thức PPP trong thời gian tới. Ngoài ra, Chính phủ còn ban hành Nghị định số 35/2021/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư. Nghị định 28/2021/NĐ-CP ngày 26 tháng 3 năm 2021 quy định cơ chế quản lý tài chính dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư. Nghị định 29/2021/NĐ-CP ngày 26 tháng 3 năm 2021 quy định về trình tự, thủ tục thẩm định dự án quan trọng

quốc gia và giám sát, đánh giá đầu tư. Thông tư số 09/2021/TT-BKHĐT ngày 16/11/2021 về hướng dẫn chi tiết việc lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án PPP và dự án đầu tư có sử dụng đất. Hiệp hội các nhà đầu tư công trình giao thông đường bộ Việt Nam nhận định, số lượng các dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư sau ngày Luật PPP có hiệu lực không những không tăng mà còn giảm đi một cách đáng kể¹²⁹. Một trong các nguyên nhân là sự không đầy đủ về pháp luật, chỉ có một luật và hai nghị định hướng dẫn thi hành và một số nghị định, thông tư liên quan; ngoài ra về nội dung các văn bản này còn ngắn gọn sơ sài chưa đủ điều chỉnh một lĩnh vực có quy mô lớn và nhiều vấn đề phức tạp như đối tác công tư.

Các quy định về hợp đồng dự án PPP chủ yếu nằm trong chương IV của Luật PPP năm 2020, các quy định liên quan đến các nội dung cụ thể khác của hợp đồng nằm rải rác trong các chương khác. Với các quy định trong Luật PPP đã khắc phục tình trạng hoạt động đầu tư theo phương thức PPP nằm rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau và tạo ra tâm lý yên tâm cho các nhà đầu tư. Hợp đồng dự án PPP là một loại hợp đồng đặc thù có sự tham gia của một bên là nhà nước, cho nên hợp đồng PPP với những đặc điểm bản chất về hợp đồng vẫn tuân thủ các quy định chung về hợp đồng trong Bộ luật dân sự năm 2015. Ngoài ra, vì là hợp đồng đặc thù có sự tham gia của nhà nước, có đối tượng là dịch vụ công nên được quy định những điểm đặc thù riêng biệt theo Luật PPP năm 2020. Luật Đầu tư được Quốc hội thông qua ngày 17/6/2020 và có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2021 cũng điều chỉnh lĩnh vực đầu tư nói chung. Đặt trong mối quan hệ với Luật đầu tư 2020, Luật PPP là một đạo luật về chính sách và quy trình, thủ tục hành chính, hơn là chứa đựng các nội dung về chế định pháp luật. Bởi chẳng hạn, nhiều vấn đề pháp lý liên quan đã được điều chỉnh bằng các luật hiện hành như Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Bộ Luật dân sự, Luật Đất đai, Luật Xây dựng... Trong Luật PPP mới chỉ đưa ra định nghĩa hợp đồng dự án PPP, các loại hợp đồng dự án PPP (Khoản 15

¹²⁹ <https://dangcongsan.vn/cung-ban-luan/tang-cuong-suc-song-cho-phuong-thuc-doi-tac-cong-tu-615753.html>, truy cập 25/08/2022.

Điều 3, Điều 45), cơ quan ký kết hợp đồng dự án PPP (Điều 5), hồ sơ hợp đồng dự án PPP (Điều 46), nội dung cơ bản của hợp đồng dự án PPP (Điều 47). Trong khi đó một nội dung rất quan trọng của nội dung hợp đồng dự án PPP là quyền và nghĩa vụ của cơ quan ký kết hợp đồng và nhà đầu tư thì chưa được quy định cụ thể. Ở đây đòi hỏi, mối quan hệ công tư giữa Nhà nước và khu vực tư nhân cần phải có sự thay đổi để phù hợp thông lệ quốc tế. Tách bạch chức năng quản lý và vị trí là chủ thể của hợp đồng PPP. Nếu là cơ quan đó là chủ thể của hợp đồng PPP cần tuân thủ quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng. Với tư cách thực thi chức năng quản lý nhà nước thì cơ quan Nhà nước cần thay đổi tư duy quản lý kinh tế, tăng cường các thể chế xúc tiến, phát triển thị trường hợp tác công tư PPP. Do đó, cần điều chỉnh, hoàn thiện khuôn khổ cơ sở pháp lý, rà soát lại khó khăn để kịp thời tháo gỡ các vướng mắc, tồn đọng.

Do đó, xét ở tổng thể cần có quy định xác định hợp đồng PPP là một loại hợp đồng hành chính trong luật phù hợp. Chỉ khi xác định hợp đồng PPP là một loại hợp đồng hành chính thì mới rõ về quan điểm điều chỉnh pháp luật đối với loại hợp đồng này ở các góc độ: hợp đồng PPP nhằm cung cấp dịch vụ công nên có một số đặc thù so với hợp đồng thương mại, dân sự khác; bên nhà nước trong hợp đồng PPP có quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng nhưng cũng có những đặc quyền để đảm bảo lợi ích công; người tiêu dùng dịch vụ công và cộng đồng là bên giám sát hợp đồng PPP có những vai trò cụ thể trong quá trình hợp đồng PPP.

3.2.2 Thực tiễn giao kết hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Giao kết hợp đồng hành chính ở Việt Nam cũng được thực hiện thông qua phương thức đấu thầu công khai, đảm bảo các quyền tiếp cận hợp đồng hành chính của bên tư nhân. Tuy nhiên còn nhiều vấn đề pháp lý cần giải quyết trong đấu thầu để xác định bên thắng thầu để giao kết hợp đồng hành chính. Chẳng hạn về đấu thầu thuốc trong lĩnh vực y tế có nhiều bất cập dẫn đến tình trạng không đấu thầu được dẫn đến tình trạng thiếu thuốc, vật tư, thiết bị y tế cục bộ tại nhiều cơ sở y tế trên toàn quốc đang diễn ra tại nhiều cơ sở khám, chữa bệnh, ảnh hưởng đến công tác chăm sóc sức khỏe nhân dân. Theo báo cáo của 34 Sở Y tế và 21 Bệnh viện tuyến

Trung ương cho thấy: Có 28 sở Y tế, 12 bệnh viện tuyến Trung ương báo cáo có tình trạng thiếu thuốc; có 26 sở Y tế, 15 bệnh viện tuyến Trung ương báo cáo có tình trạng thiếu vật tư tiêu hao, hóa chất; 14 sở Y tế, 8 bệnh viện tuyến Trung ương báo cáo có tình trạng thiếu trang thiết bị y tế.¹³⁰ Việc các cơ sở khám, chữa bệnh hiện nay gặp khó khăn trong công tác đấu thầu thuốc xuất phát từ nhiều bất cập trong quy định pháp luật. Để xây dựng được danh mục đấu thầu bệnh viện phải mất 7-8 tháng và 4 tháng đấu thầu. Từ khi xây dựng danh mục đến khi có kết quả đấu thầu mất 1 năm. Trong một số trường hợp gây thiếu thuốc cục bộ đối với những thuốc trong danh mục đấu thầu quốc gia và danh mục đàm phán giá. Ví dụ: năm 2022, do kết quả đấu thầu cấp Quốc gia ban hành chậm, dẫn đến trong khoảng 2 tháng đã xảy ra thiếu thuốc Anastrozol. Hay Bệnh viện Bạch Mai, Bệnh viện K cũng bị thiếu nhiều loại thuốc đặc trị quan trọng khiến cho việc điều trị cho bệnh nhân bị gián đoạn.¹³¹ Hiện nay các bệnh viện đang tốn rất nhiều công sức đối với công tác đấu thầu, thậm chí khi mua sắm những vật dụng hành chính, quản trị... Trong khi đó, những người làm công tác chuyên môn như bác sĩ, cử nhân, điều dưỡng không được đào tạo về kinh tế nên khi thực hiện việc đấu thầu lại phải đi học. Thực tế cho thấy, thời gian qua có những sai sót về đấu thầu khiến nhiều người tài trong lĩnh vực y tế sai phạm, bị xử lý, rất lãng phí nhân lực. Vì vậy, cần có những đột phá trong việc đấu thầu, để y bác sĩ dành thời gian tập trung chuyên môn, chăm sóc sức khỏe người dân. Nhiệm vụ đấu thầu thuốc, trang thiết bị vật tư y nên giao cho Sở y tế của thành phố thực hiện thống nhất trên địa bàn toàn tỉnh/thành phố.

Trong giao kết hợp đồng đối tác công tư có một số vấn đề pháp luật điều chỉnh như các loại hợp đồng đối tác công tư, chủ thể hợp đồng và thủ tục giao kết hợp đồng đối tác công tư.

¹³⁰ <http://baohoaabinh.com.vn/219/169308/Tap-trung-xu-ly-som-nhung-ton-tai-han-che-cua-nganh-Y-te.htm>

¹³¹ <https://laodong.vn/y-te/bao-dong-benh-vien-bach-mai-thieu-thuoc-dap-ung-nhu-cau-dieu-tri-dac-biet-1090426.ldo>

Về các loại hợp đồng đối tác công tư, Luật PPP năm 2020 có các loại hợp đồng cụ thể như sau: *Hợp đồng BOT, Hợp đồng BTO, Hợp đồng BOO, Hợp đồng O&M, Hợp đồng BTL, Hợp đồng BLT, Hợp đồng hỗn hợp*¹³². Trên cơ sở kế thừa các quy định về hình thức đầu tư đối tác công tư trước đây, điểm mới về các hình thức PPP là bãi bỏ các quy định liên quan đến hình thức hợp đồng Xây dựng – Chuyển giao (Hợp đồng BT). Đối với các dự án BT đang tiến hành thực hiện theo quy định pháp luật tại thời điểm ký kết hợp đồng, dừng triển khai dự án mới, các dự án theo hợp đồng BT chưa được phê duyệt chủ trương đầu tư thì dừng thực hiện kể từ ngày 15 tháng 8 năm 2020¹³³. Do đó, các quy định về hợp đồng này trong Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 cũng bị hủy bỏ để bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ với quy định mới tại Luật PPP. Hợp đồng xây dựng – chuyển giao (BT) có đặc điểm khác với bản chất của đầu tư theo phương thức PPP vì các nhà đầu tư không sử dụng, quản lý và khai thác lợi ích gắn với công trình kết cấu hạ tầng do nhà đầu tư xây dựng. Mặt khác, dự án BT trong thời gian qua bộc lộ nhiều hạn chế như chính chính xác giá trị công trình BT, giá trị quỹ đất gây thất thoát lớn cho Nhà nước, chưa đảm bảo công khai, minh bạch, cạnh tranh trong lựa chọn nhà đầu tư dự án, không gắn trách nhiệm nhà đầu tư trong việc bảo trì dài hạn, hỗ trợ đơn vị vận hành công trình¹³⁴. Do vậy, hợp đồng BT không đưa vào là một loại hợp đồng PPP trong Luật PPP mới.

Trong Điều 45 này, có liệt kê các loại hợp đồng theo cách định nghĩa đơn thuần như sau: BOT (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, không sở hữu nhưng vận hành khai thác sau đó chuyển giao cho nhà nước), BTO (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, chuyển giao cho Nhà nước nhưng nhận lại quyền vận hành, khai thác để thu hồi vốn), BOO (Tư nhân bỏ vốn đầu tư, toàn quyền sở hữu, vận hành và khai thác sau đó chuyển giao cho Nhà nước), O&M (Vận hành và Bảo trì), BTL (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, chuyển giao sở hữu sau hoàn thành cho Nhà nước với điều kiện giữ quyền vận

¹³² Quốc hội (2020), Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư, Điều 45.

¹³³ Quốc hội (2020), Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư, Điều 101.

¹³⁴ <http://baokiemtoannhanuoc.vn/kiem-toan-trong-nuoc/co-che-dau-tu-bt-duoi-goc-nhin-khoa-hoc-va-thuc-tien-137872>, truy cập ngày 25/03/2021

hành, khai thác, rồi cho Nhà nước sử dụng hưởng lợi dưới hình thức thuê và thu hồi vốn quan tiền thuê), BLT (Tư nhân bỏ vốn xây dựng, khi hoàn thành cho Nhà nước thuê lại để hưởng tiền thuê, sau thời hạn thuê thì sở hữu sẽ chuyển cho nhà nước với mức giá nhất định). Đối với hình thức hợp đồng hỗn hợp, là hợp đồng kết hợp giữa các loại hợp đồng trên. Tuy nhiên, việc quy định về hình thức hỗn hợp gây khó khăn trong việc áp dụng vì mỗi loại hợp đồng PPP có những đặc thù khác biệt nhau. Hợp đồng hỗn hợp gây phức tạp trong việc xác định các nội dung, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.

Về thực chất, các quy định nói trên không phải nói về hợp đồng mà chính là các hình thức hợp tác công – tư khác nhau; mỗi hình thức lại gắn với các quyền, trách nhiệm, nội dung hợp tác và đặc biệt là cơ chế tài chính hoàn toàn không giống nhau. Tuy nhiên, tất cả cùng có một đặc điểm chung, đó chính là sự hợp tác dài hạn, nhiều mặt với các trách nhiệm và lợi ích đan xen phức tạp giữa các bên. Do mỗi loại hợp đồng PPP nói trên đều có sự khác biệt về cơ chế tài chính, quyền và nghĩa vụ của các bên do vậy không thể có hợp đồng PPP nói chung mà phải có quy định riêng biệt về từng loại hợp đồng PPP. Do đó trong các văn bản dưới luật để triển khai thi hành, cần có các quy định chi tiết hơn về từng hình thức PPP, bao gồm: Nội dung cơ bản, điều kiện áp dụng, các loại hồ sơ và hợp đồng cần có của dự án, trong khi đó riêng về nội dung hợp đồng của từng loại hình thì nên cung cấp các mẫu hợp đồng để khuyến nghị các bên tham khảo và áp dụng.

Theo kinh nghiệm các quốc gia trên thế giới, hình thức của hợp đồng đối tác công tư có nhiều loại hợp đồng khác nhau được quy định mở. Chẳng hạn ở Hàn Quốc, Điều 4 của Đạo luật PPP giới thiệu 04 loại hợp đồng mà các bên có thể được áp dụng để xác lập quan hệ PPP đều ở dạng hợp đồng nhượng quyền, bao gồm hợp đồng BTO (xây dựng-chuyển giao-kinh doanh), hợp đồng BTL (xây dựng-chuyển giao-thuê dịch vụ), hợp đồng BOT (xây dựng-kinh doanh-chuyển giao) và hợp đồng BOO (xây dựng-sở hữu-kinh doanh). Nhìn chung, đây là những loại hợp đồng thuộc nhóm hợp đồng nhượng quyền. Tuy nhiên, hai khoản cuối cùng tại điều luật này lại khiến cho việc áp dụng các dạng hợp đồng PPP khác trở nên vô cùng linh hoạt khi

cho phép Bộ Kinh tế và Tài chính được quy định các hình thức khác trong Chiến lược tổng thể PPP hàng năm. Các đơn vị tư nhân cũng có quyền cho ý kiến về các mô hình hợp tác mới, từ đó Bộ Kinh tế và Tài chính sẽ xem xét và ra quyết định áp dụng hoặc không áp dụng trong Chiến lược tổng thể. Hiện nay, trong các Chiến lược tổng thể PPP được ban hành bởi Bộ Kinh tế và Tài chính, các dạng hợp đồng PPP được áp dụng rất đa dạng gồm: BTO, BTL, BOT, BOO, BLT (xây dựng-cho thuê-chuyển giao), ROT (phục hồi-kinh doanh-chuyển giao), ROO (phục hồi-sở hữu-chuyển giao), RTL (phục hồi-chuyển giao-cho thuê) và dạng hỗn hợp BTO-BTL. Việc quy định mở như vậy có nhiều lợi thế, tạo cơ hội cho PPP phát triển dưới nhiều hình thức khác nhau. Nhu cầu về dự án PPP xuất hiện ở nhiều lĩnh vực như giao thông vận tải, năng lượng, cung cấp nước sạch, xử lý nước thải, chất thải, nông nghiệp, y tế, giáo dục, văn hoá, thể thao, hạ tầng khu kinh tế...mà mỗi lĩnh vực lại có các đặc thù cần có sự điều chỉnh phù hợp. Chẳng hạn theo cơ chế trong hợp đồng hợp tác công - tư, sẽ có sự thương lượng giữa Nhà nước và tư nhân thông qua hợp đồng. Khi xây dựng một sân bóng Nhà nước sử dụng sân vào những sự kiện trong năm, còn lại nhà đầu tư sẽ khai thác. Từ đó, quá trình khai thác, việc chăm sóc, quản lý vận hành sẽ tốt hơn, nên sẽ hiệu quả hơn. Ở Bắc Giang, tập đoàn T&T thuê lại sân phục vụ cho công tác đào tạo trẻ, đầu tư nâng cấp chất lượng hạ tầng, mặt cỏ tốt. Khi tỉnh tổ chức đại hội thể thao thì giao lại cho tỉnh, còn bình thường nhà đầu tư thuê lại, trông nom, chăm sóc, tiết kiệm kinh phí hơn rất nhiều vì không phải bỏ ngân sách ra duy trì hoạt động. Hay với lĩnh vực giao thông, thành phố Hồ Chí Minh theo phương thức đối tác công tư xây dựng bãi đậu xe ngầm. Nếu chỉ thu tiền vé thôi thì không thể nào đủ bù đắp chi phí cho nhà đầu tư. Nhà đầu tư phải mất thời gian rất dài vài chục năm mới thu hồi vốn. Do đó, phải tháo gỡ cho cơ chế này, tức là cho nhà đầu tư khai thác thêm trên cơ sở vật chất, hạ tầng đó, mở rộng thêm dịch vụ thương mại, ăn uống, nhà hàng... thì mới tạo lực hút hấp dẫn hơn khi triển khai¹³⁵. Như vậy, cơ chế đầu tư, khai thác đối với các dịch vụ công trong

¹³⁵ <https://tuoitre.vn/hop-tac-cong-tu-vao-linh-vuc-the-thao-van-hoa-co-luatse-khai-thac-hieu-qua>, truy cập ngày 20/03/2023

các lĩnh vực khác nhau cần có sự linh hoạt bằng các hình thức hợp đồng đối tác công tư khác nhau. Do đó, quy định về các loại hợp đồng PPP cũng nên có sự đa dạng phù hợp với thực tiễn để thúc đẩy hoạt động PPP, tránh trường hợp do không có quy định nên không thể thực hiện được dự án PPP trong thực tiễn. Ngoài ra, đối với các hợp đồng hành chính, đề xuất hợp đồng dự án trên kinh nghiệm nước ngoài thì có thể xuất phát từ phía tư nhân mà phù hợp với kế hoạch của nhà nước, điều này cũng gia tăng các cơ hội hợp đồng PPP đáp ứng cung cấp dịch vụ công hiệu quả hơn xuất phát từ nhu cầu của đời sống xã hội. Tuy vậy, cách thức này chưa được ghi nhận trong Luật PPP của Việt Nam, đây cũng là thực tiễn tốt có thể học hỏi hoàn thiện pháp luật Việt Nam.

Về chủ thể của hợp đồng đối tác công tư bao gồm nhà nước, bên tư nhân và doanh nghiệp dự án. Về phía cơ quan nhà nước, chủ thể ký kết hợp đồng dự án PPP (Điều 5) bao gồm: *(1) Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Cơ quan trung ương của tổ chức chính trị, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Văn phòng Chủ tịch nước, Văn phòng Quốc hội, cơ quan trung ương của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và của tổ chức chính trị - xã hội (sau đây gọi là Bộ, cơ quan trung ương); (2) Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; (3) Cơ quan, tổ chức được Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thành lập và được giao dự toán ngân sách theo quy định của pháp luật về ngân sách nhà nước (sau đây gọi là cơ quan khác).* Trong quá trình thực hiện, cơ quan có thẩm quyền được ủy quyền cho cơ quan, đơn vị trực thuộc làm cơ quan ký kết hợp đồng dự án PPP thuộc thẩm quyền của mình. Như vậy, đối với hợp đồng PPP chỉ có cơ quan nhà nước ở Trung ương có thẩm quyền được ký kết. Đối với cơ quan nhà nước ở địa phương, ngoại trừ UBND cấp tỉnh thì UBND cấp huyện và xã không có quyền này. Trong khi đó, hợp đồng hành chính dùng cho các cơ quan hành chính thực hiện thay cho hành vi hành chính trong một số trường hợp. Cơ quan nhà nước ở địa phương cũng thực hiện các chức năng và là chủ thể quan trọng của hợp đồng hành chính theo quy định của nhiều quốc gia. Phạm vi ký kết hợp đồng đối tác công tư ở Pháp chẳng hạn, có thể được ký kết bởi bất kỳ cơ quan nhà nước nào, từ trung ương cho tới địa phương.

Thậm chí, pháp luật của Pháp còn phân quyền ở mức độ sâu hơn khi xác định chủ thể công ký kết hợp đồng gồm hai nhóm: (i) pháp nhân được điều chỉnh bởi luật công – chỉ các cơ quan nhà nước; và (ii) pháp nhân được thành lập theo luật tư với nhưng hoạt động với mục đích vì lợi ích chung, không hướng tới mục đích thương mại hay công nghiệp, hoạt động bằng vốn của nhà nước hoặc được quản lý, giám sát trực tiếp bởi nhà nước.¹³⁶ Điều này phù hợp với thực tiễn ở nước ta, khi mà có một số lĩnh vực hợp đồng PPP nên giao cho cơ quan nhà nước ở địa phương ký kết là hợp lý như trong lĩnh vực cơ sở hạ tầng, xử lý nước thải, chất thải, nước sạch,... có đối tượng của hợp đồng phục vụ cho cư dân địa phương từng địa bàn.

Về bên tư nhân của hợp đồng PPP, theo Điều 49 của Luật PPP: *Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP hợp thành một bên và cùng ký vào hợp đồng với cơ quan ký kết hợp đồng*. Có nghĩa là có hai chủ thể bên tư nhân cùng chung về một bên của hợp đồng, lúc này cả hai chủ thể sẽ bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, cùng chịu trách nhiệm liên đới với nhau. Tuy nhiên lại không có quy định về phân định trách nhiệm của từng chủ thể hay thứ tự chịu trách nhiệm như thế nào? Doanh nghiệp dự án chịu trách nhiệm trước, không thực hiện đủ thì Nhà đầu tư mới chịu trách nhiệm hay ngược lại. Thực chất, Nhà đầu tư sở hữu doanh nghiệp dự án vì thế chỉ nên xác định 1 trong 2 là chủ thể ký kết hợp đồng tránh dẫn đến xung đột, phức tạp về pháp lý. Nhà đầu tư PPP là một pháp nhân độc lập được thành lập theo quy định của pháp luật hoặc liên danh giữa nhiều pháp nhân tham gia hoạt động đầu tư theo phương thức PPP. Sau khi có quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn, nhà đầu tư được chọn sẽ thành lập doanh nghiệp dự án PPP theo mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng, có mục đích duy nhất để ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP (Điều 44 Luật PPP). Như vậy, về bản chất doanh nghiệp dự án chính là “vỏ sò”¹³⁷, doanh nghiệp dự án chỉ là đại diện của Nhà đầu tư, các nhà đầu tư để thực hiện dự án PPP, nên chỉ để doanh nghiệp dự án là

¹³⁶ Điều L1212-1 đến L1212-4, Bộ luật Mua sắm công 2018

¹³⁷ Viac (2020), Tài liệu Tọa đàm về góp ý dự thảo Luật đầu tư theo Phương thức đối tác công tư - hợp đồng PPP và giải quyết tranh chấp.

một bên hợp đồng PPP. Trong mọi trường hợp cần đặt trọng tâm việc xem xét, thẩm định tính khả thi của dự án PPP vào chính năng lực và phương án triển khai của Doanh nghiệp dự án mà không phải uy tín và năng lực hiện hữu của Nhà đầu tư. Về bản chất và trên thực tế, cái gọi là "Nhà đầu tư PPP" chỉ là người phát triển dự án (developer) và họ chỉ bỏ ra khoản vốn ban đầu tối thiểu ở mức 10 đến 20% của tổng vốn đầu tư. Đối với nhiều dự án thực hiện dài hạn, Nhà đầu tư thậm chí sẽ rút lui ngay sau khi công trình hoàn thành bằng cách chuyển nhượng vốn cho bên khác, hay chí ít cũng không tham gia gì vào vận hành Dự án. Tại Việt Nam còn có tình trạng sau khi Dự án được phê duyệt, Nhà đầu tư vay vốn, thế chấp bằng tài sản dự án để tự xây dựng công trình, thu hồi ngay cả gốc và lãi cho phần vốn ban đầu đã bỏ ra. Cho nên, dù có rút lui hay không thì họ cũng không còn quan tâm đến số phận của Dự án nữa, nếu có rủi ro thì Công ty Dự án (là bên vận hành) và ngân hàng cho vay sẽ gánh chịu. Các chủ thể khác quan trọng hơn là Doanh nghiệp Dự án (chính là bên gắn bó trọn đời với Dự án) và Bên tài trợ nói chung (bao gồm ngân hàng, chế độ tài chính và/hoặc các nhà đầu tư đơn lẻ khác) là những chủ thể đầu tư đích thực vào Dự án. Do vậy, nên xác định chủ thể ký kết hợp đồng là doanh nghiệp dự án chứ không phải là đồng thời Nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án như hiện nay.

Liên quan đến hợp đồng dự án PPP, ngoài cơ quan nhà nước và nhà đầu tư, người dân sinh sống trong khu vực ảnh hưởng của dự án PPP không phải là chủ thể của hợp đồng PPP nhưng lại là bên liên quan vì hợp đồng dự án PPP có đặc điểm là ảnh hưởng trực tiếp tới quyền và nghĩa vụ trong sử dụng dịch vụ công của cộng đồng đó. Do vậy, người dân với tư cách bên liên quan phải được tham gia vào quá trình hình thành hợp đồng PPP, người dân cũng phải được tham gia lấy ý kiến trực tiếp về nhu cầu, những ảnh hưởng của dự án PPP tới họ để điều chỉnh dự án cho phù hợp, đáp ứng yêu cầu và nguyện vọng thực sự của người dân.

Về đối tượng của hợp đồng PPP là hàng hóa, dịch vụ công nằm trong phạm vi các lĩnh vực được đầu tư theo phương thức PPP. Lĩnh vực đầu tư theo phương thức PPP trong Luật PPP đã thu hẹp hơn so với quy định tại Nghị định số

63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018 về đầu tư theo hình thức đối tác công tư¹³⁸, chỉ bao gồm các lĩnh vực sau: a) *Giao thông vận tải*; b) *Lưới điện, nhà máy điện, trù nhà máy thủy điện và các trường hợp Nhà nước độc quyền theo quy định của Luật Điện lực*; c) *Thủy lợi; cung cấp nước sạch; thoát nước và xử lý nước thải; xử lý chất thải*; d) *Y tế; giáo dục - đào tạo*; đ) *Hạ tầng công nghệ thông tin*¹³⁹. Quy định như vậy là chưa phù hợp bởi lẽ, cung ứng dịch vụ công được thực hiện trong nhiều lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội như cơ sở hạ tầng, giao thông vận tải, nước sạch, xử lý nước thải, chất thải, y tế, giáo dục, thậm chí cả một số lĩnh vực chưa quy định nhưng thực tiễn có nhu cầu được thực hiện theo phương thức đối tác công tư như nông nghiệp, văn hoá thể thao, công viên¹⁴⁰... Ngoài ra, Việt Nam còn yêu cầu về vốn tối thiểu để thực hiện dự án PPP, theo đó Luật PPP quy định mức vốn tối thiểu cho các dự án PPP trong lĩnh vực y tế, giáo dục không được dưới 100 tỷ Đồng, và không thấp hơn 200 tỷ đồng đối với các dự án thuộc lĩnh vực còn lại (ngoại trừ trường hợp dự án đầu tư tại những địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn có thể ở mức 100 tỷ đồng). Những giới hạn đó trở nên không phù hợp trong các lĩnh vực như giáo dục, y tế, văn hoá, thể thao, nước sạch hay xử lý rác thải, chất thải... nên áp dụng số vốn nhỏ hơn để thu hút rộng rãi tư nhân tham gia, và có thể thực hiện phương thức đối tác công tư cấp độ của chính quyền địa phương, đáp ứng nhu cầu của từng địa phương với các đặc thù riêng biệt.

Về thủ tục giao kết hợp đồng đối tác công tư, hợp đồng được ký kết trên cơ sở quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn nhà đầu tư, kết quả đàm phán hợp đồng, hồ sơ dự thầu còn hiệu lực, thông tin năng lực của nhà đầu tư đã được cập nhật tại thời điểm ký kết và hồ sơ mời thầu. Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP hợp thành một bên và cùng ký vào hợp đồng với cơ quan ký kết hợp đồng. Đối với nhà đầu tư

¹³⁸ Các lĩnh vực bị giảm bớt gồm: Trụ sở cơ quan nhà nước; nhà ở công vụ; nhà ở xã hội; nhà ở tái định cư; Hạ tầng thương mại; hạ tầng khu đô thị, khu kinh tế, khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu công nghệ thông tin tập trung; hạ tầng kỹ thuật công nghệ cao; cơ sở ương tạo, cơ sở kỹ thuật, khu làm việc chung hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa; Nông nghiệp và phát triển nông thôn; dịch vụ phát triển liên kết sản xuất gắn với chế biến, tiêu thụ sản phẩm nông nghiệp.

¹³⁹ Quốc hội (2020), Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư, Điều 4.

¹⁴⁰ <https://tuoitre.vn/hop-tac-cong-tu-vao-linh-vuc-the-thao-van-hoa-co-luatse-khai-thac-hieu-qua>, truy cập ngày 20/03/2023.

liên danh, tất cả các thành viên liên danh phải trực tiếp ký, đóng dấu (nếu có) vào hợp đồng. Để đến được bước ký kết hợp đồng dự án PPP là cả quy trình dài trước đó, bao gồm dự thầu, lựa chọn nhà đầu tư và ký kết hợp đồng PPP. Giai đoạn này yêu cầu quan trọng của nguyên tắc công khai minh bạch và bình đẳng giữa các nhà đầu tư. Các quy định này trong Luật PPP của Việt Nam đã tiệm cận với thông lệ PPP ở các nước trên thế giới hiện nay. Nguyên tắc này thậm chí còn trở nên quan trọng nhất vì đối với hàng hóa dịch vụ công, đảm bảo bình đẳng của nhà đầu tư. Theo Điều 9 Luật PPP đã quy định các thông tin phải được công bố trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia bao gồm: Thông tin về quyết định chủ trương đầu tư, quyết định phê duyệt dự án PPP; Thông tin về lựa chọn nhà đầu tư bao gồm: thông báo mời sơ tuyển, thông báo mời thầu, danh sách ngắn, kết quả lựa chọn nhà đầu tư; Thông tin về nhà đầu tư được lựa chọn, doanh nghiệp dự án PPP; Nội dung chính của hợp đồng dự án PPP bao gồm: tổng mức đầu tư; cơ cấu nguồn vốn trong dự án; loại hợp đồng; thời hạn thực hiện dự án; giá, phí sản phẩm, dịch vụ công; hình thức và địa điểm thu giá, phí (nếu có) và các thông tin cần thiết khác... Như vậy, hợp đồng PPP là hợp đồng có mục đích công nên sau khi ký kết hợp đồng, các nội dung hợp đồng được công khai thông tin để bảo đảm giám sát thực hiện hợp đồng của nhà nước và xã hội.

Đàm phán hợp đồng PPP một khâu quan trọng nhất của hình thành hợp đồng PPP được Luật PPP đề cập đến sơ sài. Theo quy trình thực hiện Dự án (Điều 11 của Luật PPP) quy định gồm 5 bước (thẩm định báo cáo tiền khả thi và quyết định chủ trương, phê duyệt báo cáo khả thi và dự án, lựa chọn nhà đầu tư, thành lập doanh nghiệp dự án và ký hợp đồng, triển khai dự án). Theo thông lệ chung, trong quy trình dự án, bước quan trọng nhất và cũng là khó khăn, gay go nhất chính là đàm phán dự án và các hợp đồng PPP, tức là sự tương tác đa bên giữa Cơ quan nhà nước và các bên tham gia Dự án, thay vì một bên giải trình và bên kia quyết định theo cơ chế xin-cho. Bản chất của hợp đồng vốn là hợp tác bình đẳng là vậy và điều này mới bảo đảm cho tính khả thi của dự án theo nghĩa xác lập cam kết pháp lý và tính chịu trách nhiệm của các bên. Quá trình đàm phán này có thể phức tạp và kéo dài vì

mang tính chuyên môn cao nhưng hoàn toàn cần thiết. Do vậy, quá trình này cần được xây dựng các quy định để bên tư nhân có thể tham gia thực chất vào quá trình đàm phán xây dựng nên hợp đồng PPP, đây chính là căn cứ để thực hiện dự án, giải quyết tranh chấp là luật tối cao của các bên trong hợp đồng nên cần được coi trọng bậc nhất trong giai đoạn hình thành hợp đồng.

3.2.3 Nội dung hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Điều 47 của Luật PPP quy định về các nội dung cơ bản của hợp đồng PPP. Các quy định này còn chung chung mang tính chất là nền tảng để xây dựng các quy định về nội dung các điều khoản của từng loại hợp đồng PPP cụ thể do các loại hợp đồng PPP khác nhau có các đặc thù riêng biệt. Theo ADB, các điều khoản cơ bản của hợp đồng đối tác công tư là: Đưa ra các định nghĩa về các điều khoản quan trọng và cung cấp hướng dẫn về việc giải thích các điều khoản của hợp đồng; đối tượng của hợp đồng; Các điều kiện bắt đầu, hoàn thành, sửa đổi và chấm dứt hợp đồng; Các quyền, nghĩa vụ và bảo đảm của chính phủ; Quyền, nghĩa vụ và bảo đảm của bên tư nhân; Hậu quả của sự thay đổi luật pháp; Việc xác định các cơ quan quản lý nếu có và mức độ vai trò và thẩm quyền của họ; Các rủi ro chính sẽ được phân bổ và quản lý như thế nào cho các bên hợp đồng...¹⁴¹

Về nội dung của hợp đồng PPP có một số tranh luận cho rằng: Bản chất của phương thức đối tác công tư là nhà nước và các nhà đầu tư tư nhân cùng ký hợp đồng để phân chia lợi ích, rủi ro cũng như trách nhiệm của mỗi bên trong việc xây dựng công trình hay cung cấp một dịch vụ công nào đó. Như vậy, hai chủ thể này là đối tác bình đẳng theo pháp luật dân sự thông qua Hợp đồng dự án. Trong vị thế là cơ quan quản lý nhà nước nhưng khi xuất hiện trong vị thế “đối tác” thì phương thức hoạt động vẫn mang đậm dấu ấn của cơ quan công quyền, cơ quan quản lý dẫn đến sự bất bình đẳng giữa cơ quan có thẩm quyền và nhà đầu tư theo nguyên tắc trong hợp đồng dân sự. Cơ quan có thẩm quyền luôn nghĩ mình là cơ quan nhà nước

¹⁴¹ Klaus Felsing (2008), *Public - Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank, Philippines, tr.78

có quyền quản lý và nhà đầu tư là đối tượng bị quản lý. Quy định pháp luật trong đầu tư theo phương thức đối tác công tư cần đặt quan hệ giữa Nhà nước và nhà đầu tư bình đẳng, hài hoà lợi ích các bên.¹⁴² Tuy nhiên, như đã đề cập ở trên kinh nghiệm của nhiều quốc gia từ Pháp, Anh, Mỹ đều cho thấy quy chế điều chỉnh đối với hợp đồng đối tác công tư - một loại hợp đồng hành chính/hợp đồng chính phủ mang những yếu tố đặc thù, không phải hợp đồng dân sự. Trong hợp đồng đối tác công tư vẫn tồn tại các điều khoản quá lệ, các quyền của nhà nước để đảm bảo lợi ích công. Chẳng hạn quyền kiểm tra, chỉ đạo, quyền xử phạt vi phạm hợp đồng, quyền đơn phương sửa đổi, huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng đối tác công tư khi bên tư nhân không đáp ứng được yêu cầu của cung cấp dịch vụ công. Tất nhiên, các ưu quyền của bên cơ quan nhà nước cũng bị giới hạn bởi lợi ích công, nếu không đảm bảo yếu tố này thì cơ quan nhà nước cũng vi phạm và phải chịu trách nhiệm hợp đồng. Ở góc độ của cơ quan nhà nước cũng phải nhận thức rõ về vị trí của mình khi là một bên của hợp đồng đối tác công tư thì cần tuân thủ các điều khoản của hợp đồng, cần có quy định về các chế tài xử lý đối với các trường hợp cơ quan nhà nước vi phạm hợp đồng đối tác công tư. Hiện nay, vấn đề này còn thiếu, khiến cho nhiều đối tác tư nhân bị một số vi phạm từ phía cơ quan nhà nước như cấp vốn chậm, tự cắt trạm thu phí theo phương án tài chính, không tăng phí theo cam kết, mở đường song hành làm giảm lưu lượng...trong thời gian làm giảm sự tin tưởng vào đối tác nhà nước.

Một trong điểm mới quan trọng nội dung của hợp đồng đối tác công tư trong Luật PPP là quy định về cơ chế chia sẻ rủi ro với nhà đầu tư. Theo đó, có những trường hợp Nhà nước chia sẻ cả lợi nhuận và rủi ro, có chia sẻ tài chính (Điều 82, Luật PPP). Khi doanh thu thực tế đạt cao hơn 125% mức doanh thu trong phương án tài chính tại hợp đồng dự án PPP, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chia sẻ với Nhà nước 50% phần chênh lệch giữa doanh thu thực tế và mức 125%

¹⁴² Trần Chung (2022), “Vì sao phương thức PPP trong lĩnh vực hạ tầng giao thông đường bộ chưa hấp dẫn nhà đầu tư?”, <https://www.viac.vn/goc-nhin-trong-tai-vien/ky-01-pgs-ts-tran-chung-vi-sao-phuong-thuc-ppp-trong-linh-vuc-ha-tang-giao-thong-duong-bo-chua-hap-dan-nha-dau-tu-a1291.html>, truy cập 21/12/2022.

doanh thu trong phương án tài chính. Bên cạnh đó, Nhà nước sẽ chia sẻ rủi ro về doanh thu cho nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án sau khi đã thực hiện đầy đủ các biện pháp điều chỉnh mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ công, điều chỉnh thời hạn thực hiện hợp đồng dự án PPP nhưng chưa đảm bảo mức doanh thu tối thiểu 75%. Đây được đánh giá là một cơ chế mới, đặc biệt quan trọng trong quá trình thực hiện dự án PPP. Tuy vậy, cơ chế chia sẻ rủi ro này còn thiếu và chưa đủ sức thu hút các bên tư nhân vào dự án PPP. Bởi vì rủi ro trong dự án PPP rất nhiều loại rủi ro khác nhau mà chưa được quy định.

Ví dụ: Rủi ro về nhu cầu, các nhân tố khác như các biện pháp kiểm soát dịch bệnh làm giảm lưu lượng xe qua lại dẫn doanh thu không đạt: BOT cầu Bạch Đằng tỉnh Quảng Ninh phê duyệt, cơ cấu lưu lượng xe không đúng dự án dẫn đến doanh nghiệp dự án đứng trước nguy cơ nhảy nhóm nợ... Trạm BOT cầu Bạch Đằng thu phí từ tháng 10/2018, nhưng tới nay mới đạt 30% doanh thu so với phương án tài chính ban đầu. Lưu lượng xe dựa trên báo cáo nghiên cứu khả thi (F/S) đã được UBND tỉnh Quảng Ninh xây dựng, nhưng thực tế lưu lượng hiện chỉ xấp xỉ 40%. Việc dẫn đến nợ xấu không thể hiện ý chí của nhà đầu tư mà là do cơ quan nhà nước, khi những cam kết trong hợp đồng không được thực hiện. Các nhà đầu tư PPP đang thực hiện các dự án của nhà nước nhưng hậu quả cuối cùng lại mỗi nhà đầu tư gánh chịu¹⁴³.

Một dự án hợp tác công tư muốn triển khai thành công đòi hỏi phải có cơ chế chia sẻ rủi ro phù hợp giữa nhà nước và khu vực tư nhân. Vấn đề là các rủi ro này cần phải được chia sẻ một cách phù hợp theo những nguyên tắc nhất định. Chẳng hạn, các rủi ro này được phân chia theo theo nguyên tắc: (i) Bên nào có thể kiểm soát được rủi ro nào thì nên chịu trách nhiệm về rủi ro đã do họ kiểm soát rủi ro với chi phí thấp nhất; (ii) Hợp đồng dự án cần thể hiện và đóng vai trò là phương tiện để giảm thiểu rủi ro; (iii) Các rủi ro thường xuyên như chính trị, thay đổi chính sách

¹⁴³ Ngọc An, Đầu tư PPP: Nhiều cam kết không thực hiện, nhà đầu tư đối mặt nguy cơ vào nhóm nợ xấu, <https://congluan.vn/dau-tu-ppp-nhieu-cam-ket-khong-thuc-hien-nha-dau-tu-doi-mat-nguy-co-vao-nhom-no-xau-post95868.html>, truy cập 20/05/2021.

cần được bảo đảm, bảo lãnh; và (iv) Các rủi ro không thể giảm thiểu thì chuyển cho khách hàng thông qua phí dịch vụ cao.

Trong bối cảnh Việt Nam, các dự án hợp tác công tư có thể gặp nhiều dạng rủi ro khác nhau, gồm: Dự án bị quốc hữu hóa; Can thiệp của nhà nước; Quy trình ban hành chính sách có vấn đề; Phản đối chính trị; Nạn tham nhũng trong các dự án; Thay đổi chính sách khuyến khích; Thay đổi điều khoản hợp đồng; Thiếu kinh nghiệm quản lý PPP; Thiếu sự cam kết từ các bên; Trách nhiệm giữa các bên đối tác không rõ ràng; Quyền lực phân bổ giữa các bên không rõ ràng; Chính sách thay đổi; Lạm phát; Chính sách thuế thay đổi; Không có lao động đủ kỹ năng; Rủi ro từ bên thứ ba; Ảnh hưởng của các sự kiện kinh tế; Khả năng hấp dẫn tài chính của dự án; Nhu cầu của dự án thay đổi; Chính sách ngành thay đổi; Chi phí tài trợ và lãi suất cao; Rủi ro điều phối; Thời tiết và môi trường tự nhiên; Doanh thu thấp hơn mức dự báo; Thị trường tài chính; Năng suất hoạt động dự án thấp; Công nghệ không đạt tiêu chuẩn yêu cầu; Hiệu quả công nghệ thấp hơn dự kiến; Không đổi mới công nghệ kịp thời; Chi phí duy trì bảo dưỡng cao; Thời gian xây dựng kéo dài.

Có thể thấy các dạng rủi ro trong dự án hợp tác công tư là khá đa dạng từ rủi ro chính trị cho tới rủi ro dự án, từ rủi ro môi trường vĩ mô đến vi mô. Các nhóm rủi ro lớn nhất rơi vào nhóm rủi ro liên quan tới chính sách và sự can thiệp của Nhà nước. Tiếp đến các rủi ro liên quan tới thay đổi chính sách khuyến khích, việc phân chia trách nhiệm giữa các bên không rõ ràng, và kinh nghiệm quản lý dự án hợp tác công tư còn thiếu. Nhóm tiếp theo rủi ro xảy ra đối với dự án hợp tác công tư bao gồm rủi ro do lạm phát, do thiếu cam kết của các bên và do tham nhũng. Như vậy, nhóm rủi ro nhất trong các dự án hợp tác công tư nước ở Việt Nam phần lớn liên quan tới phía đối tác nhà nước: từ sự can thiệp, chính sách, thực thi quản trị nhà nước và bối cảnh kinh tế vĩ mô. Đây là vấn đề rất lớn mà đối tác Nhà nước cần thay đổi và khắc phục nếu tiếp tục muốn huy động từ khu vực tư nhân thông qua hợp tác công tư ở Việt Nam. Đối với quan hệ PPP thì hợp đồng PPP là cao nhất đối với việc thực hiện dự án, do đó nên có quy định của pháp luật cụ thể về việc nhà nước

chịu rủi ro nào và tự nhân trách nhiệm những rủi ro nào. Đây là vấn đề mấu chốt của quan hệ PPP.

Các rủi ro có thể trong dự án hợp tác công tư khá đa dạng và chia sẻ rủi ro có thể xếp vào 3 nhóm: (i) loại rủi ro chỉ có nhà nước gánh chịu, (ii) loại rủi ro chỉ do tư nhân gánh chịu, và (iii) loại rủi ro do cả tư nhân và nhà nước cùng gánh chịu.

Cụ thể các nhóm các rủi ro nên do nhà nước gánh chịu: Các rủi ro này chủ yếu liên quan tới các vấn đề như chính sách của nhà nước, các vấn đề thuộc môi trường vĩ mô. Thuộc nhóm rủi ro do nhà nước nên gánh chịu này có 6 rủi ro chính, bao gồm: Nạn tham nhũng trong các dự án; Dự án bị quốc hữu hóa; Can thiệp của nhà nước; Thiếu kinh nghiệm quản lý PPP; Chính sách thay đổi; Lạm phát; Chính sách ngành nước thay đổi; và Thị trường tài chính.

Nhóm các rủi ro do khu vực tư nhân nên chịu trách nhiệm. Các rủi ro này chủ yếu xuất phát từ phía các nhà đầu tư tư nhân, và một số rủi ro xuất hiện do thảo luận giữa nhà đầu tư tư nhân và nhà nước. Theo kết quả khảo sát, các dạng rủi ro này tư nhân nên là người chịu trách nhiệm. Các rủi ro mà tư nhân nên gánh chịu bao gồm 11 dạng rủi ro dưới đây: Thiếu sự cam kết từ các bên; Không có lao động đủ kỹ năng; Ảnh hưởng của các sự kiện kinh tế; Chi phí tài trợ và lãi suất cao; Doanh thu thấp hơn mức dự báo; Năng suất hoạt động dự án thấp; Công nghệ không đạt tiêu chuẩn yêu cầu; Hiệu quả công nghệ thấp hơn dự kiến; Không đổi mới công nghệ kịp thời; Chi phí duy trì bảo dưỡng cao; và Thời gian xây dựng kéo dài.

Nhóm các rủi ro do cả bên tư nhân và nhà nước cùng gánh chịu. Các rủi ro này bao gồm: Thay đổi chính sách khuyến khích; Thay đổi điều khoản hợp đồng; Trách nhiệm giữa các bên đối tác không rõ ràng; Quyền lực phân bổ giữa các bên không rõ ràng; Chính sách thuế thay đổi; Rủi ro từ bên thứ ba; Khả năng hấp dẫn tài chính của dự án; Nhu cầu của dự án thay đổi; Rủi ro điều phối; và Thời tiết và môi trường tự nhiên.

Trên cơ sở phân tích từng loại rủi ro cụ thể, các bên thống nhất phương thức chia sẻ rủi ro có thể xảy ra trước khi dự án được tiến hành. Thực tế cho thấy chia sẻ rủi ro ở trong từng dự án là khác biệt, nhưng tuân thủ các nguyên tắc chia sẻ rủi ro giữa nhà nước và tư nhân đề cập ở trên có thể là một cơ sở cho việc phân định và chia sẻ rủi ro trong dự án hợp tác công tư ở Việt Nam.

Ngoài ra, hợp đồng PPP ảnh hưởng trực tiếp tới người dân với tư cách người tiêu dùng dịch vụ công hoặc bị ảnh hưởng của dự án PPP nên cần có sự đảm bảo quyền của người dân. Tuy nhiên, trong thời gian qua, các dự án PPP mới chỉ xoay quanh lợi ích của Nhà nước, chủ đầu tư và ngân hàng cho vay mà không chú ý đến lợi ích của cộng đồng với tư cách là người dân và người tiêu dùng. Điều này đã dẫn đến, thậm chí làm bùng nổ sự bức xúc và phản đối trong dư luận và xã hội. PPP là một chính sách lớn và hệ trọng, theo đó việc triển khai nó không chỉ thu hút một khối lượng lớn nguồn lực vật chất của đất nước mà còn tạo ra các tác động, hệ lụy về kinh tế - xã hội sâu rộng mà trong hàng chục năm qua, chưa nói đến các hiện tượng tiêu cực, tham nhũng, mà Quốc hội dường như không can dự trực tiếp cho tới khi có các phản ứng và bức xúc từ người dân và cộng đồng doanh nghiệp được phản ánh qua truyền thông. Chẳng hạn, nhiều dự án Từ Phú Thọ, Thái Bình, Nghệ An cho đến Tiền Giang, gặp phải sự phản đối dữ dội việc thu phí giao thông các trạm thu phí BOT do nhiều trạm đặt không đúng vị trí, người dân không đi vẫn phải trả tiền, hay làm đường một nơi lại thu phí một nẻo... Trong khi đó, có trường hợp như Chủ đầu tư dự án BOT cầu Hạc Trì (Phú Thọ) còn đem cả ụ bê-tông ra chặn đường lưu thông của người dân khi không thu phí được. Trong trường hợp người dân bị ảnh hưởng như vậy, rất cần đến vai trò của nhà nước điều tiết để bảo đảm quyền của người dân. Chẳng hạn, tìm ra nguyên nhân và truy cứu trách nhiệm, có thể dự án bị sai từ khâu lập dự án PPP do cơ quan nhà nước đưa ra thì nhà nước cũng phải chịu một phần trách nhiệm (rủi ro), nếu sai phạm từ phía doanh nghiệp dự án cũng phải xử lý. Đồng thời, người dân cần được tham gia dự án PPP ở nhiều khâu, giai đoạn với những vai trò và cách thức phù hợp cả trực tiếp và gián tiếp. Từ việc hình thành

dự án PPP, người dân cũng phải được tham gia lấy ý kiến trực tiếp về nhu cầu, những ảnh hưởng của dự án PPP cho tới giám sát thực hiện hợp đồng PPP.

Về thực hiện hợp đồng PPP trong thời gian qua cho thấy nhiều vấn đề phát sinh còn vướng mắc. Trong khi bên tư nhân thường chủ động thực hiện công việc của mình trong hợp đồng để sớm thu hồi vốn và có lợi nhuận. Nhà đầu tư phải thực hiện nhiều cam kết (về chất lượng, tiến độ,...), thực hiện các bảo lãnh (tạm ứng, thực hiện hợp đồng,...), nếu nhà đầu tư (bên tư) không thực hiện đúng cam kết sẽ bị xử lý vi phạm nhưng ở chiều ngược lại, cơ quan nhà nước (bên công) trong các trường hợp không thực hiện đúng cam kết, làm ảnh hưởng đến dự án, gây thiệt hại cho nhà đầu tư, ngân hàng thì không bị xử lý vì không có chế tài. Nhiều dự án thực hiện cho thấy phía cơ quan nhà nước lại có những sự không tôn trọng đối với thực hiện các cam kết trong hợp đồng, chẳng hạn chậm giải ngân phần vốn cam kết góp vào dự án, được cho là bởi các lý do liên quan đến quy định về giải ngân tài chính công hay vướng mắc nguồn ngân sách hiện tại. Ví dụ dự án hầm Đèo Cả phần vốn ngân sách nhà nước tham gia là 5.048 tỷ đồng tuy nhiên đến nay mới giải ngân 3.868 tỷ đồng vốn ngân sách nhà nước, còn 1.180 tỷ đồng chưa được bố trí giải ngân như cam kết. Mặc dù nhà đầu tư PPP, ngân hàng cho vay tín dụng đã có nhiều văn bản kiến nghị các Bộ, ngành, Chính phủ, nhưng đến nay sau gần 3 năm vẫn chưa được giải quyết...¹⁴⁴ Điều này ảnh hưởng nghiêm trọng đến hiệu quả sử dụng vốn, phát sinh lãi vay tín dụng trong quá trình thực hiện dự án, ảnh hưởng đến phương án tài chính tổng thể của dự án. Quy định pháp luật trong đầu tư theo phương thức đối tác công tư cần hài hoà lợi ích các bên, đảm bảo thu hút tư nhân vào đối tác công tư. Do đó, cần có chế tài đối với bên nhà nước tham gia hợp đồng PPP khi không thực hiện các cam kết hợp đồng, đảm bảo các quyền lợi chính đáng của nhà đầu tư.

Đối với nội dung hợp đồng giữa chính quyền địa phương với doanh nghiệp

¹⁴⁴ Ngọc An, Đầu tư PPP: Nhiều cam kết không thực hiện, nhà đầu tư đối mặt nguy cơ vào nhóm nợ xấu, <https://congluan.vn/dau-tu-ppp-nhieu-cam-ket-khong-thuc-hien-nha-dau-tu-doi-mat-nguy-co-vao-nhom-no-xau-post95868.html>, truy cập 20/05/2021.

cấp nước, quy định về quyền, nghĩa vụ của đơn vị cấp nước với khách hàng sử dụng nước trong các hoạt động liên quan đến nước sạch và trách nhiệm của cơ quan quản nhà nước có thẩm quyền trong việc quản lý cấp nước sạch. Quyền năng mặc cả của từng hộ dân với công ty cung cấp nước là rất thấp, vì vậy cần có sự mặc cả tập thể với đơn vị cung ứng. Ở đây, chính quyền địa phương phải đại diện cho cộng đồng - người tiêu dùng trong việc thương thảo với nhà cung cấp nước về các điều khoản hợp đồng, giá cả, chất lượng... Hợp đồng này sẽ ràng buộc được doanh nghiệp trong việc đảm bảo cung cấp nước an toàn và liên tục và cơ chế bảo vệ người tiêu dùng trong chính hợp đồng khi xảy ra các sự cố, vi phạm về cung cấp nước sạch. Đây cũng chính là nội dung trong thoả thuận giữa chính quyền địa phương và doanh nghiệp công nước trong hợp đồng uỷ quyền cung cấp dịch vụ công.

Về giá, phí dịch vụ công còn chưa hợp lý. Chẳng hạn vụ việc về giá nước sạch của Nhà máy nước sạch sông Đuống. Tháng 7/2017 Ủy ban nhân dân thành phố Hà Nội đã chấp thuận giá tạm tính của giá nước sạch tại nhà máy để đầu tư là 10.246 đồng/m³. Ngay sau đó gặp phải phản ứng gay gắt của người dân khi cho rằng giá bán nước sạch của nhà máy quá cao và nhiều ý kiến cho rằng giá nước cao là do phải tính cả khoản lãi vay vốn ngân hàng của nhà máy cho sản xuất kinh doanh (mức lãi vay trong giá nước lên đến hơn 20%). Trên thực tế việc mua bán nước sạch thông qua hợp đồng mua bán nước sinh hoạt theo hình thức hợp đồng mẫu. Mỗi hộ gia đình, cá nhân mua nước sạch khó có thể tự mình thỏa thuận về giá nước với nhà cung cấp. Ngoài ra, người tiêu dùng vẫn không biết hợp đồng cung cấp nước sạch, ngoài những điều khoản cơ bản theo mẫu, thì nội dung chi tiết về cấu thành giá nước, chất lượng nước, bồi thường thiệt hại nếu nước không đảm bảo chất lượng hay không được cung cấp liên tục... sẽ như thế nào. Nếu quan hệ hợp đồng được thể hiện đầy đủ thì người dân có thể khiếu kiện, công ty phải bù đắp thiệt hại. Nhưng đến nay, các vấn đề này vẫn chưa được làm rõ. Hơn nữa, sự thiếu minh bạch công khai trong quyết định giá nước sạch cũng như các yếu tố cấu thành giá nước sạch cũng là một thiếu sót. Do vậy, đây cũng là những câu hỏi lớn để hoàn thiện pháp luật về cung ứng dịch vụ công nói chung và dịch vụ công về cung cấp nước sạch nói riêng.

Bằng cách nào bên sử dụng dịch vụ công thiết yếu có thể thực hiện được quyền mặc cả giá, phí dịch vụ công khi mà hợp đồng cung cấp nước sạch là hợp đồng mẫu được giao cho từng hộ gia đình, cơ sở sản xuất không có quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng. Chính quyền địa phương (hội đồng nhân dân) khi đại diện cho nhân dân chọn nhà cung cấp (chính là hợp đồng uỷ quyền cung cấp dịch vụ công) có thể đưa các điều khoản đó vào hợp đồng để bảo vệ các quyền của khách hàng. Đây phải là một nội dung quan trọng của hợp đồng. Ngoài ra, Chính phủ cần thiết lập, áp đặt ngay các quy định, thiết chế đảm bảo chất lượng dịch vụ công cung cấp bởi doanh nghiệp tư nhân thông qua hình thức ban

hành một đạo luật về dịch vụ công, trên cơ sở đó bất kỳ doanh nghiệp tư nhân nào muốn tham gia cung cấp dịch vụ công cũng phải tuân thủ.

Ngoài ra, xây dựng cơ chế tính giá dịch vụ công, phí dịch vụ công phù hợp. Chẳng hạn, đối với lĩnh vực nước sạch cần xây dựng cơ chế kiểm soát giá nước. Đặc biệt là cơ chế công khai, minh bạch đối với giá nước sạch. Xây dựng quy định về công khai yếu tố cấu thành giá nước sạch. Việc công khai này có thể được thực hiện giống như việc công khai chất lượng nước sạch: Công khai trên trang thông tin điện tử của đơn vị cấp nước (trường hợp không có trang thông tin điện tử, đơn vị cấp nước phải dán thông báo trước cổng trụ sở) về các nội dung là các chi phí cấu thành giá được tính trên từng m³ nước sạch. Việc công khai như vậy sẽ giúp tạo được sự tin tưởng của người dân đối với dịch vụ công cung cấp nước sạch, bên cạnh đó tạo điều kiện thuận lợi cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện việc kiểm tra, kiểm toán giá nước. Đồng thời có các đơn vị tư vấn độc lập để xác định giá nước, để thấy được các doanh nghiệp sử dụng bao nhiêu hoá chất, điện, nhân công. Vì nếu doanh nghiệp tự kê khai thì người dân sẽ không tin tưởng. Các đơn vị tư vấn độc lập sẽ có thể tính toán được lượng hoá chất mà nhà máy sử dụng từ đó xác định được một mức giá phù hợp và đảm bảo sự minh bạch, khách quan trong giá nước sạch.

Bên cạnh đó, với một số hợp đồng trong lĩnh vực cung cấp dịch vụ công thiết yếu thực hiện nhượng quyền của nhà nước cho tư nhân cung cấp các dịch vụ công thiết yếu như điện, nước, vệ sinh môi trường, vận tải công cộng như xe bus... Sau đó, các bên tư nhân cung cấp các dịch vụ công thiết yếu cho người dân. Cần phải có sự giám sát, thanh tra, kiểm tra chặt chẽ của cơ quan nhà nước đối với hợp đồng hành chính nhằm đảm bảo cung cấp dịch vụ công đúng chất lượng, liên tục, bình đẳng trong tiếp cận dịch vụ công. Điều khoản về quyền kiểm tra, chỉ đạo trong quá trình thực hiện các hợp đồng hành chính này cần được ghi nhận trong các hợp đồng hành chính ở Việt Nam. Chẳng hạn hợp đồng cung cấp nước sạch cho người dân. Đây là dịch vụ công thuộc nhóm dịch vụ công thiết yếu của bất kỳ quốc gia nào để duy trì đời sống của người dân. Hiện nay, cung cấp nước sạch được hiểu là một

loại hình dịch vụ công do nhà nước hoặc tư nhân sản xuất, phân phối nước sạch đạt tiêu chuẩn chất lượng cho mục đích sinh hoạt của người dân. Cung cấp nước sạch gắn liền với tài nguyên nước nên phải kiểm soát chất lượng nước đối với cả nước thô và nước sạch. Bởi lẽ theo quy trình sản xuất nước sạch, để có sản phẩm là nước sạch thì đầu vào của quá trình sản xuất nước sạch chính là nước tự nhiên, đặc biệt là nước bề mặt từ các dòng sông, sau đó trải qua quá trình tinh lọc, sản xuất ra thành phẩm. Vấn đề nguồn nước đầu vào đảm bảo cho việc sản xuất nước được quan tâm, gắn liền với việc bảo vệ môi trường nước, tránh gây ô nhiễm nguồn nước. Trong quá trình sản xuất nước sạch, kỹ thuật, công nghệ được áp dụng sẽ liên quan trực tiếp tới chất lượng của nước sạch và giá thành của nước sạch thành phẩm. Do vậy, nếu sử dụng công nghệ không đủ cao thì có khả năng không đạt tiêu chuẩn nước sạch. Hoặc thường xuyên cập nhật, sử dụng kỹ thuật mới, công nghệ lọc nước, xử lý nước mới làm tăng chi phí sản xuất. Hơn nữa, quá trình vận chuyển nước sạch tới người tiêu dùng qua hệ thống dẫn nước sạch nên cần đảm bảo chất lượng cả đường ống dẫn nước. Như vậy, việc kiểm soát chất lượng nước được đặt ra đối với nguồn nước nguyên liệu dùng cho các nhà máy nước sạch, quy trình sản xuất nước sạch tại nhà máy và hệ thống truyền dẫn nước để đảm bảo chất lượng nước sạch cung cấp đến khách hàng. Chủ thể cung cấp nước sạch, đặc điểm của hợp đồng cung cấp nước sạch. Những vấn đề pháp lý đặt ra đối với loại hợp đồng này hiện nay và định hướng giải quyết trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm nước ngoài.

Hoạt động cung cấp nước sạch trong thời gian qua cũng có một số sự cố đã xảy ra, như đường ống nước sông Đà từ khi đưa vào khai thác sử dụng năm 2012 đến nay hơn 20 lần xảy ra sự cố vỡ đường ống, tính riêng trong năm năm 2020 có 4 lần. Việc nhà cung cấp dịch vụ thường xuyên để xảy ra vỡ đường ống, mất nước khiến nhiều người dân bức xúc, đặc biệt là những khu dân cư ở cuối nguồn, sau 24 - 48h mới có nước sinh hoạt trở lại. Hậu quả làm mọi sinh hoạt của người dân đảo lộn, phải mua nước sạch đóng chai đắt đỏ để dùng thay nước sinh hoạt¹⁴⁵. Tuyến

¹⁴⁵ <https://moitruong.net.vn/lai-vo-duong-ong-nuoc-song-da/>, truy cập 20/04/2021

ống nước sông Đà liên tục bị vỡ gây ảnh hưởng đến 177.000 hộ dân thủ đô với lượng nước ngừng cấp hơn 1,7 triệu m³ trong 386 giờ. Thậm chí ngày 29/09/2015, Bệnh viện Phụ sản Hà Nội phải ngừng mổ cho bệnh nhân vì thiếu nước. Thời điểm này, bệnh viện chỉ ưu tiên mổ các ca cấp cứu¹⁴⁶. Vụ việc khác cũng không kém phần nghiêm trọng liên quan đến chất lượng nước sạch được cung cấp. Ngày 10/10/2019, người dân nhiều quận, huyện của Hà Nội phát hiện nước sinh hoạt nhiễm dầu và nồng nặc mùi clo. Sau đó, Thành phố Hà Nội khuyến cáo người dân không ăn, uống nước này và cung cấp miễn phí nước sạch bằng xe téc và các trạm nước không sử dụng nước sông Đà. Công ty cổ phần đầu tư nước sạch Sông Đà (Viwasupco) lúc này mới ra thông báo tạm ngừng cấp nước. Qua điều tra, cơ quan chức năng phát hiện có 2,5 tấn dầu thải bị đổ trộm vào đầu nguồn nước của Nhà máy nước sông Đà¹⁴⁷. Vụ việc này cho thấy việc thanh tra, kiểm tra của chính quyền quá lỏng lẻo dẫn đến chất lượng nước sạch không đảm bảo, ảnh hưởng đến sức khỏe của người tiêu dùng. Khi xảy ra sự việc mới lấy mẫu nước kiểm tra, trong khi đó những chất có hại cho sức khỏe con người ở trong nước mà không màu, không mùi khó phát hiện bằng mắt thường nếu không có sự kiểm tra định kỳ thì không thể phát hiện ra đường, hiểm họa tiềm ẩn đối với người tiêu dùng rất lớn. Vấn đề pháp lý đặt ra là thiệt hại về kinh tế và đời sống của người dân rất lớn, mọi hậu quả người dân đều phải gánh chịu như vậy thì người dân có được bồi thường thiệt hại mỗi lần xảy ra sự cố như vậy khi mà lỗi thuộc về nhà cung cấp nước hay nước sạch không đảm bảo chất lượng? Bên cạnh đó, rõ ràng đặt ra vấn đề về trách nhiệm, đạo đức của người cung cấp dịch vụ công, của các cơ quan quản lý đơn vị cung cấp dịch vụ công. Đối với dịch vụ công cho tư nhân cung cấp thì chính quyền luôn có vai trò, trách nhiệm rất lớn. Chính quyền phải quản lý, giám sát chất lượng dịch vụ công và phản ứng trước việc cung cấp dịch vụ công của tư nhân. Tuy nhiên, ở vụ việc sông Đà cho thấy phản ứng rất chậm trễ của chính quyền.

¹⁴⁶ <https://www.24h.com.vn/tin-tuc-trong-ngay/tu-vu-ong-phi-thai-binh-bi-khoi-to-nhin-lai-20-lan-vo-ro-ri-duong-ong-nuoc-song-da-c46a877088.html>, truy cập ngày 20/04/2021

¹⁴⁷ <https://vnexpress.net/nguon-nuoc-sach-ha-noi-bi-nhiem-dau-thai-3996574.html>, truy cập ngày 21/04/2021.

Do vậy, cần hoàn thiện pháp luật về kiểm tra giám sát chất lượng cung cấp dịch vụ công. Trong lĩnh vực cung cấp nước sạch, xây dựng pháp luật về thẩm quyền quản lý, kiểm tra chất lượng công trình cấp nước, đồng thời quy định rõ ràng về hoạt động thanh tra, kiểm tra công nghệ xử lý nước tại các đơn vị cấp nước. Thẩm quyền quản lý, kiểm tra chất lượng công trình cấp nước có thể được quy định cho một cơ quan riêng biệt quản lý về chất lượng công trình. Hoạt động thanh tra, kiểm tra công nghệ xử lý nước sạch tại các đơn vị cấp nước phải được xây dựng theo định kỳ, vì yêu cầu về chất lượng nước sạch cũng như yếu tố môi trường thay đổi rất nhanh chóng nên phải kiểm tra, thanh tra để có thể kịp thời phát hiện sai phạm, cũng như có những đề xuất kiến nghị nâng cao chất lượng nước sạch tại đơn vị cấp nước. Cần nâng cao trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp đối với công tác bảo vệ môi trường. Điểm quan trọng trong công tác bảo vệ môi trường của doanh nghiệp hiện nay là giải quyết hài hòa giữa bảo vệ môi trường và tối đa hóa lợi ích của doanh nghiệp trong kinh doanh. Do đó, cần thay đổi nhận thức về trách nhiệm bảo vệ môi trường của doanh nghiệp, cần coi công tác bảo vệ môi trường không chỉ là trách nhiệm về mặt pháp lý mà là trách nhiệm đạo đức của một doanh nghiệp đối với toàn xã hội¹⁴⁸. Bảo vệ môi trường chính là một trong các căn cứ lợi ích công để chính quyền địa phương có tiếp tục hợp đồng hành chính đối với doanh nghiệp cung cấp dịch vụ công.

Đối với lĩnh vực đối tác công tư, thực tiễn thực hiện cho thấy thiếu việc kiểm tra, giám sát, đánh giá định kỳ đối với dự án PPP. Trong khi với thời gian dài của dự án, việc không có cơ chế hiệu quả trong việc kiểm tra, đánh giá, giám sát đối dự án PPP có thể ảnh hưởng tới quyền lợi của người dân. Ví dụ: Chủ đầu tư cao tốc Pháp Vân - Cầu Giẽ báo cáo không đúng doanh thu, mức thực thu chênh cao so với con số trên giấy tờ. Mới đây nhất, ngày 10/8, trạm thu phí Tào Xuyên (Thanh Hóa) đã phải đóng cửa vì mức phí thu được đã vượt khung dự toán ban đầu dù theo hợp

¹⁴⁸ Thu Hà, Cục cảnh sát phòng, chống tội phạm về môi trường (Bộ Công An): Kiên quyết đấu tranh, xử lý vi phạm về môi trường, <https://moitruong.net.vn/cuc-can-sat-phong-chong-toi-pham-ve-moi-truong-bo-cong-an-kien-quyet-dau-tranh-xu-ly-vi-pham-ve-moi-truong/>, truy cập ngày 26/03/2020.

đồng còn được thu tới 20 năm nữa. Tháng 5/2017, chính Bộ Giao thông vận tải đã phải điều chỉnh giảm tổng thời gian thu phí của 13 dự án đến 92 năm. Thực tế này cho thấy sự lỏng lẻo trong thẩm định và quản lý các dự án BOT của Bộ Giao thông vận tải¹⁴⁹. Về pháp luật, quy định về công tác giám sát của nhà nước trong nội dung hợp đồng là khá sơ lược, chưa rõ ràng và chưa có quy trình thực hiện cụ thể, dễ gây trùng lặp với công tác giám sát chất lượng công trình. Do đó, cần có xây dựng cơ chế kiểm tra, đánh giá và giám sát hợp đồng PPP hiệu quả.

3.2.4 Giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Đối với hợp đồng PPP, Luật PPP đưa ra các phương thức giải quyết tranh chấp bao gồm: thương lượng, hòa giải, trọng tài, tòa án. Luật PPP còn xác định rõ tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài theo quy định tại hợp đồng dự án PPP và các hợp đồng liên quan là tranh chấp thương mại. Việc có quy định pháp luật cụ thể xác định rõ tranh chấp đầu tư nào có tính chất thương mại và có thể được giải quyết bằng trọng tài thương mại là vô cùng quan trọng, góp phần giải quyết dứt điểm các tranh chấp trên cơ sở quy định hợp đồng và pháp luật thương mại mà không cần đưa lên giải quyết bằng quy định tại các điều ước quốc tế như hiệp định thương mại tự do, hiệp định đầu tư song phương và đa phương.

Cụ thể: (i) Tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư trong nước hoặc doanh nghiệp dự án BOT do nhà đầu tư trong nước thành lập được giải quyết tại Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam; (ii) Tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư nước ngoài hoặc với doanh nghiệp dự án BOT do nhà đầu tư nước ngoài thành lập được giải quyết tại Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác. Như vậy, với quy định tại Khoản 3 Điều 97 của Luật PPP 2020, các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận lựa chọn cơ quan tài phán khác không phải là

¹⁴⁹ Đặng Sơn, Trạm thu phí BOT: Bức xúc của dân và trách nhiệm của Bộ, <https://kinhthedoithi.vn/tram-thu-phi-bot-buc-xuc-cua-dan-va-trach-nhiem-cua-bo-295668.html>, truy cập ngày 20/05/2021.

Trọng tài tài Việt Nam hoặc Toà án Việt Nam hoặc tuân theo quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Phán quyết của Trọng tài nước ngoài được công nhận và thi hành theo quy định của pháp luật về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của Trọng tài nước ngoài. Việt Nam đã là thành viên của Công ước New York năm 1958 về công nhận và cho thi hành phán quyết theo Quyết định số 453/QĐ-CTN ngày 28/07/1995 của Chủ tịch nước. Tại Điều 2 của Quyết định số 453/QĐ-CTN có quy định: “Sẽ chỉ áp dụng Công ước đối với tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp luật thương mại”, đồng thời, “mọi việc giải thích Công ước trước Toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phải theo quy định của Hiến pháp và pháp luật Việt Nam”. Quy định này trong Luật PPP 2020 là phù hợp với thông lệ quốc tế, điều mà chúng ta cũng thấy trong pháp luật của Vương quốc Anh. Các quy định về giải quyết tranh chấp trong Luật PPP 2020 so với quy định tại Nghị định số 63/2018/NĐ-CP được đánh giá là một bước cải tiến nhằm tôn trọng quyền tự do hợp đồng, trong đó có quyền tự do thoả thuận và lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp.

Người dân với tư cách người tiêu dùng dịch vụ công có thể khởi kiện yêu cầu bồi thường thì thiệt hại không? Chẳng trong lĩnh vực nước sạch thì có thể căn cứ theo Hợp đồng mua bán nước sạch. Tuy nhiên, khảo sát các điều khoản trong hợp đồng mua nước sạch của người dân ký với công ty cung cấp nước sạch thì không có điều khoản nào có thể bảo vệ quyền của người dân trong tình huống như những sự cố gây thiệt hại như nước sạch chứa chất độc hại, vỡ đường ống nước,... Ngoài hợp đồng cấp nước, người dân còn có hai khuôn khổ pháp lý để có thể đòi hỏi công bằng cho mình là Luật Bảo vệ người tiêu dùng và Luật về Bảo vệ sức khỏe nhân dân. Tuy nhiên, những quy định này chỉ có giá trị chung chung, khó có giá trị thực thi. Và thực tế, Việt Nam chưa có vụ việc khởi kiện tập thể thành công khi với tư cách người tiêu dùng dịch vụ công bị thiệt hại. Vì cần có cơ chế để người dân khởi kiện tập thể bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mình.

3.3 So sánh pháp luật về hợp đồng hành chính ở một số quốc gia và Việt Nam

3.3.1 Những điểm tương đồng trong pháp luật một số quốc gia và Việt Nam về hợp đồng hành chính

Nghiên cứu về hợp đồng hành chính trong quy định pháp luật của Pháp, Đức, Anh, Mỹ và một số quốc gia khác với Việt Nam cho thấy một số điểm chung nhất định của pháp luật về hợp đồng hành chính trong pháp luật các nước trên thế giới. Những điểm chung đó góp phần làm sáng rõ bản chất về hợp đồng hành chính, đặc điểm của hợp đồng hành chính so với các hợp đồng theo luật tư (dân sự, thương mại). Đồng thời cũng cho thấy xu hướng phát triển của hợp đồng hành chính ở các quốc gia trên thế giới.

Về sự giống nhau, có thể dễ dàng nhận thấy, quan niệm hợp đồng hành chính khá nhất quán trong pháp luật các quốc gia, đều chỉ loại hợp đồng có một bên là cơ quan nhà nước, bên còn lại là tư nhân hoặc cơ quan nhà nước khác; hợp đồng hành chính có đối tượng là thực hiện mua sắm hàng hóa, xây dựng công trình công, cung ứng dịch vụ công cho cộng đồng; mục đích của hợp đồng hành chính nhằm hướng tới phục vụ lợi ích chung của cộng đồng; giao kết hợp đồng hành chính là kết quả của thủ tục pháp lý đảm bảo nguyên tắc công khai, minh bạch; nội dung của hợp đồng hành chính chứa đựng các điều khoản quá đáng, thể hiện quan hệ bất bình đẳng, đặc quyền của nhà nước được thiết lập nhằm bảo vệ lợi ích công; giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính tại tòa án hành chính (nếu quốc gia có tòa án hành chính riêng biệt). Xét về mặt bản chất hợp đồng, có sự thống nhất trong pháp luật các quốc gia được nghiên cứu khi cho rằng hợp đồng hành chính hay hợp đồng chính phủ khác biệt so với hợp đồng theo luật tư (dân sự, thương mại) khi mà nó mang bản chất kép: vừa có đặc tính công và tư của hợp đồng nên tuân theo quy định của luật tư đồng thời theo quy chế của luật công.

Bản chất của hợp đồng hành chính mang tính chất công và tư dẫn đến những đặc thù từ việc hình thành, giao kết, thực hiện, chấm dứt hợp đồng hợp đồng hành chính. Quy chế về hợp đồng hành chính khá giống nhau ở các nước khi đều yêu cầu

minh bạch về thủ tục, bình đẳng, không phân biệt đối xử trong tiếp cận hợp đồng hành chính, giao kết hợp đồng hành chính. Ở Việt Nam mặc dù chưa có quy định về hợp đồng hành chính/hợp đồng chính phủ nhưng cũng đã có một số các quy định khá tương đồng với các nước trên thế giới. Chẳng hạn giao kết các hợp đồng mua sắm công, hợp đồng đối tác công tư đang được thực hiện theo pháp luật về đấu thầu đáp ứng được yêu cầu minh bạch, bình đẳng trong tiếp cận hợp đồng liên quan đến cung cấp dịch vụ công. Các tranh chấp về giao đất, cho thuê đất rừng đã được giải quyết tại toà án hành chính.

Ngoài ra, về nội dung của hợp đồng hành chính ở các Pháp, Anh, Mỹ và các quốc gia khác đều ghi nhận các điều khoản quá lệ, trong đó quy định các đặc quyền của cơ quan nhà nước trong hợp đồng hành chính vì lí do đảm bảo lợi ích công. Trong pháp luật Pháp, ghi nhận các quyền của phía cơ quan nhà nước như quyền được kiểm soát (quyền chỉ đạo và kiểm tra) đối tác của mình, để giám sát cung cách thực thi nhiệm vụ bảo đảm dịch vụ công phù hợp nhất; Quyền trừng phạt (xử phạt vi phạm hợp đồng); Quyền sửa đổi đơn phương các điều khoản của hợp đồng; quyền huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng. Trong khi đó, ở Anh và các quốc gia khác, đối với các hợp đồng đối tác công tư, bên nhà nước cũng có quyền sửa đổi hợp đồng, tự ý chấm dứt hợp đồng vì lí do lợi ích công. Chẳng hạn, trong hợp đồng đối tác công tư, cơ quan nhà nước quyền quyết định về việc phân bổ rủi ro theo hợp đồng cho bên đối tác do không có nguyên tắc nào trong luật Vương quốc Anh giới hạn quy mô rủi ro có thể được phân bổ cho một bên ký kết trong quan hệ đối tác công tư. Ở Pháp, phần lớn các rủi ro trong hợp đồng đối tác công tư được chuyển giao cho bên tư nhân, ngoại trừ các rủi ro xuất phát từ pháp luật, thể chế hoặc trường hợp bất khả kháng. Ở Mỹ, cơ quan nhà nước cũng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng với nhà cung cấp không đáp ứng yêu cầu của dịch vụ công để tìm kiếm đối tác khác phù hợp đáp ứng như cầu của người dân, ví dụ đáp ứng được các tiêu chuẩn nước sạch để cung cấp cho bang Michigan. Điểm chung này xuất phát từ đặc điểm dịch vụ công, trong thực hiện hợp đồng, bên nhà nước trong hợp đồng đều có quyền đưa ra yêu cầu đặc biệt để đáp ứng tiêu chuẩn của dịch vụ công, nếu khi bên tư nhân không

đáp ứng các yêu cầu đó thì có quyền chấm dứt hợp đồng vì lợi ích công (có bồi thường). Các hợp đồng hành chính/hợp đồng chính phủ đều là công cụ tổ chức thực hiện cung ứng dịch vụ công, đáp ứng các nhu cầu thiết yếu của đời sống, đảm bảo an sinh xã hội cho người dân. Do đó, yếu tố lợi ích công chi phối đến quá trình thiết lập và thực thi hợp đồng hành chính dẫn tới những sự giống nhau trong quy định về pháp luật hợp đồng hành chính ở các quốc gia đều có sự khác nhau về tên gọi, cũng như sự khác biệt về thể chế chính trị, kinh tế, văn hoá xã hội.

3.3.2 Những điểm khác biệt trong pháp luật một số quốc gia và Việt Nam về hợp đồng hành chính

Tuy vậy, cũng có những sự khác biệt nhất định trong pháp luật của từng quốc gia do sự phát triển của đất nước và sự phù hợp với hệ thống pháp luật tổng thể của từng quốc gia. Đối với thuật ngữ “hợp đồng hành chính”, hợp đồng công được các quốc gia Pháp, Đức, Trung Quốc sử dụng, còn các quốc gia Anh, Mỹ sử dụng thuật ngữ “hợp đồng chính phủ”, Việt Nam thì chưa ghi nhận trong pháp luật thuật ngữ nào tương đương. Về giao kết hợp đồng hành chính, vẫn đảm bảo nguyên tắc công khai, minh bạch nhưng quy định về các cách thức, thủ tục để dẫn đến giao kết hợp đồng hành chính ở các quốc gia áp dụng các hình thức khác nhau.

Xét về nội dung của hợp đồng hành chính ở các Pháp, Anh, Mỹ và các quốc gia khác đều ghi nhận các điều khoản quá lệ, trong đó quy định các đặc quyền của cơ quan nhà nước trong hợp đồng hành chính vì lý do đảm bảo lợi ích công, tuy nhiên các đặc quyền này dường như được quy định nhiều hơn, xuất hiện thường xuyên hơn trong pháp luật Pháp, Đức. Chẳng hạn Quyền được kiểm soát (quyền chỉ đạo và kiểm tra) đối tác của mình, để giám sát cung cách thực thi nhiệm vụ bảo đảm dịch vụ công phù hợp nhất; Quyền trừng phạt (xử phạt vi phạm hợp đồng); Quyền sửa đổi đơn phương các điều khoản của hợp đồng; quyền huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng. Trong khi đó, ở Anh và các quốc gia khác, đối với các hợp đồng đối tác công tư, bên nhà nước có quyền sửa đổi hợp đồng, tự ý chấm dứt hợp đồng vì lý do lợi ích công.

Xét về phương thức giải quyết tranh chấp thì cơ chế giải quyết tranh chấp ở các nước Pháp, Đức có cơ chế giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính đặc thù thông qua toà án hành chính. Điều này xuất phát từ đặc điểm hệ thống pháp luật các nước Civil Law có sự phân chia luật công và luật tư, trong đó toà án hành chính giải quyết các vụ việc liên quan đến tranh chấp hành chính. Tranh chấp về hợp đồng hành chính cũng thuộc thẩm quyền của toà án hành chính. Trong khi đó các nước common law như Anh, Mỹ dùng toà án thường để giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng chính phủ như các hợp đồng khác.

Xét ở tổng quan những sự tương đồng về hợp đồng hành chính/hợp đồng chính phủ chiếm ưu thế, cho thấy vai trò của các hợp đồng hành chính được phát triển, ghi nhận ở nhiều quốc gia nói chung và đặc biệt đối với các hợp đồng hợp tác công tư nói riêng đang là tâm điểm chú ý và nguyện vọng của các hệ thống kinh tế của các quốc gia khác nhau. Điều này có được là do những lợi thế được hưởng từ những thành công chưa từng có ở các quốc gia áp dụng hợp đồng hành chính như sau: (1) Khả năng của áp dụng hợp đồng hành chính để giải quyết sự thiếu hụt nguồn tài chính của quốc gia; (2) Cho phép khu vực tư nhân thực hiện vai trò tích cực và phát huy lợi thế thực sự của mình trong quá trình tham gia xây dựng các lĩnh vực kinh tế; (3) Để chuyển hướng khả năng của khu vực công hướng tới các dự án lớn và quan trọng có thể bị khu vực tư nhân không tham gia hoặc không muốn tham gia vì các lý do khác nhau. Nghiên cứu cho thấy hợp đồng đối tác mà đa số các quốc gia coi là một dạng của hợp đồng hành chính đang được phát triển rộng khắp nhiều quốc gia, khu vực trên thế giới.

Ngoài ra, việc nhận thức hiện đại về thực hiện dịch vụ công, xu hướng dịch chuyển sang khu vực tư nhân là nhu cầu của nhà nước và xã hội. Các khái niệm về dịch vụ công đã xuất hiện và ngày càng phát triển do nhu cầu ngày càng tăng của xã hội loài người. Khi một cộng đồng trở nên phát triển hơn về tiến bộ kinh tế kỹ thuật ngày càng rõ rệt, yêu cầu đối với dịch vụ công cao hơn. Số lượng dịch vụ công có thể được cung cấp cho công dân là không giới hạn và có thể là một chỉ số của sự phát triển cộng đồng. Hiện tại, không thể phủ nhận sự tồn tại của các thỏa thuận

giữa hành chính và các cá nhân cung cấp hoạt động dịch vụ công, nâng cao tài sản công, công trình công ích, mua sắm công, tất cả chịu sự điều chỉnh của chế độ pháp lý hành chính. Tuy nhiên, vì hoạt động trong lĩnh vực tài sản công, quyền tự do hợp đồng của cá nhân có những đặc thù nhất định so với quyền tự do theo hợp đồng trong luật tư. Chính phủ có thể thực hiện quyền tự do hợp đồng, thì chỉ là tự do hợp đồng trong lĩnh vực quản lý công theo quy định của luật hành chính. Nhu cầu dịch vụ công đa dạng từ số lượng đến chất lượng của người dân đòi hỏi sự ủy quyền của quản lý dịch vụ công thông qua các thỏa thuận chuyển giao, đạt được tính liên tục và tính thường xuyên liên quan đến các dịch vụ công. Do vậy, hợp đồng hành chính ngày càng gia tăng trong hoạt động quản lý công, mở rộng về số lượng và phát triển về quy chế pháp lý riêng đối với hợp đồng này. Cơ quan hành chính đã bắt đầu sử dụng và hiểu rõ những ưu điểm của các hợp đồng hành chính, được sử dụng đặc biệt dưới hình thức thỏa thuận chuyển nhượng, hợp đồng cho thuê hàng hóa, hợp đồng thực hiện công việc, hợp đồng dịch vụ công. Điều này thể hiện vai trò, tầm quan trọng của hợp đồng hành chính ở các nước ngày càng tăng, một cách thức hoạt động mang tính hiện đại của các nền hành chính các nước hiện nay. Tầm quan trọng được đo lường bởi số lượng hợp đồng đáng kể được các cơ quan hành chính ở cấp trung ương và địa phương sử dụng. Tầm quan trọng cũng được đánh giá về chất lượng, khi việc sử dụng các hợp đồng trở nên thường xuyên đã biến đổi các phương thức quản lý gọi là “quản lý theo hợp đồng”, để chỉ định một mô hình mới để cơ quan nhà nước quản lý lợi ích của cộng đồng, ít độc đoán hơn và mang tính đồng thuận nhiều hơn. Ở Pháp và một số quốc gia được nghiên cứu cho thấy xu hướng như vậy, việc sử dụng hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước ngày càng phát triển, đặc biệt đối với các hình thức hợp đồng đối tác công tư. Hợp tác công tư đang các quốc gia sử dụng như công cụ hiệu quả trong xây dựng cơ sở hạ tầng và phát triển các dịch vụ công, đáp ứng nhu cầu đa dạng của người dân.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Nghiên cứu so sánh pháp luật về hợp đồng hành chính ở Pháp, Đức, Anh, Mỹ có thể nhận thấy một số sự khác biệt, tuy nhiên tương đồng trong các quy định pháp luật nhiều hơn. Về nội dung của hợp đồng hành chính ở các Pháp, Anh, Mỹ và các quốc gia khác đều ghi nhận các điều khoản quá lệ, trong đó quy định các đặc quyền của cơ quan nhà nước trong hợp đồng hành chính vì lý do đảm bảo lợi ích công. Trong pháp luật Pháp, ghi nhận các quyền của phía cơ quan nhà nước như quyền được kiểm soát (quyền chỉ đạo và kiểm tra) đối tác của mình, để giám sát cung cách thực thi nhiệm vụ bảo đảm dịch vụ công phù hợp nhất; Quyền trừng phạt (xử phạt vi phạm hợp đồng); Quyền sửa đổi đơn phương các điều khoản của hợp đồng; quyền huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng. Trong khi đó, ở Anh và các quốc gia khác, đối với các hợp đồng đối tác công tư, bên nhà nước có quyền sửa đổi hợp đồng, tự ý chấm dứt hợp đồng vì lý do lợi ích công.

Điều đó cho thấy một vấn đề quan trọng của bản chất hợp đồng hành chính là hợp đồng vì lợi ích công và chính yếu tố này chi phối các vấn đề liên quan đến hợp đồng. Mặc dù các quy định pháp luật có thể khác nhau, nhưng mục đích đều để duy trì và bảo vệ lợi ích công. Một lần nữa cho thấy vai trò của nhà nước là một bên trong hợp đồng, không thể giống với một đối tác tư nhân trong các hợp đồng tư trừ khi nhà nước tham gia hợp đồng đó chỉ rõ với tư cách và áp dụng quy chế hợp đồng tư – thường những trường hợp nhà nước tham gia hợp đồng tư không liên quan đến trách nhiệm cung cấp dịch vụ công của nhà nước và không cần phải điều tiết vì lợi ích công. Những nghiên cứu về pháp luật các quốc gia trên gợi mở nhiều ý tưởng để hoàn thiện pháp luật Việt Nam về hợp đồng hành chính.

CHƯƠNG 4. GIẢI PHÁP XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH

4.1 Quan điểm, yêu cầu đối với xây dựng và hoàn thiện pháp luật về Hợp đồng hành chính ở Việt Nam

4.1.1 Quan điểm đối với xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Trong bối cảnh toàn cầu hóa và hội nhập quốc tế, yêu cầu quản trị nhà nước hiện đại đòi hỏi chính phủ phải đáp ứng đối với những thay đổi nhanh chóng về kinh tế, xã hội và xu hướng công nghệ mới. Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XIII (2021) chỉ ra xu hướng và xác định khâu đột phá trong phát triển kinh tế hiện nay, trong đó có nội dung: *“Đổi mới mạnh mẽ hơn phương thức quản lý nhà nước về kinh tế theo hướng chuyển giao những công việc Nhà nước không nhất thiết phải làm cho các tổ chức xã hội, chuyển đổi cung cấp trực tiếp dịch vụ công sang phương thức đặt hàng”*¹⁵⁰, *“đẩy mạnh cung ứng dịch vụ sự nghiệp công theo cơ chế thị trường, thúc đẩy xã hội hóa dịch vụ sự nghiệp công”*¹⁵¹ Như vậy, nhà nước sẽ giảm dần việc trực tiếp cung cấp dịch vụ công mà đẩy mạnh các hình thức khác, đặc biệt ưu tiên hình thức ký kết hợp đồng với tư nhân như hợp đồng mua sắm công, hợp đồng hợp tác công tư (chính là hợp đồng hành chính) để thực hiện để cung ứng DVC cho người dân. Chính sách này rất phù hợp với xu hướng chung của thế giới giúp nhà nước quản trị DVC hiệu quả hơn. Từ đó, hợp đồng hành chính chính là một phương thức cung ứng dịch vụ công sẽ được mở rộng phát triển ở Việt Nam trong thời gian tới. Pháp luật về hợp đồng hành chính cũng cần hoàn thiện để tạo ra cơ sở pháp lý đầy đủ cho thực hiện cung cấp dịch vụ công hiệu quả.

Nghị quyết 27/2022/NQ-TW đưa ra các nhiệm vụ và giải pháp xây dựng nhà nước pháp quyền trong đó có nội dung: Tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của Chính phủ, chính quyền địa phương; xây dựng nền hành chính nhà nước phục vụ

¹⁵⁰ Đảng cộng sản Việt Nam (2021), sđd, tập 2, tr.98.

¹⁵¹ Đảng cộng sản Việt Nam(2021), sđd, tập 2, tr.114.

Nhân dân, chuyên nghiệp, pháp quyền, hiện đại, hiệu lực, hiệu quả. Xây dựng nền hành chính phục vụ Nhân dân, dân chủ, pháp quyền, chuyên nghiệp, hiện đại, khoa học, trong sạch, công khai, minh bạch, tạo môi trường thuận lợi cho người dân, doanh nghiệp. Tiếp tục đẩy mạnh cải cách hành chính, trọng tâm là nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức với ba trụ cột chính: Tổ chức bộ máy; công vụ, công chức; hành chính điện tử và chuyển đổi số. Đơn giản hóa thủ tục hành chính, cắt bỏ các thủ tục không cần thiết, gây phiền hà cho người dân và doanh nghiệp, cản trở cạnh tranh lành mạnh; áp dụng hiệu quả dịch vụ công trực tuyến; xây dựng nền kinh tế số, chính phủ số, xã hội số. Tiếp tục cải cách, nâng cao hiệu quả quản lý tài chính công, chất lượng dịch vụ công; sắp xếp lại các đơn vị sự nghiệp công lập theo hướng tinh gọn, bảo đảm chất lượng, hoạt động hiệu quả.

Trong nhà nước pháp quyền, nền hành chính phải là nền hành chính phục vụ. Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng đã xác định: Xây dựng nền hành chính nhà nước phục vụ nhân dân, dân chủ, pháp quyền, chuyên nghiệp, hiện đại, trong sạch, vững mạnh, công khai, minh bạch. Tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của Chính phủ theo hướng tinh gọn, hiệu lực, hiệu quả. Đặc trưng của nền hành chính phục vụ được xác định như sau: tính chất phục vụ là văn hóa của nền hành chính phục vụ; cơ cấu tổ chức của nền hành chính phục vụ mang tính tự chủ, hợp tác, tinh giản, linh hoạt và thuận tiện cho người dân; phương thức hành vi của nền hành chính phục vụ là công khai và minh bạch; các chính sách được đề ra dựa trên phương thức dân chủ; vai trò của nhà quản lý công là người phục vụ.¹⁵² Việc cơ quan nhà nước cung cấp dịch vụ công thông qua HĐHC phải đảm bảo các yêu cầu của nền hành chính phục vụ như trên, cụ thể là đáp ứng được nhu cầu của công dân về các dịch vụ công, nếu sự phục vụ của cơ quan hành chính không đảm bảo sự hài lòng của công dân thì vẫn chưa thể nói là một nền hành chính thực hiện tốt trách nhiệm của mình; Nền hành chính phục vụ yêu cầu nhà quản lý công phải có “tinh thần công”, mà cốt lõi chính là việc sử dụng quyền lực của nhà quản lý

¹⁵² Nguyễn Trọng Bình (2017), Đặc trưng của nền hành chính phục vụ, *Tạp chí tổ chức nhà nước*, https://tcnn.vn/news/detail/37838/Dac_trung_cua_nen_hanh_chinh_phuc_vuall.html, truy cập 20/05/2021.

công là vì lợi ích công. Nhà nước tham gia HĐHC phải hướng tới và bảo vệ các lợi ích công, chứ không phải là sử dụng nó vào việc thực hiện lợi ích cá nhân, càng không thể lạm dụng quyền lực đó để xâm hại quyền và lợi ích chính đáng, hợp pháp của công dân; Chức năng chủ yếu của nền hành chính phục vụ là đảm bảo sự phục vụ thỏa mãn nhu cầu của công dân. Điều này đòi hỏi cần đảm bảo sự thuận tiện cho người dân trong việc tiếp cận và sử dụng các loại hình dịch vụ công được cung cấp thông qua HĐHC cũng phải đáp ứng yêu cầu đó.

Cung cấp dịch vụ công trong nhà nước pháp quyền XHCN có các đặc điểm: Thứ nhất là, dịch vụ công là loại hình hoạt động được tổ chức để cung cấp những dịch vụ thiết yếu trên các lĩnh vực của đời sống xã hội. Mục đích của dịch vụ công là phục vụ nhu cầu, lợi ích chung cho toàn xã hội; bảo đảm để tổ chức, cá nhân thực hiện các quyền, nghĩa vụ của mình theo quy định của pháp luật. Thứ hai là, chủ thể quản lý nhà nước về dịch vụ công là các cơ quan nhà nước được thành lập từ Trung ương đến địa phương để thực hiện hoạt động quản lý hành chính; nhằm duy trì hoạt động dịch vụ công trên các lĩnh vực của đời sống xã hội theo những nguyên tắc và trật tự nhất định. Nhà nước là chủ thể quan trọng có nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm cung cấp dịch vụ công trực tiếp hoặc ủy quyền cho cá nhân, tổ chức ở khu vực tư (chuyển giao dịch vụ này cho khu vực tư) đảm nhiệm để phục vụ Nhân dân. Tuy nhiên, Nhà nước vẫn là chủ thể đóng vai trò quản lý, điều tiết, bảo đảm để dịch vụ công trong các đơn vị sự nghiệp công lập và các tổ chức tư nhân tham gia cung cấp những dịch vụ công bình đẳng, minh bạch và công bằng trong quá trình phân phối, cung cấp các dịch vụ công vận hành thống nhất, chất lượng, hiệu quả nhằm đáp ứng các yêu cầu, nhiệm vụ đặt ra trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội và hội nhập quốc tế. Thứ ba là, dịch vụ công được tiến hành ở phạm vi khá rộng, trên nhiều lĩnh vực, ngành nghề của đời sống xã hội và hoạt động này mang tính phục vụ, cung ứng nhằm đáp ứng nhu cầu ngày càng cao của xã hội; góp phần tạo điều kiện để cá nhân, tổ chức thực hiện

quyền lợi, nghĩa vụ của mình¹⁵³. Do vậy, pháp luật về hợp đồng hành chính cũng phải trên cơ sở các đặc điểm của dịch vụ công để quy định phù hợp với các yêu cầu của quản lý nhà nước về dịch vụ công trong nhà nước pháp quyền hiện nay.

Ngoài ra, Việt Nam đã tham gia nhiều Hiệp định liên quan đến mua sắm công. Trong xu thế toàn cầu hoá, các hoạt động đầu tư còn khuyến khích các nhà đầu tư nước ngoài, do đó cần đi theo thông lệ và tiêu chuẩn quốc tế trong lĩnh vực mua sắm công có liên quan mật thiết đến HĐHC. Chẳng hạn sau khi kết thúc đàm phán Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu (EVFTA) ngày 2/12/2015, Ủy ban châu Âu đã công bố bản Tóm lược kết quả đàm phán cơ bản EVFTA, trong đó phần về Mua sắm công có nêu “EU và Việt Nam đã thống nhất các nguyên tắc hoàn toàn tương đồng với các quy tắc trong Hiệp định Mua sắm công (GPA), với mức độ minh bạch và công bằng trong thủ tục tương đương với các FTA khác của EU với các nước phát triển và các nước đang phát triển ở trình mức độ cao”.¹⁵⁴ Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA) có các quy chuẩn về mua sắm công. EVFTA yêu cầu nhà nước và bên mời thầu của các nước thành viên khi thực hiện các gói thầu mua sắm công phải tuân thủ các nguyên tắc đấu thầu cơ bản sau đây: đối xử quốc gia và không phân biệt đối xử, tổ chức lựa chọn nhà thầu đảm bảo sử dụng một trong các hình thức lựa chọn nhà thầu (đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế, chỉ định thầu) đúng theo quy định và tránh xung đột lợi ích cũng như ngăn chặn hành vi tham nhũng, đấu thầu điện tử yêu cầu các gói thầu Việt Nam/EU phải nỗ lực sử dụng phương thức điện tử trong các khâu của đấu thầu (công bố thông tin gói thầu, các thông báo và hồ sơ mời thầu, tiếp nhận hồ sơ dự thầu, áp dụng đấu giá điện tử nếu phù hợp).¹⁵⁵ Ngoài ra, Nghị quyết Đại hội Đảng XIII cũng chỉ rõ “Tổ chức cung ứng dịch vụ chuyên nghiệp, văn minh, hiện

¹⁵³ Tạ Quang Ngọc, “Quản lý nhà nước đối với dịch vụ công trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa”, *Tạp chí tổ chức nhà nước*, số 6/2021.

¹⁵⁴ Trung tâm WTO và hội nhập VCCI (2016), tài liệu hội thảo “Rà soát pháp luật đấu thầu Việt Nam với các cam kết về mua sắm công trong EVFTA - Kết quả rà soát và đề xuất điều chỉnh từ góc độ lợi ích của doanh nghiệp”, <https://trungtamwto.vn/su-kien/8391-hoi-thao-ra-soat-phap-luat-dau-thau-viet-nam-voi-cac-cam-ket-ve-mua-sam-cong-trong-evfta---ket-qua-ra-soat-va-de-xuat-dieu-chinh-tu-goc-do-loi-ich-cua-doanh-nghiep>, truy cập 20/12/2022.

¹⁵⁵ Chương 9, mua sắm công, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU.

đại theo các chuẩn mực quốc tế”. Như vậy, quy định pháp luật hợp đồng hành chính của Việt Nam phải phù hợp với các cam kết quốc tế vừa là định hướng của Đảng, vừa là nghĩa vụ của Việt Nam với các hiệp định mà Việt Nam là quốc gia thành viên.

Nghị quyết 76/NQ-CP về Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2021 – 2030 xác định rõ quan điểm: *“Cải cách hành chính phải xuất phát từ lợi ích của người dân, doanh nghiệp; lấy người dân, doanh nghiệp làm trung tâm; lấy sự hài lòng của người dân, doanh nghiệp là thước đo đánh giá chất lượng phục vụ của cơ quan hành chính nhà nước các cấp.”* Xây dựng pháp luật về HĐHC cũng phải theo định hướng như vậy.

Thứ nhất, đẩy mạnh xã hội hóa, tăng cường sự tham gia của doanh nghiệp, tổ chức tham gia vào cung cấp dịch vụ công

Để thực hiện được chính sách nhà nước giảm dần việc trực tiếp cung cấp dịch vụ công mà đẩy mạnh các hình thức ký kết hợp đồng với tư nhân như hợp đồng mua sắm công, hợp đồng hợp tác công tư thì cần thu hút sự tham gia của các cá nhân, tổ chức trong xã hội. Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng chỉ rõ: *“Nâng cao tính tự chủ của các đơn vị sự nghiệp công lập; đẩy mạnh xã hội hóa; khuyến khích các thành phần kinh tế, các tổ chức xã hội tham gia phát triển, cung cấp dịch vụ công”*. Do vậy, cần tiếp tục phát huy vai trò của Nhà nước trong quản lý, cung cấp dịch vụ công, huy động mọi nguồn lực trong xã hội, tạo điều kiện để mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân đủ điều kiện đều được tham gia cung cấp các dịch vụ công. Các quy định pháp luật về HĐHC cần hướng tới đảm bảo các quyền, ưu đãi để thu hút sự tham gia của doanh nghiệp, tổ chức vào cung cấp dịch vụ công. Trong quan hệ hợp đồng hành chính giữa Nhà nước và tư nhân, bên nhà nước có địa vị cao hơn, có thể sử dụng quyền lực nhà nước vì lợi ích công. Do đó, pháp luật hợp đồng hành chính phải có những quy định để thiết lập và duy trì sự cân bằng quyền và nghĩa vụ các bên trong hợp đồng thì bên tư nhân mới an toàn và tích cực tham gia quan hệ đối tác công tư. Ngoài ra, thiết lập quan hệ nhà nước – tư

nhân theo kiểu win-win (cả hai bên cùng thắng) mặc dù mục tiêu của mỗi bên khác nhau, bên tư nhân hướng tới lợi ích tư, bên nhà nước hướng tới lợi ích công nhưng phải là quan hệ cùng có lợi thì mới thu hút và đảm bảo quan hệ đối tác công tư được lâu bền. Chẳng hạn đối với hợp đồng PPP, các dự án PPP thường phức tạp, nhiều rủi ro và phải cam kết dài hạn với nhà đầu tư. Do đó, các quy định về phân chia rủi ro giữa nhà nước và nhà đầu tư phải được thiết lập đầy đủ và hợp lý để thu hút bên tư nhân tham gia. Thu hút bên tư nhân vào cung ứng dịch vụ công giúp tạo ra cạnh tranh, nâng cao chất lượng, đáp ứng nhu cầu của người dân về các dịch vụ công thiết yếu.

Thứ hai, đảm bảo kiểm soát tốt chất lượng dịch vụ công, lấy sự hài lòng của người dân là thước đo quản lý

Nhà nước có vai trò điều tiết các dịch vụ công theo kinh tế thị trường, xuất phát từ nhu cầu xã hội. Để thực hiện mục tiêu bảo đảm hiệu quả kinh tế - xã hội, Nhà nước đẩy mạnh xã hội hóa, chuyển giao một số dịch vụ công cho tổ chức, cá nhân đảm nhiệm để cung cấp ngày càng nhiều hàng hóa, sản phẩm và dịch vụ cho xã hội. Để thực hiện tốt chức năng của mình, Nhà nước vẫn cần nắm giữ vai trò quản lý đối với dịch vụ công theo quy định của pháp luật. Ngoài ra, đối với các chủ thể xã hội ngoài nhà nước, việc cung ứng hàng hóa hay dịch vụ đều nhằm mục tiêu lợi nhuận. Thậm chí vì lợi nhuận trước mắt, lợi nhuận cá nhân mà không tính đến các hiệu quả về mặt xã hội, hiệu quả lâu dài; các vấn đề về lao động, bảo vệ môi trường, bảo vệ nguồn tài nguyên thường không được tính đến, hoặc các doanh nghiệp không đủ khả năng để xử lý. Khi Nhà nước ký hợp đồng với các tổ chức tư nhân cung ứng dịch vụ công cộng cũng khó có thể xác định được một cách hoàn toàn chính xác các đặc điểm và chất lượng của dịch vụ cần cung cấp. Do vậy, việc kiểm tra, kiểm soát, đảm bảo tính công bằng, đảm bảo số lượng, chất lượng cung ứng dịch vụ là hết sức cần thiết. Nhà nước có vị trí, vai trò đặc biệt quan trọng đối với việc thanh tra, kiểm tra, xử lý vi phạm đối với chủ thể cung cấp dịch vụ công và chủ thể sử dụng dịch vụ công.

Nhà nước điều tiết và kiểm soát các tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân trong việc cung ứng dịch vụ công cộng theo đúng yêu cầu: giá cả chất lượng dịch vụ, đối tượng cung ứng dịch vụ để người dân được tiếp cận, sử dụng dịch vụ công được thuận lợi, dễ dàng, chất lượng và hiệu quả hơn. Trong các lĩnh vực dịch vụ công thiết yếu như cung cấp điện (mặc dù hiện nay nhà nước vẫn là chủ thể cung cấp chính trong lĩnh vực này), nước, xử lý rác thải, giao thông vận tải,... nhà nước không trực tiếp cung cấp dịch vụ công thì cần quản lý chất lượng dịch vụ công đảm bảo các dịch vụ được cung cấp bởi bên tư nhân cho người dân theo tiêu chuẩn chất lượng quốc gia, đảm bảo tính liên tục trong sử dụng, bình đẳng trong tiếp cận dịch vụ công, hướng đến mục tiêu cao nhất vì sự hài lòng của người dân, doanh nghiệp. Nhà nước đặt ra các quy định để quản lý các dịch vụ do các chủ thể thuộc khu vực ngoài nhà nước cung cấp, chẳng hạn Nhà nước có những quy định về chất lượng và giá cả để hạn chế độc quyền hoặc quy định về an toàn thực phẩm, tiêu chuẩn dược liệu, quy định về vệ sinh và ngăn chặn hỏa hoạn tại các nhà hàng, khách sạn; quy định về tài chính - kế toán; quy định về dịch vụ giáo dục và y tế... Hoặc Chính phủ cho phép các doanh nghiệp tư nhân cung ứng điện, nước... cho Nhân dân, song sử dụng những quy chế bắt buộc đối với các doanh nghiệp này, như đòi hỏi doanh nghiệp phải cung cấp điện cho những vùng xa xôi hẻo lánh, điều tiết mức giá cung cấp điện và nước.

Thứ ba, đáp ứng yêu cầu của quản trị tốt, kiểm soát tham nhũng trong cung cấp dịch vụ công

Các đặc tính của quản trị tốt khi trở thành tiêu chuẩn đánh giá hoạt động của nhà nước đòi hỏi nhà nước phải có những thay đổi trong thực hiện các chức năng của mình. Chức năng cơ bản của bộ máy nhà nước là quản lý và phục vụ. Trong thời kỳ xây dựng nền kinh tế thị trường, hội nhập và toàn cầu hóa, vai trò của nhà nước cần phải tập trung hơn vào việc xây dựng, điều hành thông qua ban hành các chủ trương, chính sách chiến lược mang tầm vĩ mô và giảm bớt sự can thiệp trực tiếp vào nền kinh tế. Khi thực hiện khuyến khích các thành phần kinh tế tham gia vào

cung cấp các dịch vụ công, đẩy mạnh hợp tác công tư thông qua HĐHC, nhà nước đóng vai trò một bên hợp đồng, thực hiện các nghĩa vụ hợp đồng, ngoài ra đối với các dịch vụ công uỷ quyền cho tư nhân cung ứng thì nhà nước sẽ quản lý, kiểm soát chất lượng của các dịch vụ công, đáp ứng mục tiêu chung là phục vụ người dân một cách hiệu quả nhất. Xây dựng hệ thống các công cụ, cơ chế kiểm tra, kiểm soát của Nhà nước và cơ chế giám sát của Nhân dân đối với hoạt động của đơn vị cung ứng dịch vụ công. Phát huy vai trò của các đoàn thể Nhân dân, tổ chức quần chúng nhất là các hội nghề nghiệp trong việc giám sát các hoạt động cung ứng dịch vụ công.

Pháp luật HĐHC còn có chức năng bảo vệ bên yếu thế của hợp đồng. Đối với hợp đồng đối tác công tư thì bên yếu thế lại là bên tư nhân. Trong quan hệ này, bên cơ quan nhà nước dễ lạm quyền hoặc phát sinh tham nhũng, pháp luật HĐHC phải đặt ra giới hạn sử dụng quyền lực nhà nước trong HĐHC và ngăn ngừa nguy cơ tham nhũng. Trong quá trình nhà nước uỷ quyền cho tổ chức, cá nhân cung ứng dịch vụ công hoặc giao kết thực hiện hợp đồng đối tác công tư cũng phát sinh nguy cơ tham nhũng. Pháp luật HĐHC phải có các quy định về minh bạch quy trình giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng, kiểm tra giám sát HĐHC.

4.1.2 Yêu cầu hoàn thiện pháp luật về Hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền, bảo đảm quyền con người mà trong đó quyền được tiếp cận và sử dụng dịch vụ công là một trong những quyền cơ bản, quan trọng của con người. Trách nhiệm của nhà nước là không ngừng nâng cao chất lượng dịch vụ, hướng tới việc bảo đảm quyền tiếp cận, sử dụng dịch vụ của người dân một cách thuận tiện nhất. Do đó, hoàn thiện pháp luật về HĐHC phải đáp ứng những yêu cầu sau: Bảo đảm quyền tiếp cận dịch vụ công của con người, Bảo đảm tính công khai, minh bạch và kiểm soát tham nhũng, Bảo đảm sự bình đẳng trong cung cấp dịch vụ công.

4.1.2.1 Pháp luật về hợp đồng hành chính phải bảo đảm quyền tiếp cận dịch vụ công của con người

Việc cung cấp các dịch vụ công là một trong những điều kiện để bảo đảm thực hiện tốt nhất các quyền con người, quyền công dân. Nhà nước có vai trò điều tiết các dịch vụ công theo kinh tế thị trường, xuất phát từ nhu cầu xã hội. Để thực hiện mục tiêu bảo đảm hiệu quả kinh tế - xã hội, Nhà nước đẩy mạnh xã hội hóa, chuyển giao một số dịch vụ công cho tổ chức, cá nhân đảm nhiệm để cung cấp ngày càng nhiều hàng hóa, sản phẩm và dịch vụ cho xã hội. Nhà nước, với vai trò thực thi quyền lực công, là chủ thể duy nhất và có đủ điều kiện cần thiết về địa vị pháp lý, nguồn lực, vật lực để duy trì các hoạt động cung cấp dịch vụ công đảm bảo công bằng xã hội. Đối với những dịch vụ công mà khu vực tư nhân cung cấp có thể khiến cho một số nhóm người có thu nhập thấp, đối tượng yếu thế cần sự hỗ trợ, giúp đỡ, quan tâm của xã hội để tiếp cận được dịch vụ thì Nhà nước có vai trò, trách nhiệm cung cấp trực tiếp hoặc có chính sách để điều tiết, kiểm soát. Dịch vụ công đồng thời có thể cho phép thực hiện các quyền cơ bản khác. Ví dụ như các quyền như quyền được hưởng giáo dục miễn phí, quyền được bảo vệ và chăm sóc sức khỏe, sống trong môi trường trong lành và an ninh,... dẫn tới việc đòi hỏi tổ chức các dịch vụ công phải được cung cấp đầy đủ, thường xuyên liên tục để đảm bảo các quyền về giáo dục, sức khỏe và an sinh xã hội, các quyền này cần phải dễ tiếp cận cho tất cả mọi người vượt qua những cản trở về địa lý và khó khăn về tài chính.

4.1.2.2 Pháp luật về hợp đồng hành chính phải bảo đảm tính công khai, minh bạch và kiểm soát tham nhũng

Bảo đảm công khai, minh bạch về nghĩa vụ và trách nhiệm trong thủ tục hành chính nhà nước và dịch vụ công. Trong quá trình thực hiện chức năng quản lý, Nhà nước duy trì trật tự đối với dịch vụ công thông qua thiết chế tổ chức bộ máy và bằng hệ thống pháp luật là công cụ quan trọng để kiểm soát các hoạt động hành chính đối với các tổ chức cung cấp, chuyển giao các dịch vụ công cho công dân, tổ chức và toàn xã hội. Yêu cầu về sự công khai và minh bạch của nền hành chính được đặt ra xuất phát từ “quyền được biết” của công dân trong xã hội dân chủ pháp

quyền. Để đảm bảo quyền được biết của công dân, đòi hỏi phương thức hành vi của nền hành chính phải là công khai và minh bạch. Cụ thể, sự công khai và minh bạch của nền hành chính phục vụ bao gồm một số phương diện sau đây: Một là, công khai và minh bạch về thông tin. Việc công khai thông tin của nền hành chính phục vụ nhằm đảm bảo thực hiện nguyên tắc: công khai là việc thông thường, còn không công khai là ngoại lệ. Về nguyên tắc, tất cả những thông tin trong quá trình quản lý của chính phủ đều phải công khai. Hai là, công khai, minh bạch trình tự và thủ tục giải quyết công việc. Trình tự giải quyết công việc của các cơ quan hành chính cần phải được công khai để tạo thuận tiện cho người dân khi đến làm việc với các cơ quan hành chính. Điều này còn tạo thuận lợi để người dân tham gia vào quá trình quản lý công và giám sát quá trình giải quyết công việc của các cơ quan hành chính.

Pháp luật về HĐHC cũng phải đáp ứng sự công khai minh bạch như công khai minh bạch về thông tin hợp đồng, về thủ tục giao kết hợp đồng, về tiến trình thực hiện, về tài chính công... Công khai minh bạch còn giúp người dân giám sát các HĐHC và phòng ngừa tham nhũng trong HĐHC. Trong quá trình giao kết, thực hiện hợp đồng hành chính dễ xảy ra tham nhũng để đạt được HĐHC sẽ làm mất tính cạnh tranh để tuyển chọn đối tác của HĐHC hay làm việc thực hiện các điều khoản của hợp đồng theo yêu cầu của HĐHC làm ảnh hưởng tới lợi ích công. Công khai minh bạch sẽ giúp phòng ngừa tham nhũng đáng kể.

4.1.2.3 Pháp luật về hợp đồng hành chính phải đảm bảo bình đẳng trong cung cấp dịch vụ công

Dịch vụ công là các dịch vụ cơ bản do Nhà nước đảm nhiệm cung ứng hoặc chịu trách nhiệm cuối cùng trong việc cung ứng cho xã hội vì lợi ích chung của cộng đồng. Dịch vụ công có vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội, là mục tiêu của mọi xã hội trong việc nâng cao đời sống và phúc lợi cho người dân, đảm bảo công bằng và sự phát triển toàn diện cho tất cả thành viên trong xã hội. Cần đặt người dân ở vị trí trung tâm của các hoạt động quản lý nhà nước về dịch vụ công. Một đặc trưng của nền hành chính là tính nhân đạo, hoạt động của nó có tính xã hội và tính nhân dân, lấy mục tiêu phục vụ nhân dân là điểm xuất phát cho hoạt

động phục vụ của nhà nước. Nhà nước phải là người có trách nhiệm điều tiết dịch vụ công nhằm đảm bảo sự công bằng giữa các vùng miền, những nơi có điều kiện kinh tế, môi trường sống khó khăn như khu vực miền núi, hải đảo, khu vực có nhiều người dân tộc thiểu số sinh sống... Để đảm bảo sự bình đẳng còn cần tăng cường hỗ trợ trực tiếp cho người nghèo để tăng khả năng tiếp cận của họ đến các dịch vụ công.

Đối với HĐHC, bình đẳng thể hiện trong tiếp cận HĐHC giữa các nhà đầu tư tư nhân. Bình đẳng còn thể hiện trong quá trình thực hiện HĐHC, khi quyền và nghĩa vụ của các bên HĐHC đã được thiết lập thì Hợp đồng là luật tối cao của các bên phải thực hiện, bên nào không thực hiện phải gánh chịu hậu quả pháp lý. Trong thời gian, có thực trạng về cơ quan nhà nước chậm trễ không thực hiện, hoặc vi phạm HĐHC dẫn đến bên tư nhân bị thiệt hại. Bình đẳng trong thực hiện HĐHC đề đưa ra các quy định kiểm soát các bên hợp đồng, đặc biệt là bên cơ quan nhà nước, nhằm duy trì sự tin tưởng và bền vững của quan hệ hợp đồng đối tác công tư.

4.2 Một số giải pháp về xây dựng pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện về hợp đồng hành chính ở Việt Nam

4.2.1 Giải pháp xây dựng khung pháp luật về hợp đồng hành chính

Trên cơ sở những nghiên cứu về hợp đồng hành chính trong pháp luật một số quốc gia và thực trạng các hợp đồng hành chính tương ứng ở Việt Nam, nhận rõ các vấn đề pháp lý đang tồn tại với các hình thức hợp đồng hiện nay, luận án đưa ra một số khuyến nghị cụ thể nhằm xây dựng khung pháp luật về hợp đồng hành chính trong bối cảnh các HĐHC, điển hình là Hợp đồng đối tác công tư đang phát triển mạnh mẽ với những đòi hỏi cần có sự điều chỉnh của pháp luật một cách hiệu quả hơn.

4.2.1.1. Xây dựng và hoàn thiện nguồn luật điều chỉnh về hợp đồng hành chính

Cần thiết phải chính thức ghi nhận loại hợp đồng hành chính bên cạnh hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế trong quy định pháp luật Việt Nam. Nghiên cứu này chỉ ra rõ ràng những hợp đồng có sự tham gia của nhà nước nhằm mục đích công

(hợp đồng hành chính) là một loại hợp đồng có các đặc thù khác biệt so với các hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế đang tồn tại. Nhà nước tham gia quan hệ hợp đồng với tư cách một bên chủ thể hợp đồng để thực hiện chức năng của nhà nước, do đó nhà nước luôn sử dụng quyền lực nhà nước để hướng các HĐHC tới lợi ích công. Mỗi quan hệ bất bình đẳng như vậy khác biệt hoàn toàn với quan hệ bình đẳng trong các loại hợp đồng khác. Chính yếu tố lợi ích công này chi phối tới các yếu tố của hợp đồng hành chính. Do đó, cần ghi nhận và xác định các HĐHC chính đang áp dụng trong hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay.

Khung pháp luật về hợp đồng hành chính được thiết lập có thể theo các mô hình khác nhau. Mô hình thứ nhất là quy định những vấn đề chung về hợp đồng hành chính trong Luật tổ tụng hành chính như một quốc gia như Đức, Mông Cổ, Albany,... Theo đó, những quy định bao gồm định nghĩa về hợp đồng hành chính, các trường hợp cơ quan nhà nước được sử dụng hợp đồng hành chính, các nguyên tắc của hợp đồng hành chính, điều kiện có hiệu lực của hợp đồng hành chính, hình thức của hợp đồng, nội dung của hợp đồng, các trường hợp hợp đồng hành chính vô hiệu, nguyên tắc giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính.

Trong Luật thủ tục hành chính của Đức năm 1976¹⁵⁶ có chế định về hợp đồng luật công tại phần IV với các nội dung như sau:

Định nghĩa Hợp đồng hành chính (Khoản 1, Điều 54)

Quan hệ pháp luật trong lĩnh vực luật công có thể được xác lập, thay đổi, hoặc hủy bỏ trên cơ sở một hợp đồng (hợp đồng luật công), nếu điều này không mâu thuẫn với các quy định pháp luật. Đặc biệt, cơ quan hành chính có thể giao kết hợp đồng luật công với một chủ thể, thay vì lẽ ra phải ban hành một quyết định hành chính đối với chủ thể đó.

Hình thức của hợp đồng hành chính (Điều 57)

¹⁵⁶ Administrative Procedures Act of Germany (VwVfG) 1976, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg_en.html, truy cập ngày 18/05/2022.

Một hợp đồng luật công phải được giao kết bằng văn bản nếu pháp luật không quy định một hình thức nào khác.

Hợp đồng luật công vô hiệu (Điều 59)

(1) Hợp đồng luật công sẽ bị vô hiệu nếu trong trường hợp áp dụng các quy định tương tự của Bộ luật dân sự thì hợp đồng vô hiệu.

(2) Ngoài ra, một hợp đồng luật công cũng vô hiệu, nếu:

- Giả sử ban hành một quyết định hành chính với nội dung tương tự thì quyết định đó cũng vô hiệu;
- Giả sử ban hành một quyết định hành chính với nội dung tương tự thì quyết định đó cũng trái luật do các lỗi về thủ tục, hình thức và các bên ký kết hợp đồng cũng biết về điều này;
- Không đáp ứng các điều kiện để có thể giao kết một hợp đồng hoà giải và nếu ban hành quyết định hành chính về nội dung tương tự thì quyết định đó cũng trái luật do các lỗi về thủ tục và hình thức theo quy định tại Điều 46;
- Cơ quan hành chính cho phép thoả thuận một nghĩa vụ đối ứng trái với quy định tại điều 56.

(3) Nếu chỉ một phần trong hợp đồng vô hiệu thì toàn bộ hợp đồng vô hiệu nếu không cho rằng lẽ ra không có phần vô hiệu đó thì hợp đồng vẫn có thể được ký.

Chỉnh sửa và chấm dứt hợp đồng trong trường hợp đặc biệt (Điều 60)

(1) Nếu thực trạng là cơ sở để thoả thuận nội dung hợp đồng đã thay đổi một cách cơ bản kể từ khi ký hợp đồng, khiến một đối tác của hợp đồng khó lòng tuân thủ các điều khoản ban đầu, thì đối tác này có thể yêu cầu chỉnh sửa nội dung hợp đồng cho phù hợp với thực trạng đã thay đổi, hoặc nếu không sửa được hoặc chỉnh sửa sẽ gây khó khăn cho đối tác khác thì có thể chấm dứt hợp đồng. Cơ quan hành chính cũng có thể chấm dứt hợp đồng để ngăn ngừa hoặc khắc phục thiệt hại lớn cho xã hội.

(2) Chấm dứt hợp đồng phải thể hiện bằng văn bản, trừ khi pháp luật quy định một hình thức khác. Việc chấm dứt hợp đồng cần nêu rõ lý do.

Tương tự với mô hình của Đức, có thể tham khảo các quy định chung về HDHC trong Luật Hành chính chung của Mông Cổ. Quy định về Hợp đồng hành chính tại Chương V từ Điều 52 đến Điều 58¹⁵⁷ với những nội dung cơ bản sau đây:

Quy định chung về Hợp đồng hành chính (Điều 52)

Cơ quan hành chính có thể ký kết hợp đồng hành chính phù hợp để xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quan hệ luật công theo quy định.

Hợp đồng hành chính được sử dụng trong những trường hợp sau đây:

- Thiết lập các mối quan hệ về cung cấp dịch vụ công như: Giáo dục, y tế, bảo vệ môi trường và các quan hệ pháp luật hành chính khác;
- Thiết lập các mối quan hệ với cơ quan hành chính uỷ quyền một số chức, quyền hạn của mình cho người khác;
- Thiết lập các mối quan hệ liên quan đến xây dựng cơ sở hạ tầng và các dịch vụ xã hội cơ bản;
- Thiết lập các mối quan hệ liên quan đến nhượng quyền;
- Các quan hệ khác theo pháp luật quy định.

Hình thức của Hợp đồng hành chính (Điều 53)

Hợp đồng hành chính phải được lập thành văn bản

Thủ tục thẩm tra của các cơ quan cấp trên đối với Hợp đồng hành chính

Hợp đồng hành chính sẽ được xác lập sau khi đáp ứng những quy định pháp luật: yêu cầu cần được cấp phép, yêu cầu cần có sự bảo đảm hoặc sự tham gia của các cơ quan hành chính khác.

Cơ quan hành chính cấp trên hoặc cơ quan đại diện ngoại giao của Mông Cổ ở nước ngoài sẽ cho ý kiến về bản dự thảo hợp đồng hành chính được thiết lập giữa cơ quan hành chính đó với pháp nhân ngoài nhà nước hoặc pháp nhân ở nước ngoài.

¹⁵⁷ General Administrative law of Mongolia, 2015 tại địa chỉ: https://legalinfo.mn/mn/detail?lawId=16230949095811&fbclid=IwAR0OxXk75RUbHikwaGyEvWDqECPS0bWiBonGQYu_W-SlkpAnHjtitCqOOSU, truy cập ngày 20/05/2022.

Sau khi thiết lập hợp đồng hành chính và được cho ý kiến từ các cơ quan hành chính cấp trên hoặc cơ quan đại diện ngoại giao ở nước ngoài thì phải đăng công báo trong thời hạn là 14 ngày kể từ ngày hợp đồng được thiết lập.

Chính phủ sẽ có hướng dẫn chi tiết về quy chế ra soát và đăng công báo hợp đồng hành chính nêu trên.

Hợp đồng hành chính vô hiệu (Điều 55)

Hợp đồng hành chính bị coi là vô hiệu trong các trường hợp sau:

- Hợp đồng hành chính vi phạm pháp luật và văn bản quy phạm hành chính;
- Hợp đồng điều chỉnh các mối quan hệ không có chủ thể của hợp đồng hành chính;
- Cơ quan hành chính ký kết hợp đồng hành chính vô thời hạn;
- Cơ quan hành chính đã ký kết một hợp đồng hành chính về vấn đề không liên quan đến quyền hạn của mình;
- Cơ quan hành chính đã đưa ra trong hợp đồng hành chính một lời hứa không thể thực hiện được;
- Cơ quan hành chính yêu cầu các bên tham gia thỏa thuận những điều vi phạm pháp luật;
- Hợp đồng hành chính có sai sót rõ ràng và gây hậu quả tiêu cực;
- Chủ thể hợp đồng hành chính do người không có năng lực hành vi dân sự thể hiện ý chí của họ;
- Bất kỳ bên nào không có năng lực hành vi dân sự;
- Hợp đồng hành chính được ký kết vi phạm yêu cầu phải xin phép người chưa đủ tuổi thành niên;
- Hợp đồng có sự thể hiện ý chí chưa đầy đủ;
- Một trong các bên bị lừa dối hoặc bị cưỡng ép;
- Hợp đồng hành chính vi phạm hình thức quy định của pháp luật;
- Hợp đồng hành chính được ký kết với người không có quyền đại diện.

Các trường hợp sửa đổi, chấm dứt hợp đồng hành chính (Điều 56):

Sau khi hợp đồng được thiết lập, một bên có thể yêu cầu sửa đổi hợp đồng hành chính nếu phần nội dung chính và ý nghĩa của việc thiết lập hợp đồng đã có sự thay

đổi toàn bộ và bất kỳ bên nào của hợp đồng cho rằng không thể thực hiện theo các điều khoản ban đầu của hợp đồng.

Hợp đồng hành chính sẽ chấm dứt trong trường hợp không thể sửa đổi hoặc bất kỳ bên nào trong hợp đồng quyết định không sửa đổi nó.

Cơ quan hành chính có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng hành chính trong trường hợp Hợp đồng đó gây thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích công cộng hoặc để loại bỏ các thiệt hại do nó gây ra.

Cơ sở yêu cầu chấm dứt hợp đồng hành chính phải được ghi nhận rõ bằng văn bản.

Thực hiện hợp đồng hành chính (Điều 57)

Cơ quan hành chính sẽ thực hiện hợp đồng hành chính theo quy định của pháp luật như những quy định về thực hiện Quyết định hành chính theo quy định tại Chương VIII.

Sử dụng nguồn luật khác điều chỉnh quan hệ hợp đồng (Điều 58)

Ngoài các quy định tại Chương V của Luật Hành chính chung của Mông Cổ, các quy định chung về hợp đồng trong Luật Dân sự cũng được áp dụng đối với hợp đồng hành chính và được sử dụng như nguồn luật nếu không có các quy phạm pháp luật hành chính quy định khác.

Như vậy, có thể nhận thấy Mông Cổ lựa chọn mô hình giống một số quốc gia châu Âu là có quy định một cách tập trung những quy phạm điều chỉnh về hợp đồng hành chính. Hợp đồng hành chính được quy định gồm những nội dung cơ bản nhất mang tính nguyên tắc, định hướng cho những vấn đề pháp lý liên quan đến hợp đồng hành chính như chủ thể, phạm vi được thiết lập hợp đồng hành chính, hình thức, thủ tục phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của hợp đồng hành chính.

Mô hình thứ hai quy định về Hợp đồng hành chính là cách quy định lồng ghép cùng với các hợp đồng khác và đưa ra những quy định riêng biệt của hợp đồng

hành chính ở cùng một văn bản là Luật Hợp đồng Trung Quốc năm 1999¹⁵⁸. Trong Luật này, Hợp đồng hành chính được với các nội dung như sau:

Điều 38. Hợp đồng theo kế hoạch bắt buộc của Nhà nước

Trường hợp Nhà nước, trên cơ sở các nhu cầu của mình, ban hành một kế hoạch bắt buộc hoặc đơn hàng mua sắm của nhà nước, các pháp nhân và các tổ chức khác có liên quan phải giao kết hợp đồng mà các quyền và nghĩa vụ của các bên được qui định trong các luật và quy định hành chính liên quan

Điều 10. Hình thức hợp đồng;

Một hợp đồng có thể được thiết lập bằng văn bản, bằng trao đổi miệng cũng như bằng bất kỳ hình thức nào khác. Một hợp đồng phải được thiết lập bằng văn bản nếu pháp luật hoặc quy định hành chính liên quan yêu cầu. Một hợp đồng phải được thiết lập bằng văn bản nếu các bên có thoả thuận như vậy.

Điều 44. Hiệu lực của hợp đồng

Một hợp đồng được thiết lập hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm thiết lập. Trường hợp để có hiệu lực, hợp đồng cần phải được phê chuẩn hoặc đăng ký v.v... theo qui định của luật hoặc quy định hành chính liên quan thì phải tuân thủ các qui định đó

Điều 52. Các trường hợp làm cho hợp đồng vô hiệu

Một hợp đồng sẽ vô hiệu trong bất kỳ trường hợp nào sau đây:

- Một bên đã đạt được việc giao kết hợp đồng bằng gian lận, cưỡng ép, và vì thế làm hại đến quyền lợi của nhà nước;
- Các bên đã không trung thực, và do đó làm hại đến quyền lợi của nhà nước, của tập thể hoặc của bất kỳ một người thứ ba nào;
- Các bên có ý định che dấu một mục đích bất hợp pháp dưới hình thức một giao dịch hợp pháp;
- Hợp đồng làm hại đến các lợi ích công cộng;
- Hợp đồng vi phạm một qui định bắt buộc của bất kỳ luật hoặc quy định hành chính có liên quan.

Điều 77. Sửa đổi; Sửa đổi hợp đồng cần phê chuẩn

Một hợp đồng có thể được sửa đổi nếu các bên chấp thuận như vậy. Trường hợp việc sửa đổi hợp đồng cần tuân thủ các thủ tục như phê chuẩn hoặc đăng ký

¹⁵⁸ Contract law of China 1999, tại địa chỉ <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/clotproc376/>, truy cập ngày 20/05/2022.

v.v.... theo qui định của pháp luật hoặc của quy định hành chính liên quan thì phải thực hiện các qui định đó.

Điều 96. Chấm dứt hợp đồng bằng cách thông báo; việc chấm dứt hợp đồng có yêu cầu phê chuẩn

Bên thực hiện quyền chấm dứt hợp đồng phù hợp với đoạn 2 của Điều 93 và Điều 94 Luật này phải thông báo cho bên kia. Hợp đồng được chấm dứt khi thông báo đến bên kia. Nếu một bên phản đối việc chấm dứt hợp đồng, bên chấm dứt hợp đồng có quyền khởi kiện ra Toà án Nhân dân hoặc một tổ chức trọng tài để xác nhận giá trị pháp lý của việc chấm dứt. Nếu việc chấm dứt hợp đồng phải tuân thủ các thủ tục như phê chuẩn hoặc đăng ký... như yêu cầu của pháp luật hoặc quy định hành chính liên quan thì phải tuân thủ các qui định đó.

Mô hình thứ ba là có riêng một bộ luật về hợp đồng hành chính như trường hợp của Pháp. Năm 2018, Pháp pháp điển hoá vào Bộ luật Thỏa thuận nhượng quyền và mua sắm công (Public Procurement and Concession Agreements Code (PPP Code), có hiệu lực từ ngày 1 tháng 4 năm 2019. Bộ luật này đã pháp điển hóa các quy tắc liên quan đến mua sắm công, các thỏa thuận nhượng quyền và hợp đồng đối tác công tư thành một văn bản duy nhất. Bộ luật bao gồm 1.747 điều làm đơn giản hóa khuôn khổ pháp lý điều chỉnh các hợp đồng công. Bộ luật này là một thành công lớn trong pháp điển hoá lĩnh vực hợp đồng hành chính của Pháp. Đây cũng là một thực tiễn tốt, có thể tiếp thu kinh nghiệm lập pháp này cho Việt Nam.

Quan điểm của tác giả cho rằng Việt Nam nên áp dụng mô hình pháp điển hóa tập trung những quy phạm pháp luật hành chính theo mô hình của Đức, Mông Cổ bởi đây là quan hệ pháp luật có phạm vi điều chỉnh rất rộng, số lượng văn bản pháp luật nhiều, khó theo dõi, khó áp dụng và khó khăn cho việc thực hiện pháp luật. Đồng thời, Hợp đồng hành chính là một loại hợp đồng đặc thù được điều chỉnh theo luật công. Do vậy, Việt Nam nên xây dựng các quy định chung mang tính nguyên tắc về HĐHC trong một đạo luật như Luật Ban hành quyết định hành chính hoặc Luật tổ tụng hành chính còn các hợp đồng hành chính cụ thể trong các quan hệ khác nhau tiếp tục để các đạo luật chuyên ngành điều chỉnh như Luật đầu tư theo

phương thức đối tác công tư, Luật Viên chức, Luật đấu thầu, Luật đầu tư công.... Những vấn đề chung về hợp đồng hành chính sẽ có các nội dung cơ bản như: khái niệm hợp đồng hành chính, nguyên tắc điều chỉnh HĐHC, điều kiện có hiệu lực của HĐHC, các nội dung cơ bản của HĐHC, các trường hợp HĐHC vô hiệu, giải quyết tranh chấp về HĐHC.

Bên cạnh đó, ở Việt Nam trong bối cảnh chưa có các quy định pháp luật thành văn, án lệ của toà án tối cao cũng có thể xác định một số hợp đồng trong thực tiễn là hợp đồng hành chính để có điều chỉnh cho phù hợp. Chẳng hạn trên thực tế Tòa án nhân dân tối cao nước ta đã xét xử vụ việc phân biệt giữa hành vi hành chính hay Hợp đồng dân sự như trong Quyết định Giám đốc thẩm số 04/2014/HC-GĐT ngày 15/4/2014 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về vụ án “Khiếu kiện hành vi không tái lập Hợp đồng Khoán bảo vệ và trồng rừng.”¹⁵⁹ Rõ ràng trong đời sống cho thấy đã có những tranh luận về Hợp đồng hành chính hay Hợp đồng Dân sự ngay trong hệ thống tòa án, và trong giới nghiên cứu khoa học pháp lý ở Việt Nam – ví như vụ việc cụ thể về vụ kiện giữa ông Lê Văn Phê với Ban Quản lý Khu bảo tồn thiên nhiên Bình Châu - Phước Bửu (Bà Rịa – Vũng Tàu).¹⁶⁰ Toà án tối cao nên đưa ra lập luận thể hiện quan điểm về hợp đồng hành chính khác biệt so với các hợp đồng dân sự, thương mại để giải quyết vụ việc. Đồng thời, có thể nghiên cứu các bản án này và đưa ra thêm các lập luận để đưa các bản án này thành án lệ xác định hợp đồng nào là hợp đồng hành chính ở Việt Nam.

Ngoài ra, đặc trưng của hợp đồng hành chính được điều chỉnh bằng luật công, trong khi đó ở Việt Nam về lý luận không có sự phân biệt rõ ràng về luật công và luật tư. Những vấn đề liên quan đến lợi ích công cần bảo vệ thì hợp đồng hành chính cần phải được thành lập, điều chỉnh, có hiệu lực hay vô hiệu theo quy định

¹⁵⁹ Xem tại:

http://www.toaan.gov.vn/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=7731124.HTM truy cập ngày 20/8/2022

¹⁶⁰ Tham khảo: “Giới thiệu án lệ: Án dân sự hay án hành chính”, Lê Trinh, <http://plo.vn/phap-luat/gioi-thieu-an-le-bai-cuoi-an-dan-su-hay-hanh-chinh-616798.html>.

của luật công. Vì vậy cần có nghiên cứu sâu hơn và có sự phân chia tương đối luật công và luật tư trong hệ thống pháp luật Việt Nam để bảo vệ lợi ích công.

4.2.1.2 Hoàn thiện các quy định về giao kết hợp đồng hành chính đảm bảo minh bạch, bình đẳng, không phân biệt đối xử trong tiếp cận hợp đồng hành chính.

Trên cơ sở học hỏi kinh nghiệm về các nguyên tắc áp dụng đối với giao kết hợp đồng công của Pháp trong Bộ luật về mua sắm công 2018, đồng thời cũng là các quy tắc áp dụng ở các quốc gia khác có thể quy định về các nguyên tắc về giao kết hợp đồng hành chính ở Việt Nam bao gồm: nguyên tắc đối xử bình đẳng, không phân biệt đối xử đối với các nhà thầu; nguyên tắc tiếp cận mở đối với hợp đồng công; nguyên tắc minh bạch; nguyên tắc hợp lý hoá mua sắm công; nguyên tắc sử dụng hợp lý quỹ công. Ở Việt Nam, do các hợp đồng uỷ quyền thực hiện dịch vụ công được thực hiện dưới hình thức hợp đồng dân sự nên chưa đảm bảo các nguyên tắc này. Các quy định của hợp đồng đối tác công tư và Luật đấu thầu phần nào đảm bảo được nhưng chưa đầy đủ, cần có quy định thống nhất đối với các loại hợp đồng hành chính nói chung. Do vậy, cần áp dụng phương thức đấu thầu trong cung ứng dịch vụ công để đảm bảo tính hiệu quả, công khai và minh bạch.

Đảm bảo các nguyên tắc này cũng đồng nghĩa với việc có thể mở rộng đối tượng tư nhân tiếp cận với hợp đồng hành chính. Và quả thực đây là kết quả đáng ghi nhận ở nhiều quốc gia trên thế giới như Mỹ, Anh, Pháp, Đức có cả một thị phần kinh doanh lớn liên quan đến khu vực công, đối tác công tư trong công cấp dịch vụ công, ngày càng có xu hướng phát triển mạnh mẽ quy mô cả cấp địa phương và cấp quốc gia. Trong khi đó ở cả hai cấp độ của địa phương và quốc gia ở nước đang còn khiêm tốn, đặc biệt là cấp độ địa phương, khi chính quyền địa phương chưa được quy định là chủ thể của hợp đồng đối tác công tư. Thực tế này chưa đáp ứng được xu hướng phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước hiện nay, ở cấp thành phố đang phân cấp, phân quyền mạnh mẽ cho cấp huyện và cấp xã.

Cụ thể đối với giao kết hợp đồng đối tác công tư ở Việt Nam nên đa dạng loại hợp đồng đối tác công tư cho thích hợp với từng lĩnh vực của dịch vụ công như y tế, giáo dục, văn hoá thể thao, ngoài ra huỷ bỏ quy định về ràng buộc mức vốn

đầu tư tối thiểu để có thể thực hiện được hợp đồng đối tác công tư ở cấp độ địa phương cấp xã, cấp huyện được nhiều hơn, phù hợp với xu hướng phân cấp, phân quyền và đặc điểm của dịch vụ công diễn ra ở các cấp độ từ địa phương tới trung ương. Đồng thời, bổ sung quy định về cho phép chính quyền địa phương được ký kết hợp đồng đối tác công tư. Ngoài ra, bên cạnh quy định đề xuất dự án đối tác công tư từ phía cơ quan nhà nước, có thể ghi nhận quy định về đề xuất dự án đối tác công tư từ phía tư nhân phù hợp với kế hoạch chung của nhà nước đáp ứng được nhu cầu của thực tiễn.

4.2.1.3 Hoàn thiện các quy định về nội dung của Hợp đồng hành chính.

Cũng giống như các hợp đồng khác, nội dung của hợp đồng hành chính sẽ bao gồm quyền và nghĩa vụ của các bên. Tuy nhiên, do hợp đồng hành chính liên quan đến dịch vụ công nên trong nội dung của hợp đồng hành chính bên cơ quan nhà nước có một số quyền vượt trội so với tư nhân để đảm bảo lợi ích công. Những ưu quyền của hành chính trong hợp đồng hành chính theo kinh nghiệm của Pháp, có sự giống nhau tương tự ở các quốc gia khác như Anh, Mỹ là: Quyền được kiểm soát đối tác của mình, để giám sát cách thực thi nhiệm vụ bảo đảm dịch vụ công phù hợp nhất; Quyền trừng phạt; Quyền sửa đổi đơn phương các điều khoản của hợp đồng; quyền huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng. Do chưa được ghi nhận hợp đồng hành chính nên việc quy định và thực hiện một số quyền còn gây tranh luận từ phía các nhà nghiên cứu và thực tiễn kinh doanh. Vì vậy, pháp luật về hợp đồng hành chính của Việt Nam cần nhận diện các hợp đồng hành chính và quy định nội dung các ưu quyền của cơ quan nhà nước cho phù hợp, đồng thời giới hạn để kiểm soát tránh việc lạm quyền ảnh hưởng tới bên tư nhân. Chẳng hạn cần phải từ bỏ các quyền miễn trừ kiện tụng, trong khi để bảo vệ lợi ích của tư nhân (vốn là bên không có vị thế bình đẳng với nhà nước) thì các thoả thuận trong hợp đồng mới là công cụ chính yếu có hiệu lực như luật. Các cơ quan nhà nước cần phải nhận thức rõ về quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng sau khi đã được thiết lập sẽ ràng buộc trách nhiệm của cơ quan nhà nước khi hợp tác với tư nhân, tuân thủ hợp đồng, nếu vi phạm sẽ phải chịu hậu quả pháp lý.

Cần quy định cụ thể về nội dung hợp đồng mẫu trong các lĩnh vực của HĐHC. Tương ứng với mỗi loại HĐHC thì có những nội dung cụ thể, tuy nhiên để đảm bảo HĐHC tuân thủ các yêu cầu, bảo đảm cung cấp chất lượng dịch vụ công hiệu quả, cần có quy định những nội dung chính trong HĐ mẫu, để từ đó các bên có thể làm căn cứ điều chỉnh, bổ sung phù hợp với từng lĩnh vực.

Về nội dung hợp đồng PPP, cơ chế chia sẻ rủi ro còn thiếu và chưa đủ sức thu hút các bên tư nhân vào dự án PPP. Bởi vì rủi ro trong dự án PPP rất nhiều loại rủi ro khác nhau mà chưa được quy định. Do đó, cần có quy định các loại rủi ro đối với dự án phân định hợp lý, những dự án nào do tư nhân gánh chịu, những dự án nào thuộc về nhà nước và những loại rủi ro nào nhà nước và tư nhân cùng chia sẻ.¹⁶¹

4.2.1.4 Hoàn thiện các quy định về cơ chế quản lý, thanh tra, kiểm tra đối với hợp đồng hành chính

Các loại hợp đồng hành chính, đặc biệt hợp đồng đối tác công tư, có thời gian thực hiện lâu dài, có thể lên đến 20 – 30 năm, đòi hỏi sự đánh giá thường xuyên về kết quả từng giai đoạn, chất lượng cung ứng dịch vụ công có đảm bảo yêu cầu của nhà nước và nhu cầu của người dân. Ngoài ra, nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng hành chính có được thực thi đúng không trong bối cảnh với thời gian dài thực hiện như vậy, các bên trong hợp đồng đều có sự thay đổi về nhân sự, sự chuyển giao các thế hệ lãnh đạo trong cơ quan nhà nước, các chủ đầu tư trong các bên tư nhân. Ngoài ra, liên tục có những sự thay đổi của hoàn cảnh khách quan, ví dụ như bối cảnh dịch bệnh Covid 19 từ cuối năm 2019 đến nay, các bên cũng cần đánh giá và đàm phán để khắc phục cũng như thực hiện hợp đồng trong bối cảnh mới. Do vậy, việc đánh giá, quản lý hợp đồng hành chính là vô cùng cần thiết để đảm bảo hiệu quả của hợp đồng hành chính, phục vụ lợi ích chung của xã hội. Kết quả của đánh giá hợp đồng hành chính đó có thể dẫn tới thay đổi một số điều khoản của hợp đồng nếu cần thiết vì lợi ích công.

¹⁶¹ Có thể tham khảo về phân chia rủi ro trong hợp đồng đối tác công tư ở Pháp trong Phụ lục số 3.

Đối với hợp đồng PPP, trong quá trình thực hiện hợp đồng cần đề cao vai trò của cơ quan chuyên trách về PPP như đã đề cập ở trên, chính cơ quan chuyên trách về PPP sẽ có trách nhiệm về theo dõi sát sao việc thực thi pháp luật về PPP và các dự án PPP, nâng cao hiệu quả trên thực tế của các chính sách đã được ban hành. Phát hiện những sai phạm và đưa ra những khuyến nghị, hướng dẫn trong những trường hợp cụ thể như “trường hợp bất khả kháng”, hay “quản lý rủi ro về thiên tai”... Kinh nghiệm của các quốc gia cho thấy, các dự án PPP đang thực hiện đều cần tham khảo những nguồn hướng dẫn này và có những chỉ dẫn đúng đắn cho thực hiện dự án PPP. Đó sẽ là tổ chức của Nhà nước nhưng hoạt động với chức năng hỗn hợp, vừa xây dựng chiến lược, vừa tư vấn hỗ trợ kỹ thuật để triển khai như một đơn vị độc lập, theo dõi và giám sát mục tiêu công khai và minh bạch hoá.

Ngoài ra cần xây dựng và thực thi hiệu quả cơ chế giám sát chung và vai trò tham gia, giám sát của cộng đồng. Cơ chế giám sát chung, cần bao gồm những biện pháp cụ thể, thiết thực và hiệu quả được áp dụng ngay từ ban đầu khi chuẩn bị dự án chứ không phải hậu kiểm bằng kiểm tra, thanh tra và xử lý các hệ lụy tiêu cực khi đã xảy ra. Về sự tham gia của cộng đồng, về bản chất và theo thông lệ quốc tế, điều cần làm là sự hài hoà lợi ích với cộng đồng khi triển khai các Dự án PPP hơn là yêu cầu giám sát cụ thể từ người dân. Do đó, do quy định của Luật PPP quá chung chung và không rõ ràng bằng cách dẫn chiếu đến luật khác cũng không có quy định cụ thể và tương thích. Do vậy, quyền tham gia phản biện và được tham khảo ý kiến của cộng đồng phải được thực hiện ngay từ ban đầu khi quyết định chủ trương và phê duyệt dự án trong trường hợp dự án có tác động đến các quyền và lợi ích của họ. Bên cạnh đó, các dự án PPP có tác động đến đời sống của cộng đồng sở tại phải gắn với chính sách mang lại lợi ích mới cho cộng đồng, thay vì chỉ hạn chế hay bù đắp các thất thiệt phát sinh. Đặc biệt, ý kiến của cộng đồng phải được tham khảo trực tiếp trên cơ sở giải trình rõ ràng về dự án định triển khai và trực tiếp thông qua Hội nghị cộng đồng với đại diện của các hộ dân có liên quan (theo nguyên tắc dân chủ trực tiếp ở cơ sở) mà không thể thay thế bằng ý kiến của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể chính trị - xã hội tại địa phương.

4.2.1.5 Hoàn thiện các quy định pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính

Cơ chế giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính ở Việt Nam có thể tiếp thu kinh nghiệm từ các quốc gia civil law như Pháp Đức quy định thuộc về thẩm quyền của toà án hành chính. Điều này phù hợp với các tranh chấp về hợp đồng hành chính như hợp đồng làm việc của viên chức, hợp đồng sử dụng tài sản của nhà nước (ví dụ hợp đồng thuê đất rừng) nên quy định thẩm quyền giải quyết cho toà hành chính trong tòa án nhân dân. Điều này phù hợp với hệ thống tòa án của Việt Nam, có tòa án hành chính từ năm 1996 và giải quyết các tranh chấp hành chính. Thậm chí, trong chiến lược cải cách tư pháp mới đây, có đề xuất thành lập các tòa án chuyên trách bao gồm tòa án hành chính, tòa án sở hữu trí tuệ...¹⁶² là một bước nữa trong tiến trình chuyên nghiệp hoá hoạt động xét xử để giải quyết tốt hơn các tranh chấp trong lĩnh vực hành chính và rõ ràng các hợp đồng hành chính thuộc thẩm quyền của tòa án hành chính. Vì vậy, kiến nghị bổ sung thẩm quyền giải quyết tranh chấp về hợp đồng hành chính vào Điều 30 của Luật tổ tụng hành chính năm 2015 quy định về các khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án hành chính.

Đối với giải quyết các tranh chấp hợp đồng PPP có một số điểm đặc thù. Hiện nay, giải quyết tranh chấp về hợp đồng PPP được thực hiện theo Điều 95, Điều 97, Luật PPP. Cũng như nhiều quốc gia khác, việc giải quyết tranh chấp thương mại tại Tòa án phương thức giải quyết tranh chấp bằng tòa án có một số ưu điểm sau: (1) Tòa án là cơ quan xét xử nhân danh nhà nước nên bản án quyết định của tòa được đảm bảo thi hành bằng sức mạnh cưỡng chế nhà nước. Sau khi bản án, quyết định có hiệu lực thì cơ quan thi hành án là cơ quan chuyên trách và có đầy đủ bộ máy, phương tiện để thi hành bản án, quyết định đó; (2) Giải quyết bằng tòa án có thể qua nhiều cấp xét xử vì thế đảm bảo bản án, quyết định đó được chính xác, công bằng, khách quan, đúng pháp luật; (3) Giải quyết bằng tòa án có thể qua nhiều

¹⁶² Nguyễn Hoà Bình (2022), “Định hướng cải cách tư pháp ở Việt Nam”, *Tạp chí điện tử Lý luận chính trị*, <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/bai-noi-bat/item/4213-dinh-huong-cai-cach-tu-phap-o-viet-nam.html>, truy cập ngày 20/12/2022.

cấp xét xử vì thế đảm bảo bản án, quyết định đó được chính xác, công bằng, khách quan, đúng pháp luật. Bên cạnh đó phương thức giải quyết tranh chấp tại toà án cũng có một số nhược điểm so với các phương thức giải quyết tranh chấp khác: (1) Thủ tục tại tòa án thiếu linh hoạt do phải tuân theo quy định của pháp luật quy định; (2) Nguyên tắc xét xử công khai của tòa án tuy là nguyên tắc được xem là tiến bộ, mang tính răn đe nhưng đôi khi lại là cản trở đối với doanh nhân khi những bí mật kinh doanh bị tiết lộ; (3) Phán quyết của tòa án thường bị kháng cáo dẫn tới việc quá trình tố tụng bị kéo dài thậm chí bị trì hoãn khiến doanh nghiệp bị ảnh hưởng rất lớn. Do đó các cơ chế giải quyết ngoài tòa án như hòa giải, trọng tài được ưu tiên hơn để giải quyết tranh chấp nhanh chóng, rút ngắn, hiệu quả.

Đối với phương thức tòa án, ở Việt Nam hiện nay tòa thương mại có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh về hợp đồng PPP. Nếu coi hợp đồng PPP là một hình thức của hợp đồng hành chính theo lý thuyết phải thuộc thẩm quyền xét xử tại tòa án hành chính (theo mô hình của Pháp). Tuy nhiên, do đặc thù về lĩnh vực đối tác công tư liên quan đến hoạt động kinh doanh thương mại nên một số quốc gia thì tòa thương mại có thẩm quyền giải quyết các vụ việc. Vì vậy, các hợp đồng đối tác công tư ở Việt Nam vẫn giải quyết tại tòa án thương mại là hợp lý. Tuy nhiên, theo quy định của Đức, có một số tranh chấp hợp đồng PPP được giải quyết tại tòa án hành chính như tranh chấp phát sinh trong giai đoạn hình thành hợp đồng hành chính, có sự đối xử bất bình đẳng đối với các nhà thầu tiếp cận hợp đồng hành chính được giải quyết tại tòa hành chính. Do vậy, giải quyết kiến nghị trong lựa chọn nhà đầu tư theo phương thức kiến nghị với bên mời thầu, cơ quan có thẩm quyền về quá trình lựa chọn nhà đầu tư, kết quả lựa chọn nhà đầu tư (Điều 95 Luật PPP 2020) nên được giao cho tòa hành chính thay vì tòa thương mại như hiện nay.

Để thúc đẩy phương thức đối tác công tư nên có cơ chế giải quyết tranh chấp đa dạng và hiệu quả, đồng thời phù hợp với các cam kết quốc tế của Việt Nam. Theo thông lệ quốc tế nên ưu tiên xử lý tranh chấp hợp đồng PPP bằng hình thức trọng tài thương mại hoặc hòa giải thương mại. Những phương thức này có thể giảm bớt những căng thẳng cũng như hạn chế khả năng các tranh chấp hợp đồng

PPP bị đẩy thành các vụ kiện về đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài với Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư theo các hiệp định bảo hộ đầu tư hoặc các hiệp định thương mại mới. Đối với các tranh chấp hợp đồng PPP, hòa giải thương mại là một phương thức giải quyết tranh chấp được khuyến khích áp dụng tại Việt Nam. Ngoài ra, thực tiễn chỉ ra rằng Chính phủ cũng đang tiếp cận theo hướng nỗ lực xử lý ngay, dứt điểm các tranh chấp phát sinh ở cấp độ hợp đồng và xử lý tranh chấp thông qua đối thoại, tránh nguy cơ leo thang thành tranh chấp đầu tư, tạo môi trường kinh doanh ổn định.¹⁶³ Bên cạnh đó, trọng tài cũng là một phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng PPP hiệu quả mà các bên nên áp dụng, đặc biệt là khi thương lượng và hoà giải không thành công. Cơ chế giải quyết bằng Trọng tài cho thấy rất nhiều ưu điểm với một loại hợp đồng phức tạp và có khả năng áp dụng pháp luật nước ngoài như hợp đồng PPP. Đối với các tài trợ dự án lớn, có yếu tố nhà đầu tư nước ngoài và bên cho vay nước ngoài, cơ chế giải quyết tranh chấp hợp đồng PPP có thể yêu cầu áp dụng luật pháp của nước thứ ba. Ngoài ra, một ưu điểm nổi trội của việc giải quyết tranh chấp tại Trọng tài so với hòa giải là phán quyết của trọng tài là chung thẩm, có hiệu lực ràng buộc các bên. Cơ chế Trọng tài giải quyết tranh chấp giống như một tòa án nhưng lại có ưu điểm là quy trình nhanh gọn, ít tốn kém hơn so với tranh tụng chính thức tại tòa.

Theo kinh nghiệm của một số nước, giải quyết tranh chấp bằng chuyên gia độc lập là cách thức hiệu quả giải quyết tranh chấp về kỹ thuật trong hợp đồng PPP. Điều này xuất phát từ tính phức tạp và đặc thù lĩnh vực của hợp đồng PPP. Điều này làm giúp tìm kiếm các giải pháp có hiệu quả cao, có lợi cho các bên để giải quyết tranh chấp. Vì những người hành nghề trong nước ở Việt Nam thiếu nguồn lực và kinh nghiệm cần thiết để giải quyết những loại tranh chấp phức tạp này nên sẽ phù hợp hơn nếu tham khảo ý kiến của hai chuyên gia độc lập, một trong số họ phải là một người hành nghề quốc tế. Phương pháp này sẽ có lợi cho cả hai bên và

¹⁶³ Minh Phương (2019). Xử lý tranh chấp hợp đồng đối tác công tư bằng trọng tài thương mại. <https://dangcongsan.vn/kinh-te/xu-ly-tranh-chap-hop-dong-doi-tac-cong-tu-bang-trong-tai-thuong-mai-527507.html>. Truy cập lần cuối ngày 30/05/2021.

giúp giải quyết tranh chấp hiệu quả hơn về chi phí và thời gian. Việt Nam chưa quy định phương thức này trong Luật PPP nên cần ghi nhận bổ sung phương thức giải quyết tranh chấp PPP này cho phù hợp với thông lệ quốc tế trong bối cảnh mở rộng đầu tư nước ngoài ở Việt Nam.

4.2.2 Một số giải pháp nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về hợp đồng hành chính ở Việt Nam

Thứ nhất, các giải pháp về tổ chức bộ máy nhà nước

Một sự thay đổi trong phương pháp quản lý mà nhiều nước đang triển khai áp dụng là chuyển thẩm quyền quản lý dịch vụ công từ chính quyền trung ương sang cho chính quyền địa phương. Đây là sự phân quyền và phi tập trung hóa trong quản lý của các chính phủ. Phương pháp này tạo điều kiện thu hẹp khoảng cách giữa người thụ hưởng dịch vụ công với người ra quyết định, quản lý và cung cấp dịch vụ. Dịch vụ được cung cấp phù hợp hơn với nhu cầu địa phương, nâng cao tinh thần, trách nhiệm của công chức phụ trách và tạo điều kiện kết hợp với các đối tác địa phương. Hiện nay, cần phải đẩy mạnh phân cấp, phân quyền, ủy quyền và nâng cao hiệu quả phối hợp giữa các cơ quan, tổ chức; xác định rõ trách nhiệm giữa Chính phủ với các bộ, ngành, chính quyền địa phương; khắc phục tình trạng chồng chéo chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn; tiếp tục củng cố, hoàn thiện bộ máy chính quyền địa phương các cấp nhiệm kỳ 2021-2026 phù hợp với từng địa bàn, bảo đảm quản lý nhà nước thống nhất, đồng thời phát huy vai trò chủ động, sáng tạo, tinh thần trách nhiệm của từng cấp, từng ngành, từng cơ quan, đơn vị.

Trong lĩnh vực đối tác công tư, cần có một cơ quan chuyên trách ở cấp độ quốc gia để quản lý về lĩnh vực này. OECD (2008) lập luận rằng hiệu quả của việc thành lập một đơn vị độc lập dành riêng cho việc quản lý các dự án PPP là một yếu tố quan trọng của thành công. Cơ quan PPP này đặc biệt quan trọng để thúc đẩy suôn sẻ và đàm phán thuận lợi về các hợp đồng PPP phức tạp với các doanh nghiệp tư nhân lớn dày dặn kinh nghiệm về PPP và phối hợp trực tiếp với Chính phủ để quản lý PPP từ giai đoạn đầu lên kế hoạch dự án đến theo dõi, giám sát các hợp

đồng PPP, giải quyết các khiếu kiện về PPP cho tới khi kết thúc dự án PPP. Với tính chất quan trọng của các dự án PPP, trong quá trình đàm phán và ký kết các hợp đồng BOT và thậm chí là giải quyết tranh chấp, các quốc gia thường có các cơ quan chuyên trách PPP để chuẩn bị hợp đồng mẫu, tham vấn cho cơ quan tham gia PPP và theo dõi quá trình hình thành và thực thi hợp đồng giữa chính phủ và đối tác tư nhân. Nhờ vậy các thỏa thuận PPP có thể được thực hiện trơn tru. Các cơ quan chuyên trách như vậy đóng một vai trò quan trọng trong xác lập và triển khai thỏa thuận PPP cũng như hợp đồng BOT. Việt Nam cần đi theo thông lệ và tiêu chuẩn quốc tế trong lĩnh vực PPP. Trên cơ sở kinh nghiệm của pháp luật hợp đồng PPP ở Anh và Trung Quốc, có thể nhận thấy hoạt động hiệu quả của cơ quan chuyên trách điều phối hoạt động PPP. Việt Nam vẫn chưa có một cơ quan chuyên trách về các vấn đề kỹ thuật như các quốc gia đã được nêu trên. Hiện nay, tại Việt Nam có một số đơn vị phụ trách PPP như Vụ PPP của Bộ Giao thông Vận tải, Văn phòng PPP thuộc Cục Quản lý Đấu thầu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư; ở các địa phương có các Phòng PPP thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư Thành phố Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh. Song, các đơn vị này chủ yếu có vai trò xây dựng và hướng dẫn thực hiện các văn bản quy phạm pháp luật. “Việc tổ chức thực hiện các nhiệm vụ phê duyệt báo cáo nghiên cứu tiền khả thi; báo cáo nghiên cứu khả thi, ký kết và thực hiện các hợp đồng PPP do các đơn vị khác trong bộ thực hiện.” Điều này dẫn đến tình trạng thiếu một cơ quan chuyên trách về kỹ thuật để hỗ trợ và theo dõi sát sao việc thực thi pháp luật về PPP và các dự án PPP, nâng cao hiệu quả trên thực tế của các chính sách đã được ban hành. Do vậy Việt Nam cần thiết phải có một cơ quan chuyên trách, có thể giao cho Văn phòng PPP thuộc Cục Quản lý Đấu thầu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư làm đầu mối ở cấp độ quốc gia.

Thứ hai, giải pháp về nhân sự

Yêu cầu của xây dựng đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức có đủ phẩm chất, năng lực, dám nghĩ, dám làm, dám chịu trách nhiệm trong thực thi công vụ; chú trọng việc phát hiện, thu hút, trọng dụng người có tài năng trong hoạt động công vụ; đồng thời có cơ chế sàng lọc, thay thế kịp thời những người không đáp

ứng được yêu cầu công việc và vi phạm kỷ luật, đạo đức công vụ. Trong hợp đồng hành chính, bên nhà nước luôn là cá nhân có thẩm quyền cụ thể đại diện cho cơ quan nhà nước tham gia vào hợp đồng ở trung ương và địa phương nên cần có đội ngũ cán bộ, công chức am hiểu về lĩnh vực hợp đồng hành chính để thực hiện đúng và hiệu quả pháp luật. Cần phải có công chức chuyên trách về hợp đồng hành chính, có kỹ năng đàm phán hợp đồng với đối tác tư nhân, có chuyên môn về lĩnh vực của dịch vụ công cụ thể như giao thông vận tải, y tế, giáo dục, văn hoá, thể thao, để giúp cơ quan nhà nước giao kết hợp đồng hành chính, theo dõi thực hiện, kiểm tra giám sát để kịp thời phát hiện các vi phạm trong thực thi hợp đồng hành chính.

Trong hợp đồng hành chính cụ thể là hợp đồng đối tác công tư, Chính phủ phải tham gia vào việc phát triển nguồn cung nhân lực có chuyên môn để quản lý các dự án phức tạp, các thoả thuận và hợp đồng PPP (bao gồm kỹ thuật, tài chính và quản lý). Cần phải tạo ra nguồn nhân lực trong nước, tránh phụ thuộc vào các chuyên gia tư vấn nước ngoài. Tuy nhiên, trong tương lai xa, trách nhiệm phát triển nguồn nhân lực cho đơn vị PPP sẽ phụ thuộc về đề xuất của chính đơn vị.

Thứ ba, giải pháp về khoa học, công nghệ

Hiện nay, nền kinh tế toàn cầu đang bước vào cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, khoảng cách giữa không gian vật lý và không gian kỹ thuật số đang dần được thu hẹp lại; xuất hiện nhiều thay đổi to lớn và kèm với đó, thể chế cùng khung pháp luật cần được thay đổi để bắt kịp với xu hướng mới. Trong lĩnh vực dịch vụ công, sự thiếu minh bạch và tình trạng tham nhũng là một đe dọa lớn. Việc ứng dụng máy móc, công nghệ sẽ khiến các hoạt động này trở nên minh bạch hơn khi bên tư nhân tiếp cận dễ dàng với các thông tin, thủ tục và có thể phản ánh lại những hành vi tham nhũng một cách dễ dàng hơn. Trong lĩnh vực hợp đồng hành chính cũng không ngoại lệ, liên quan đến chính phủ điện tử và đô thị thông minh trong việc giao kết hợp đồng, quản lý hợp đồng thông qua việc ứng dụng công nghệ phù hợp. Do được xử lý tập trung trên nền tảng điện toán đám mây, liên kết dữ liệu lớn, kết nối vạn vật, xác thực thông qua định danh điện tử, xác thực thông qua các hình

ảnh, video clip được gửi qua mạng nên rất nhiều dịch vụ hành chính công sẽ được trực tiếp xử lý và cung cấp trên môi trường mạng. Thủ tục đấu thầu để tiếp cận hợp đồng hành chính cũng có thể thực hiện trực tuyến. Trong quản lý hợp đồng hành chính, việc công khai minh bạch hợp đồng cũng được thực hiện trên các website chính thức của cơ quan nhà nước để Quốc hội và người dân giám sát. Từ đó đặt ra yêu cầu, Nhà nước phải hình thành đủ các điều kiện về công nghệ (hạ tầng công nghệ, nền tảng số, nền tảng định danh và xác thực số...); cán bộ công chức phải có đủ năng lực làm việc trên môi trường số, đặc biệt là trình độ về công nghệ thông tin và những hiểu biết về các công nghệ tiêu biểu của CMCN 4.0; cán bộ công chức phải có đủ các phương tiện, thiết bị công nghệ cần thiết để độc lập làm việc trên môi trường số¹⁶⁴. Như vậy, nền tảng công nghệ và nhân sự cũng phải đáp ứng được các yêu cầu để giao kết và quản lý hiệu quả các hợp đồng hành chính. Đây cũng là một cách thức giúp gia tăng tính minh bạch, bình đẳng trong tiếp cận hợp đồng hành chính, công khai hợp đồng hành chính bằng các phương tiện điện tử cũng giúp cho hoạt động giám sát hợp đồng hành chính của người dân dễ dàng hơn.

¹⁶⁴ Dương Quốc Chính (2022), “Tác động của cách mạng công nghiệp 4.0 đến hoạt động cung ứng dịch vụ hành chính công ở Việt Nam”, *Tạp chí quản lý nhà nước*, <https://www.quanlynhanuoc.vn/2022/01/18/tac-dong-cua-cach-mang-cong-nghiep-4-0-den-hoat-dong-cung-ung-dich-vu-hanh-chinh-cong-o-viet-nam/>, truy cập 20/12/2022.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Trên cơ sở các kinh nghiệm của các quốc gia nghiên cứu, một số kiến nghị được đưa ra để hoàn thiện pháp luật Việt Nam về luật hình thức và luật nội dung liên quan đến hợp đồng hành chính trong ngắn hạn và tầm nhìn dài hạn. Việc hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính phải phù hợp với nguyên tắc nhà nước pháp quyền XHCN, đáp ứng yêu cầu của nền hành chính phục vụ, đảm bảo minh bạch, phòng ngừa tham nhũng trong khu vực công, thu hút sự tham gia của tư nhân vào cung cấp dịch vụ công, bảo vệ các bên trong hợp đồng hành chính, bảo người tiêu dùng dịch vụ công và bảo vệ lợi ích công. Do đó cần thiết phải ghi nhận chính thức hợp đồng hành chính và các loại hợp đồng hành chính trong pháp luật Việt Nam. Đồng thời, chế định về hợp đồng hành chính cũng được ban hành trong văn bản pháp luật điều chỉnh về dịch vụ công. Khung pháp lý hoàn chỉnh, đầy đủ và phù hợp sẽ giúp cho hợp đồng hành chính thực sự là phương thức hoạt động hiệu quả của nhà nước và sự tham gia tư nhân vào cung cấp dịch vụ công, đáp ứng nhu cầu của nhân dân.

KẾT LUẬN LUẬN ÁN

Hợp đồng hành chính là một loại hợp đồng mang hai tính chất công và tư nên áp dụng theo các quy định của luật công và luật tư. Tính chất của hợp đồng hành chính chi phối tới các quá trình của hợp đồng từ giao kết hợp đồng, nội dung hợp đồng, chấm dứt hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng. Về phía cơ quan công quyền công quyền là một bên trong hợp đồng có nhiều đặc quyền hơn bên còn lại của hợp đồng (thường là bên tư nhân) để bảo vệ lợi ích công của quốc gia, cộng đồng địa phương. Trên cơ sở nghiên cứu lý luận và pháp luật về hợp đồng hành chính ở các quốc gia Pháp, Đức, Anh, Mỹ, Trung Quốc nghiên cứu so sánh với Việt Nam, tác giả nhận thấy hợp đồng hành chính nên được tiếp nhận và chính thức ghi nhận trong pháp luật Việt Nam. Về mặt nhận thức, có thể nhận thấy để có pháp luật điều chỉnh về HĐHC ở Việt Nam một cách hiệu quả cần sự thay đổi trong nhận thức, để nhận diện HĐHC là một loại hợp đồng độc lập, tồn tại bên cạnh các HĐ dân sự, thương mại. Như chương lý luận của luận án đã đưa ra những đặc điểm riêng biệt của HĐHC đòi hỏi quy chế pháp lý phù hợp hơn. Một vấn đề khác nữa cần nghiên cứu chuyên sâu và cần được thống nhất ở Việt Nam đó là quan niệm về luật công và luật tư không có sự phân biệt rõ ràng. Trong khi đó, HĐHC được điều chỉnh chủ yếu theo quy chế của luật công, sự không phân biệt rõ ràng luật công và luật tư sẽ là một trong những khó khăn trong thiết lập các quy định điều chỉnh HĐHC. Đồng thời, các giải pháp hoàn thiện về luật hình thức và nội dung được đưa ra để quy chế pháp lý về hợp đồng hành chính được xây dựng đầy đủ, thống nhất tạo điều kiện cho hoạt động của cơ quan công quyền hiệu quả hơn, phát triển mạnh mẽ lĩnh vực kinh tế đối tác công tư trong cung ứng dịch vụ công, đáp ứng tốt hơn các nhu cầu của nhân dân trong giai đoạn hiện nay.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

A. CÁC VĂN BẢN PHÁP LUẬT

1. Quốc hội (2013), Hiến pháp
2. Quốc hội (2020), Luật đầu tư
3. Quốc hội (2020), Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư
4. Quốc hội (2015), Bộ luật dân sự
5. Quốc hội (2010), Luật viên chức sửa đổi 2019
6. Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU, 2015
7. Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018 về đầu tư theo hình thức đối tác công tư
8. Nghị định 35/2021/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020
9. Nghị định 28/2021/NĐ-CP ngày 26 tháng 3 năm 2021 quy định cơ chế quản lý tài chính dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư
10. Nghị định 29/2021/NĐ-CP ngày 26 tháng 3 năm 2021 quy định về trình tự, thủ tục thẩm định dự án quan trọng quốc gia và giám sát, đánh giá đầu tư
11. Thông tư số 09/2021/TT-BKHĐT ngày 16/11/2021 về hướng dẫn chi tiết việc lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án PPP và dự án đầu tư có sử dụng đất.

B. TÀI LIỆU THAM KHẢO KHÁC

TIẾNG VIỆT

12. Chu Văn Thành (2007), *Dịch vụ công – Đổi mới quản lý và cung ứng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị Quốc Gia.
13. Dương Quốc Chính (2022), “Tác động của cách mạng công nghiệp 4.0 đến hoạt động cung ứng dịch vụ hành chính công ở Việt Nam”, *Tạp chí quản lý nhà nước*, năm 2022.
14. Đảng cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nxb Chính trị Quốc Gia Sự Thật, tập 1.
15. Đảng cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nxb Chính trị Quốc Gia Sự Thật, tập 2.

16. Đào Đăng Kiên (2002), *Hợp đồng hành chính và việc áp dụng trong quản lý nhà nước về kinh tế*, Đề tài khoa học cấp Bộ, Học viện Hành chính quốc gia.
17. Nguyễn Trọng Bình (2017), Đặc trưng của nền hành chính phục vụ, *Tạp chí tổ chức nhà nước* 2017
18. Nguyễn Cửu Việt (2010), *Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb Đại học quốc gia Hà Nội
19. Nhà Pháp luật Việt Pháp (2009), *Từ điển thuật ngữ Pháp – Việt*, NXB từ điển bách khoa.
20. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật hợp đồng – phần chung (dùng cho đào tạo sau đại học)*, Nxb ĐHQG Hà Nội
21. Nguyễn Hoà Bình (2022), “Định hướng cải cách tư pháp ở Việt Nam”, *Tạp chí điện tử Lý luận chính trị*, 2022.
22. Mai Hữu Khuyêm (2002), *Từ điển giải thích thuật ngữ hành chính*, Nxb Lao động, Hà Nội.
23. M. Lombard, Gilles Dumont (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb Tư pháp.
24. Lê Chi Mai (2004), *Quản lý dịch vụ công*, NXB Thống Kê, Hà Nội.
25. Lê Chi Mai (2003), *Cải cách dịch vụ công ở Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia.
26. Lê Chi Mai, “Áp dụng giá dịch vụ trong cải cách cung ứng dịch vụ công”, *Tạp chí quản lý nhà nước*, số 258 (7/2017).
27. Phạm Hồng Thái (2016), *Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*, Sách chuyên khảo, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.
28. Phạm Hồng Thái (2013), “Hợp đồng hành chính - hình thức hoạt động hành chính nhà nước”, *Tạp chí Tổ chức nhà nước*, số 1/2013.
29. Phạm Trọng Nghĩa (2010), “Về cấy ghép pháp luật”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 8 (169).

30. Phan Thông Anh (2011), “Quyền tự do giao kết hợp đồng ở Việt Nam – Lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí nghiên cứu lập pháp*, Số 23(208), tháng 12, năm 2011.
31. Hà Thị Út (2021), “Hợp đồng hành chính – tiếp cận từ lý thuyết quản trị nhà nước tốt”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 05/2021.
32. Hà Thị Út (2021), “Một số điểm mới của Hợp đồng đối tác công tư trong Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020”, *Tạp chí nghề luật*, số 04/2021.
33. Hà Thị Út (2021), “Pháp luật về hợp đồng đối tác công tư trong cung ứng dịch vụ công – kinh nghiệm của một số quốc gia và định hướng hoàn thiện ở Việt Nam”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, tháng 6/2021.
34. Tạ Quang Ngọc, “Quản lý nhà nước đối với dịch vụ công trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa”, *Tạp chí tổ chức nhà nước*, số 6/2021.
35. Trần Cao Tùng (2019), “Cung cấp dịch vụ công trực tuyến của một số nước trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam”, *Tạp chí quản lý nhà nước*.
36. Vũ Công Giao, Bùi Tiến Đạt, Nguyễn Thị Minh Hà (2020), *Dịch vụ công – một số vấn đề lý luận, pháp lý và thực tiễn*, Nxb Tư pháp.
37. Viac (2020), *Tài liệu Tọa đàm về góp ý dự thảo Luật đầu tư theo Phương thức đối tác công tư - hợp đồng PPP và giải quyết tranh chấp*.

TIẾNG NƯỚC NGOÀI

38. Administrative Litigation Law of China 2014
39. Civil Code of French 1804, revised 2016
40. Contract law of The people’s republic of China 1999
41. Public Contracts Regulations of United Kingdom 2015
42. The federal Administrative Procedure Act of 1976 (Germany)
43. The Concession Contracts Regulations of United Kingdom 2016
44. The General Administrative Law of Mongolia 2006
45. The Arbitration Act 1996 (United Kingdom)

46. Public Procurement and Concession Agreements Code of French 2018
47. *Carltona v Commissioners of works* (1943) 2 All ER 560
48. *R v Lewisham LBC, ex p Shell* (1988) 1 All ER 938
49. *Stagecoach East Midlands Trains Ltd & Others v. The Secretary of State for Transport*, 2020
50. A.C.L Davies (2008), *The public law of government contracts*, Oxford University Press.
51. Arnold Kaluzny, Donna M.O'Brien (2015), *Managing Disruptive Change in Healthcare Lessons from a Public-Private Partnership to Advance Cancer Care and Research*, Oxford University Press.
52. Alan W. Mewett, *"The theory of contracts"*, Mc Grill Law Journal, 1960.
53. Asian Development Bank, "Public-Private Partnership Handbook".
54. Annalisa Aschieri (2014), "Non-Financial Benefits: Another Reason to Foster the Promotion of PPPs as a Viable Alternative for Public Service Delivery", 9 *Eur. Procurement & Public - Private Partnership Law Review*.
240. Nguồn: Heinonline.org.
55. Allen & Overy, EPEC (2013), *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts: Review of current European practice and guidance*, European Investment Bank
56. Agnieszka Grzesiok-Horosz; Piotr Horosz, "Contracts in Public Administration", *Acta U. Danubius Jur.* 17 (2011). Nguồn: Heinonline.org.
57. Ayoub M. Al-Jarbou (2011) , "Administrative Contracts under Saudi Arabian Law", 41 *Public Law Journal*. Nguồn Heinonline.org.
58. Bertrand du Marais, PPP Contracts in France through the 2015-2016 "Big Bang Reform", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* Vol. 13, No. 1 (2018).
59. Catalin-Silviu Sararu, "The Termination of Administrative Contracts in the Romanian and French Law", *Acta U. Danubius Jur.* 17 (2011). Nguồn: Heinonline.org.

60. Cristina Ionas (2012), "The administrative agreement as a legal form for public services in comparative and Roman law", *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, Vol. 5 (54) No. 1.
61. Eberle, Edward J. (2011) "The Methodology of Comparative Law," *Roger Williams University Law Review*: Vol. 16: Iss. 1, Article 2, tr.54.
62. Klaus Felsing (2008), *Public - Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank, Philippines.
63. G. R. Diaz (2017), "The contractual and administrative regulation of public-private partnership", *Utilities Policy Journal*, Vol. 48-2017.
64. E. H. Klijn et al. (2016), "The impact of contract characteristics on the performance of public-private partnerships (PPPs)", *Public Money & Management Journal*, University of Cambridge, Vol. 36(6).
65. Peter Vincent-Jones (2006), *The New Public Contracting*, Oxford University Press.
66. William C. Johnson (2014), *Public Administration Partnerships in Public Service*, Waveland Press, 5th edition, 2014.
67. Patrick Mitchell and Matthew Job (2021), *The Public-Private Partnership Law Review*, Herbert Smith Freehills LLP, Edition 7.
68. Osborne, David and Gaebler, Ted, *Reinventing Government*. Boston, MA: Addison-Wesley Publishing (1992).
69. Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Stefan Vogenauer (2019), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing.
70. Harry A. Patrinos, Flipe B. Osorio, J. Guáqueta (2009), "The Role and Impact of Public Private Partnerships in Education", World Bank
71. UNCITRAL (2020), *Legislative Guide on Public-Private Partnership*, UN Publication
72. John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker (2008), *Principles of French Law*, Oxford University Press.

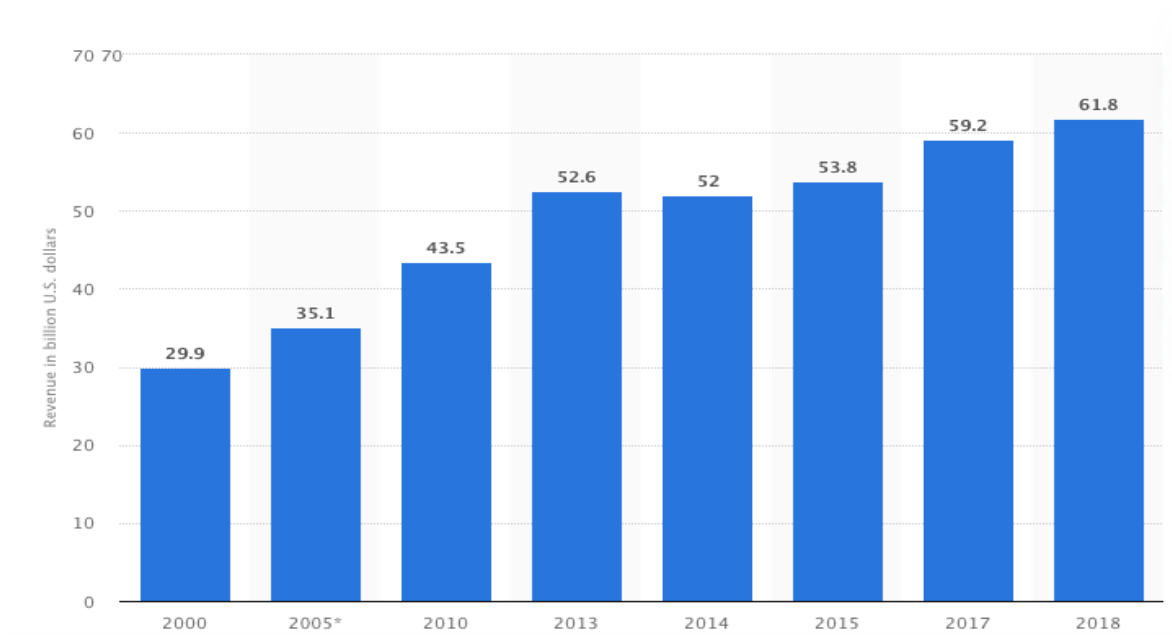
73. Steven Feldman, W. Keyes (2016), *Government Contracts In A Nutshell*, 6th (West Nutshell Series), West Academy
74. S. L. Robertson, K. Mundy, A. Verger và F. Menashy (2012), *“Public Private Partnerships in Education: New Actors and Modes of Governance in a Globalizing World”*, Edward Elgar Publishing Limited.
75. Jean-Baptiste SEUBE, Contrats de droit prive – contrats administratifs: points de convergence ? RJOI Numéro 6 - Année 2005-2006
76. Thomas Schmitz (2013), The administrative procedure in German administrative law.
77. Singh M.P, 1985, *German Administrative Law*, Springer, Berlin, Heidelberg
78. Liana Pascariu; Irina Adriana Bilouseac (2015), “Aspects regarding Making Public Services through Administrative Contracts”, 2 *Eur. J. L. & Pub. Admin.* 39.
79. Iulian Nedelcu (2017), “Administrative contract in Romanian Legislation and the doctrine during the inter-war period”, *Academic Journal of Law and Governance No. 5*.
80. Gabriela Shalev (1979), “Administrative Contracts”, *Israel Law Review*, Vol 14.
81. The Hon Km Hayne AC (2017), “Government Contracts and Public Law”, *Melbourne University Law Review Annual Lecture*, Melbourne.
82. Artan Spahiu (2017), “Public Interest Opposite the Freedom of Contractual Will in Administrative Contracts in the Republic of Albania”, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, Vol6 No2.
83. Yuan, Y. (2019). New Mechanism for BOT Contract Dispute Resolution in China. *PM World Journal*. Vol. VIII, Issue I (January).
84. Jihong Wang (2020). A general introduction to public-private partnerships in China.

C. WEBSITE

85. <https://tks.edu.vn>

86. <http://baokiemtoannhanuoc.vn>
87. <http://www.lapphap.vn>
88. <http://www.medinet.hochiminhcity.gov.vn>
89. <https://vneconomy.vn>
90. www.trungtamwto.vn
91. www.viac.vn
92. www.congluan.vn
93. www.dangcongsan.vn
94. <https://thelawreviews.co.uk>
95. <https://www.sharpepritchard.co.uk>
96. www.legislation.gov.uk
97. <https://www.ceep.eu>
98. <https://thelawdictionary.org>
99. <https://bpp.worldbank.org>
100. www.jstor.org
101. Heinonline.org.

PHỤ LỤC 1
DOANH THU CỦA NGÀNH CÔNG NGHIỆP NƯỚC SẠCH MỸ TỪ NĂM
2000 ĐẾN 2018 (TÍNH BẰNG TỶ ĐÔ LA MỸ)



(Nguồn: <https://www.statista.com/>)

PHỤ LỤC 2
SỐ LƯỢNG DỰ ÁN ĐỐI TÁC CÔNG TƯ Ở VIỆT NAM

(tính tới tháng 01 năm 2019)

TT	Lĩnh vực dự án	Số lượng	Tổng mức đầu tư (tỷ đồng)
1	Giao thông vận tải	220	672.345
2	Nhà tái định cư, ký túc xá...	32	12.356
3	Trụ sở làm việc	20	39.793
4	Năng lượng	18	857.209
5	Cấp nước, thoát nước, môi trường	18	21.716
6	Y tế, văn hóa, thể thao	11	4.632
7	Giáo dục đào tạo, chợ	17	1.284
	Tổng cộng	336	1.609.335

Nguồn: Báo cáo của Chính Phủ về thực hiện dự án đối tác công tư

PHỤ LỤC 3

MẪU MA TRẬN RỦI RO TRONG HỢP ĐỒNG ĐỐI TÁC CÔNG TƯ TẠI PHÁP

Loại rủi ro	Nhà nước	Tư nhân	Cùng chia sẻ
RỦI RO TRONG CẤP VỐN			
Điều kiện cấp vốn			X
Thay đổi lãi suất trước ngày có hiệu lực	X		
Chỉnh sửa/chi phí thay đổi tỉ giá cố định trước ngày có hiệu lực			X
Cơ hội tái cấp vốn			X
RỦI RO TRONG THIẾT KẾ			
Chương trình sai sót về mặt chức năng	X		
Chênh lệch giữa nhu cầu của chương trình và đề xuất kỹ thuật của Nhà thầu			X
Thiết kế không phù hợp với Hợp đồng		X	
Điểm không phù hợp trong các nghiên cứu			X
Thay đổi thẩm quyền hành chính do ràng buộc bên ngoài			X
Các sửa đổi do Thay đổi trong Luật pháp sau ngày nộp giấy phép xây dựng			X

Xác nhận của chính quyền về các yếu tố sai sót của thiết kế	x		
RỦI RO TRONG THI CÔNG			
Rủi ro không lựa chọn được nhà thầu	x		
Rủi ro pháp lý trong đấu thầu	x		
Không lấy các giấy phép hành chính đúng hạn			x
Thu hồi hoặc truy đòi giấy phép hành chính			x
Hủy bỏ ủy quyền hành chính			x
Chậm tiến độ do việc điều tra công khai và thông qua việc thu hồi đất			x
Hủy bỏ, chấm dứt hợp đồng theo quyết định tài phán	x		
Liên kết không hiệu quả giữa thiết kế và thi công		x	
Tình huống không lường trước được			x
Phát hiện di vật khảo cổ			x
Rủi ro liên quan đến tình trạng của đất đai, thổ nhưỡng và của lòng đất			x
Tuân thủ tiêu chuẩn, yêu cầu chức năng		x	
Những thay đổi được áp đặt bởi một thay đổi về mặt luật pháp			x

Cung cấp đất của chính quyền địa phương	x		
Chậm trễ liên quan đến ngày khả dụng theo hợp đồng		x	
Chậm trễ trong việc tháo dỡ		x	
An toàn tại công trường		x	
Doanh nghiệp phá sản			x
Doanh nghiệp mất khả năng thanh toán			x
Nhà cung cấp dịch vụ của doanh nghiệp vi phạm		x	
Rủi ro về đình công			x
Các thay đổi do chính quyền quyết định	x		
Các sửa đổi do doanh nghiệp đề xuất		x	
Những khó khăn liên quan đến việc đưa thành phẩm ra công chúng			x
Khuyết điểm tiềm ẩn		x	
Doanh nghiệp không thực hiện các thay đổi do chính quyền quyết định		x	
Ước tính không chính xác các chi phí, mô hình kinh tế vĩ mô, chi phí phụ trợ thiết kế-xây dựng		x	
Thay đổi về thuế			x
RỦI RO TRONG BẢO TRÌ – BẢO DƯỠNG			

Không tuân thủ các mục tiêu hiệu suất			X
Các thay đổi do quyết định của chính quyền địa phương	X		
Ước tính chi phí sai lệch cho hoạt động bảo trì, bảo dưỡng		X	
Ước tính sai lệch về mức tiêu thụ năng lượng			X
Thay đổi chi phí năng lượng	X		
Đánh giá thấp các bảo trì đổi mới lớn		X	
Không tuân thủ Chương trình Bảo trì			X
Đánh giá quá cao giá trị còn lại của cơ sở hạ tầng			X
Sự cố bên ngoài			X
Phá hủy toàn bộ hoặc một phần công trình			X
Bất kỳ thiệt hại do nhân viên/nhà thầu phụ của doanh nghiệp		X	

(Nguồn: Banque des Territoires – Guide méthodologique pour accompagner la mise en œuvre d'un marché de partenariat)./.