

# ĐÀM PHÁN CẠNH TRANH TRONG LỰA CHỌN NHÀ ĐẦU TƯ DỰ ÁN ĐỐI TÁC CÔNG TƯ SỬ DỤNG CÔNG NGHỆ CAO VÀ CÔNG NGHỆ MỚI

CAO THỊ THÙY NHƯ

Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. HCM  
Faculty of Law, University of Economics and Law, National University Ho Chi Minh City  
Email: nhuctt@uel.edu.vn

## Tóm tắt

Đàm phán cạnh tranh là hình thức lựa chọn nhà đầu tư mới được ghi nhận trong Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020, áp dụng cho một số dự án đối tác công tư có tính chất đặc thù. Với mục đích làm rõ những vấn đề pháp lý xoay quanh đàm phán cạnh tranh, bài viết sẽ phân tích bản chất của hình thức đàm phán cạnh tranh trong sự so sánh với hình thức đấu thầu truyền thống, luận giải sự phù hợp của đàm phán cạnh tranh khi áp dụng để lựa chọn nhà đầu tư dự án đối tác công tư sử dụng công nghệ cao và công nghệ mới, đồng thời chỉ ra những mặt trái của hình thức lựa chọn nhà đầu tư này cùng một số khuyến nghị.

**Từ khóa:** đàm phán cạnh tranh, lựa chọn nhà đầu tư, dự án đối tác công tư

## Abstract

Competitive dialogue is a new method of selecting investors that is regulated in the 2020 Public-Private Partnership Investment Law. This method has been applied to many public-private partnership projects of a specific nature. To clarify any legal issues related to competitive dialogue, this article will analyse its nature compared to traditional bidding, explain why competitive dialogue is appropriate for selecting investors for high and new technology public-private partnership projects, and point out the downsides of this form of investor selection with recommendations.

**Keywords:** competitive dialogue, investor selection, public-private partnership projects

**Ngày nhận bài:** 10/01/2024

**Ngày duyệt đăng:** 15/03/2024

Lựa chọn nhà đầu tư (NĐT) là một giai đoạn trong vòng đời dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư (*public-private partnership*, PPP), được thực hiện sau giai đoạn chuẩn bị dự án và trước giai đoạn thực hiện hợp đồng dự án. Trong đó, việc lựa chọn NĐT theo hình thức nào là vấn đề rất quan trọng, được xác định ngay trong giai đoạn chuẩn bị dự án. Yêu cầu đặt ra khi thiết kế hình thức lựa chọn NĐT đó là phải phù hợp với đặc thù của dự án, phù hợp với đầu ra của dự án, đồng thời phải thể hiện tính minh bạch, cạnh tranh, hạn chế rủi ro tham nhũng tiềm ẩn.<sup>1</sup>

Theo pháp luật PPP hiện hành, ba hình thức lựa chọn NĐT được ghi nhận, đó là đấu thầu, đàm phán cạnh tranh và chỉ định NĐT. Trong đó, đàm phán cạnh tranh (ĐPCT) là hình thức lựa chọn NĐT lần đầu tiên được ghi nhận trong Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020 (viết tắt Luật PPP năm 2020), được sử dụng để lựa chọn NĐT những dự án PPP đặc thù, trong đó có dự án sử dụng công nghệ cao và công nghệ mới (dự án PPP công nghệ). Đây là hình thức lựa chọn NĐT đã được áp dụng phổ biến trên thế giới, nhưng vẫn khá mới mẻ ở Việt Nam. Sự nhận thức chưa đầy đủ về

1 UNCITRAL, *Legislative Guide on Public - Private Partnerships*, Austria, Đoạn 1 Mục III-A, 2020, tr. 81.

ĐPCT cũng như mặt trái của hình thức lựa chọn NĐT này có thể dẫn đến những rủi ro pháp lý cho cơ quan có thẩm quyền (CQCTQ), gia tăng chi phí lựa chọn NĐT, kéo dài tiến độ dự án cùng với những tranh chấp pháp lý giữa các bên liên quan. Điều này đòi hỏi cần có sự nghiên cứu thấu đáo về ĐPCT với tư cách là hình thức lựa chọn NĐT đặc thù áp dụng với dự án công nghệ, từ đó đưa ra những đề xuất pháp lý thích hợp.

Bài viết làm rõ bản chất của ĐPCT và sự khác biệt với hình thức đấu thầu truyền thống, từ đó phân tích đặc thù của dự án PPP công nghệ và chỉ ra lý do cho sự phù hợp của loại dự án này với hình thức ĐPCT. Cuối cùng, bài viết chỉ ra những mặt trái của ĐPCT, rủi ro pháp lý mà CQCTQ có thể đối mặt khi sử dụng ĐPCT cùng một số khuyến nghị.

## 1. Đàm phán cạnh tranh và sự khác biệt với hình thức đấu thầu

### 1.1. Khái niệm và bản chất của đàm phán cạnh tranh

ĐPCT là hình thức lựa chọn NĐT lần đầu tiên được ghi nhận trong Luật PPP năm 2020. Nếu so sánh với quy định của pháp luật đấu thầu về lựa chọn nhà thầu dự án đầu tư công, ĐPCT được xem là hình thức lựa chọn NĐT đặc thù chỉ áp dụng cho dự án PPP, bởi Luật Đấu thầu 2023 không đề cập ĐPCT với tư cách là một trong những hình thức lựa chọn nhà thầu.<sup>2</sup> Dù vậy, Luật PPP 2020 không đưa ra khái niệm chính thức về ĐPCT.

Tham khảo một số tài liệu nghiên cứu ở nước ngoài, khái niệm ĐPCT trong pháp luật Việt Nam khá tương đồng với khái niệm đối thoại cạnh tranh (*competitive dialogue*, CD). Theo đó, CD là phương thức được sử dụng để lựa chọn đối tác tư nhân trong trường hợp phía đối tác công biết mục tiêu mà dự án mong muốn đạt được, nhưng lại thiếu kiến thức về các phương tiện và phương pháp để đạt được mục tiêu.<sup>3</sup> Khi đó, CD sẽ mở ra khả năng đối thoại giữa CQCTQ và các NĐT nhằm phát triển giải pháp tối ưu phù hợp nhu cầu của CQCTQ.<sup>4</sup> CD cho phép CQCTQ không chỉ lựa chọn NĐT trên cơ sở giải pháp kỹ thuật và giá cả như những phương pháp lựa chọn NĐT truyền thống, mà còn trao quyền rất lớn cho CQCTQ trong việc quyết định lựa chọn NĐT theo đánh giá riêng của họ một cách linh hoạt.<sup>5</sup>

Khái niệm CD cũng đã được ghi nhận trong Luật mẫu của một số khu vực và tổ chức quốc tế. Theo Luật mẫu về PPP của khối CIS (*CIS Model PPP Law*), trong những trường hợp phức tạp mà CQCTQ không thể xác định

2 Điều 99 Luật PPP 2020, Điều 89 Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư, Điều 3.3 và Điều 20 Luật Đấu thầu 2023.

3 Slađana Sredojević & Predrag N. Cvetković, “Competitive dialogue as an instrument for the implementation of Public Private Partnerships in the Republic of Serbia”, *Economic Themes*, số 4(51), 2013, tr. 729-742.

4 Giulia Buccino, Elisabetta Iossa, Biancamaria Raganelli & Mate Vincze, “Competitive dialogue: an economic and legal assessment”, *Journal of Public Procurement*, số 2(20), 2020, tr. 163-185.

5 Nicola Doni, “A comparison of alternative procedures for the selection of the private partner in PPP projects”, 2007, <http://www.siepwweb.it/siepw/wp/wp-content/uploads/2021/10/200895.pdf>, truy cập ngày 22/02/2024.

được yêu cầu của dự án thì Luật mẫu cho phép CQCTQ tạo ra một cuộc đối thoại cạnh tranh. Trong cuộc đối thoại đó, các đối tác tư nhân cùng thảo luận với CQCTQ để xác định cấu trúc phù hợp cho dự án, và những NĐT được mời tham dự cuộc đối thoại này sau đó sẽ được mời dự thầu.<sup>6</sup>

Luật mẫu về PPP của UNCITRAL cũng ghi nhận một hình thức lựa chọn NĐT tương tự, tạm gọi là “yêu cầu đề xuất bằng đối thoại” (*request for proposals with dialogue*). Hình thức này sẽ được áp dụng trong trường hợp CQCTQ không thể xây dựng mô tả chi tiết về đối tượng của việc mua sắm và CQCTQ đánh giá rằng cần phải đối thoại với các NĐT để đạt được giải pháp thỏa đáng nhất cho nhu cầu mua sắm của mình.<sup>7</sup> Việc đối thoại sẽ được tiến hành đồng thời với từng NĐT. Sau cuộc đối thoại, CQCTQ sẽ yêu cầu các NĐT đưa ra đề xuất tốt nhất và cuối cùng (*best and final offer*, BAFO) đối với tất cả các khía cạnh trong đề xuất của họ; và đây cũng chính là cơ sở để CQCTQ đánh giá và đưa ra quyết định lựa chọn NĐT.<sup>8</sup>

Tựu trung lại, CD được hiểu là hình thức lựa chọn NĐT được áp dụng đối với những dự án PPP có tính chất phức tạp mà phía nhà nước không thể xác định chính xác cách thức thực hiện dự án. Khi đó, quá trình tìm kiếm NĐT sẽ được thực hiện qua nhiều vòng đối thoại, và kết quả cuối cùng sẽ là việc lựa chọn được một NĐT sở hữu giải pháp tốt nhất và cuối cùng cho dự án. So với các hình thức lựa chọn NĐT khác, CD có giai đoạn đối thoại giữa CQCTQ và các NĐT quan tâm. Và cũng chính điểm đặc trưng này giúp CD trở thành hình thức lựa chọn NĐT chỉ phù hợp với một số loại dự án đặc thù.

### **1.2. Phân biệt đàm phán cạnh tranh với đấu thầu**

Mỗi hình thức lựa chọn NĐT đều được thiết kế để phù hợp với những loại dự án khác nhau và nhằm đạt được những mục đích khác nhau. ĐPCT với những đặc điểm riêng, cũng có sự khác biệt với các hình thức lựa chọn NĐT khác. Trong đó, chỉ định NĐT là hình thức lựa chọn NĐT đặc biệt, áp dụng trong những trường hợp rất hạn chế và không tồn tại yếu tố cạnh tranh. Vậy nên, trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ so sánh ĐPCT với đấu thầu – hình thức lựa chọn NĐT có tồn tại yếu tố cạnh tranh tương tự ĐPCT.

*Thứ nhất*, về loại dự án được áp dụng, ĐPCT được sử dụng cho những dự án có đầu ra phức tạp mà phía nhà nước không thể xác định được yêu cầu của dự án và giải pháp thực hiện dự án. Thông thường, lĩnh vực đầu tư dự án là những lĩnh vực đòi hỏi giải pháp sáng tạo, không phải là những hàng hóa, dịch vụ có sẵn và có thể mua sắm một cách đơn giản. Ở châu Âu, một số loại dự án áp dụng phổ biến hình thức ĐPCT là dự án thuộc lĩnh vực y tế, giáo dục, phát triển nhà ở, hạ tầng giao thông, nghiên cứu và phát triển liên quan

6 Điều 26.6 CIS Model PPP Law 2014.

7 Điều 13.2 UNCITRAL Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships 2020.

8 Điều 18 UNCITRAL Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships 2020. UNCITRAL, *uldd*, đoạn 60 Mục III-C-1(c), tr. 101.

đến nhà ở và tiện ích cộng đồng.<sup>9</sup> Tuy vậy, lĩnh vực đầu tư không phải là yếu tố quyết định, thay vào đó CQCTQ phải chứng minh được tính phức tạp của dự án để được áp dụng hình thức ĐPCT.

Ngược lại, đấu thầu được sử dụng cho những dự án mà nhà nước có khả năng xác định yêu cầu của dự án và giải pháp thực hiện dự án. Khi đó, CQCTQ sẽ tự mình xây dựng sản phẩm dự kiến của dự án và kêu gọi đầu tư theo hình thức đấu thầu. Tuy vậy, điều này không có nghĩa rằng nhà nước có thể áp đặt toàn bộ “đầu ra” của dự án như trong dự án đầu tư công. Thay vào đó, CQCTQ sẽ thiết lập yêu cầu về hàng hóa, dịch vụ được cung cấp sau khi dự án hoàn thành và NĐT sẽ đề xuất giải pháp tốt nhất nhằm đạt được yêu cầu đó.<sup>10</sup>

*Thứ hai*, về vị trí của giai đoạn lựa chọn NĐT (bằng hình thức ĐPCT hoặc đấu thầu) trong quy trình triển khai dự án PPP, với lập luận rằng dự án PPP (vốn dĩ thuộc trách nhiệm đầu tư công) được thực hiện theo nhu cầu của nhà nước chứ không phải NĐT, thông thường nhà nước sẽ là chủ thể có trách nhiệm chuẩn bị dự án. Sau đó, căn cứ vào phương án thực hiện dự án thể hiện trong Báo cáo nghiên cứu khả thi được phê duyệt, CQCTQ sẽ tiến hành lựa chọn NĐT đáp ứng yêu cầu. Nói cách khác, việc lựa chọn NĐT được thực hiện sau khi dự án đã được phê duyệt và phương án thực hiện dự án đã được thông qua. Khi đó, giai đoạn lựa chọn NĐT chỉ được tiến hành nhằm mục đích tìm kiếm NĐT có năng lực thực hiện dự án theo phương án mà phía nhà nước đã vạch ra.<sup>11</sup>

Ngược lại, trong hình thức ĐPCT, giai đoạn lựa chọn NĐT được thực hiện sau khi dự án được quyết định chủ trương đầu tư và trước khi dự án được phê duyệt. Cụ thể, phía nhà nước chỉ xây dựng Báo cáo nghiên cứu tiền khả thi (thể hiện sơ bộ phương án thực hiện dự án) làm cơ sở quyết định chủ trương đầu tư. Sau đó, quy trình lựa chọn NĐT (trong đó có bước đàm phán) sẽ được tiến hành nhằm tìm ra phương án tốt nhất thực hiện dự án và xác định NĐT sở hữu phương án đó. NĐT trúng thầu sẽ là chủ thể lập Báo cáo nghiên cứu khả thi (thể hiện chi tiết phương án thực hiện dự án) làm cơ sở để dự án được phê duyệt và thực hiện.<sup>12</sup>

*Thứ ba*, về sự tồn tại của bước đàm phán trong quy trình lựa chọn NĐT, đàm phán là bước có vai trò quan trọng nhất trong quy trình ĐPCT, thể hiện đặc thù của ĐPCT so với các hình thức lựa chọn NĐT khác, và do đó đương nhiên không tồn tại trong quy trình đấu thầu. Theo đó, trong ĐPCT, CQCTQ không lập hồ sơ mời thầu trước vì chưa thể xác định chính xác yêu cầu và giải pháp thực hiện dự án. Bước đàm phán khi đó sẽ được thực hiện trước để làm tiền đề cho bước đấu thầu.<sup>13</sup> Cũng chính vì lý do trên, CQCTQ

9 Giulia Buccino, Elisabetta Iossa, Biancamaria Raganelli & Mate Vincze, *ltd*.

10 UNCITRAL, *ltd*, đoạn 20-21 Mục 3-A-III, 2020, tr. 86-87.

11 Phụ lục I Nghị định số 35/2021/NĐ-CP.

12 Phụ lục III Nghị định 35/2021/NĐ-CP.

13 Phụ lục I, III Nghị định 35/2021/NĐ-CP.

cần đảm bảo rằng bước đàm phán sẽ giải quyết triệt để những vấn đề mà sau bước đàm phán không thể tiếp tục đàm phán được nữa, đặc biệt là vấn đề tài chính, kỹ thuật, pháp lý.<sup>14</sup>

## **2. Khả năng áp dụng hình thức đàm phán cạnh tranh cho dự án đối tác công tư công nghệ**

### **2.1. Sự phù hợp của hình thức đàm phán cạnh tranh đối với dự án đối tác công tư công nghệ**

Như đã phân tích, ĐPCT là hình thức lựa chọn NĐT phù hợp với những dự án phức tạp mà CQCTQ không thể xác định chính xác giải pháp thực hiện dự án. Sự phức tạp ở đây thể hiện ở nhiều khía cạnh, bao gồm mặt kỹ thuật (đặc biệt là về công nghệ), tài chính và pháp lý. Đây cũng chính là một trong những tiêu chí được đặt ra như điều kiện để CQCTQ được phép sử dụng ĐPCT.<sup>15</sup> Xét riêng dự án công nghệ, đây được xem là loại dự án phức tạp điển hình mà hầu hết các quốc gia đều cho phép áp dụng ĐPCT, được ghi nhận trong Chỉ thị về mua sắm công của EU và Hướng dẫn lập pháp về PPP (kèm theo Luật mẫu về PPP) UNCITRAL. Có thể lược dẫn một số điểm chính như sau:

(i) Theo Chỉ thị 2014/24/EU,<sup>16</sup> CD là thủ tục mua sắm phù hợp với dự án phức tạp mà các phương thức mua sắm truyền thống đã được thiết lập nhưng không phù hợp. CQCTQ đã nỗ lực nhưng không thể xác định được cách thức thực hiện dự án sao cho đáp ứng nhu cầu của họ. Dự án được xem là phức tạp khi dự án bao gồm các giải pháp thiết kế sáng tạo; hoặc dự án có cấu trúc tài chính hoặc pháp lý phức tạp; hoặc dự án tiềm ẩn những rủi ro gắn với các yếu tố trên. Với đặc thù đó, CD được ưu tiên sử dụng cho những dự án đổi mới, dự án cơ sở hạ tầng giao thông tích hợp lớn, dự án mạng máy tính lớn, dự án công trình xây dựng mà không phải là công trình tiêu chuẩn, dự án công nghệ thông tin và truyền thông (*information-communication technology, ICT*). CQCTQ được phép đối thoại cho đến khi tìm được giải pháp ưng ý, so sánh các giải pháp để lựa chọn giải pháp tốt nhất.<sup>17</sup>

(ii) Theo Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, đối với những dự án cần tính sáng tạo của NĐT như dự án công nghệ, CQCTQ không thể đưa ra một thông số kỹ thuật đầy đủ, chi tiết khi mời thầu. Thay vào đó, cơ quan này chỉ có thể mô tả những yêu cầu cơ bản, tối thiểu về dự án và đầu ra (sản phẩm dự kiến) của dự án. NĐT sẽ tự tìm kiếm giải pháp kỹ thuật sáng tạo nhất để đáp ứng yêu cầu của phía nhà nước. Cuộc đối thoại sau đó giữa hai bên sẽ được diễn ra nhiều vòng. Qua mỗi vòng đối thoại, hai bên sẽ có những sự điều chỉnh thích hợp. Ở vòng đối thoại cuối cùng, hai bên sẽ chốt

14 Michael Burnett, "Conducting competitive dialogue for PPP projects - Towards an optimal approach?", *European Public Private Partnership Law Review*, số 4, 2009, tr. 190-198.

15 Slađana Sredojević & Predrag N. Cvetković, *tdđ*, 2013.

16 Chỉ thị số 2014/24/EU ngày 26/02/2014 của Hội đồng Liên minh châu Âu và Nghị viện châu Âu về mua sắm công.

17 Đoạn 42 và 43 Lời nói đầu; Điều 26 và 30 Chỉ thị 2014/24/EU.

giải pháp tốt nhất và cuối cùng cho dự án.<sup>18</sup>

Ở Việt Nam, tư duy lập pháp liên quan đến vấn đề lựa chọn NĐT dự án PPP công nghệ đã thay đổi qua quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật về PPP. Nghị định 15/2015/NĐ-CP không có sự phân biệt hình thức lựa chọn NĐT cũng như tình tự triển khai dự án công nghệ và các loại dự án khác.<sup>19</sup> Nghị định 63/2018/NĐ-CP sau đó đã có một bước chuyển trong tư duy về dự án PPP công nghệ. Theo đó, tình tự triển khai dự án PPP công nghệ có một điểm khác biệt cơ bản so với các loại dự án khác, đó là giai đoạn lựa chọn NĐT được triển khai sau khi dự án được quyết định chủ trương đầu tư thay vì sau khi dự án được phê duyệt.<sup>20</sup> Sự khác biệt này thể hiện ý đồ của nhà làm luật, đó là khai thác tính sáng tạo của NĐT trong dự án công nghệ. Theo đó, NĐT trúng thầu (chứ không phải Nhà nước) mới là người có khả năng đề xuất giải pháp công nghệ tốt nhất cho dự án và cũng chính là người chịu trách nhiệm lập Báo cáo nghiên cứu khả thi cho dự án.<sup>21</sup> Tuy nhiên, Nghị định 63/2018/NĐ-CP lại chưa ghi nhận hình thức lựa chọn NĐT đặc thù sử dụng cho dự án công nghệ.<sup>22</sup> Đây cũng chính là khiếm khuyết của Nghị định 63/2018/NĐ-CP khi tư duy lập pháp liên quan đến loại dự án đặc thù này vẫn chưa thực sự hoàn chỉnh.

Hiện tại, Luật PPP năm 2020 của Việt Nam đã chính thức ghi nhận dự án công nghệ<sup>23</sup> là loại dự án được lựa chọn NĐT theo hình thức ĐPCT.<sup>24</sup> Sở dĩ dự án công nghệ được đánh giá là dự án phức tạp cần đàm phán với NĐT là vì trong loại dự án này, công nghệ là yếu tố then chốt quyết định sự thành công của dự án, trong khi đây lại là yếu tố thuộc khả năng làm chủ của NĐT chứ không phải của Nhà nước. Nếu Nhà nước tự xây dựng phương án thực hiện dự án và sau đó tìm kiếm NĐT thực hiện phương án đó, chưa tính đến việc Nhà nước khó có khả năng làm được, có chăng điều đó cũng sẽ cản trở khả năng sáng tạo của NĐT – yếu tố quyết định hiệu quả của dự án công nghệ.<sup>25</sup>

## **2.2. Hiệu quả của hình thức đàm phán cạnh tranh đối với dự án đổi tác công nghệ**

Mỗi hình thức lựa chọn NĐT đều được thiết kế với những đặc thù riêng để mang lại hiệu quả cho những loại dự án khác nhau. ĐPCT, với đặc thù của

18 UNCITRAL, *ltdđ*, đoạn 59–64 Mục III-C-1(c), 2020, tr. 101–102.

19 Điều 9 Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư.

20 Điều 9.3, 28.3 Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 10/5/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư.

21 Nguyệt Minh, “Tình tự thực hiện dự án PPP: Linh hoạt dự án công nghệ cao, chặt chẽ dự án BT”, *Báo Đấu thầu*, 2018, <https://baodauthau.vn/trinh-tu-thuc-hien-du-an-ppp-linh-hoat-du-an-cong-nghe-cao-chat-che-du-an-bt-post53374.html>, truy cập ngày 22/02/2024.

22 Điều 9 Nghị định số 25/2020/NĐ-CP ngày 28/02/2020 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư.

23 Xem thêm: Bảng số 1, Chương III, Phần 1, Phụ lục II Thông tư số 09/2021/TT-BKHĐT ngày 16/11/2021 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư và dự án đầu tư có sử dụng đất.

24 Điều 38.2, 38.3 Luật PPP 2020.

25 Minh Châu, “Thực hiện dự án PPP công nghệ cao: Tăng cường đối thoại công – tư”, *Báo Đấu thầu*, 2021, <https://baodauthau.vn/thuc-hien-du-an-ppp-cong-nghe-cao-tang-cuong-doi-thoai-cong-tu-post118251.html>, truy cập ngày 23/02/2024.

mình, được đánh giá là sẽ mang lại tác động tích cực cho cả hai phía đối tác công tư.<sup>26</sup> Trong đó, ưu điểm lớn nhất đó là gia tăng cơ hội tương tác giữa hai phía đối tác, giúp hai bên hiểu rõ hơn về đối tác của mình cũng như những rủi ro có thể phát sinh trong quá trình triển khai dự án và tìm kiếm giải pháp tốt nhất cho dự án. Có thể minh chứng cho những ưu điểm của ĐPCT bằng hai dự án đối lập sau:

- *Dự án thứ nhất: Cầu Oostenveel ở Bỉ*

Đây là dự án kết nối qua sông Scheldt nhằm hoàn thiện con đường vòng quanh Antwerp. Thủ tục mua sắm bắt đầu vào năm 2004 – thời điểm EU chưa sửa đổi Chỉ thị mua sắm công (trong đó ghi nhận hình thức CD) – và do đó CQCTQ phải mua sắm bằng hình thức đấu thầu với sự tham gia của bốn NĐT. Hồ sơ mời thầu được xây dựng vào năm 2005 với sự hỗ trợ của các nhà tư vấn, trong đó không đưa ra thiết kế chi tiết mà cho phép NĐT xây dựng thiết kế theo hướng tôn trọng tính sáng tạo. Sau đó, một đơn vị ký hợp đồng với CQCTQ đã cung cấp cho các NĐT một thiết kế mẫu và yêu cầu các NĐT cung cấp thiết kế chi tiết trên cơ sở thiết kế mẫu đã được cung cấp. Điều này trái ngược với hồ sơ mời thầu lúc đầu, trong đó cho phép NĐT được xây dựng thiết kế dựa trên ý tưởng sáng tạo.

Trước sự mâu thuẫn trên, một NĐT đã đề nghị CQCTQ làm rõ hồ sơ mời thầu. Đáp ứng yêu cầu, CQCTQ đã trả lời cho NĐT về việc thiết kế chi tiết phải dựa trên thiết kế mẫu mà đơn vị ký hợp đồng với CQCTQ đã cung cấp. Điều đáng lưu ý là CQCTQ chỉ trả lời cho NĐT đề nghị, chứ không thông báo cho ba NĐT còn lại. Điều này dẫn đến việc các NĐT còn lại bị động trong việc thay đổi lựa chọn thiết kế dự án và tính toán chi phí. Vì thế, sau vòng đánh giá đầu tiên, chỉ có hai NĐT với thiết kế phù hợp được giữ lại để đưa ra mức giá tốt nhất cuối cùng. Quá trình đấu thầu sau đó đã phải đối mặt với rủi ro pháp lý khi một NĐT khởi kiện CQCTQ tại tòa án quốc gia. Cuối cùng, quy trình mua sắm bị đình trệ vì lý do tăng chi phí, lỗi thủ tục và tranh chấp.<sup>27</sup>

Thất bại của dự án đặt ra câu hỏi: Liệu dự án có thành công nếu sử dụng hình thức ĐPCT? Câu trả lời là không chắc chắn, nhưng sẽ khả quan hơn nếu ĐPCT được sử dụng thay cho hình thức đấu thầu. Bởi lẽ, ĐPCT sẽ giúp cải thiện tính minh bạch và bình đẳng trong lựa chọn NĐT – yếu tố then chốt dẫn đến thất bại của dự án. Trước hết với tính phức tạp trong thiết kế công trình, sự tham gia sớm của các NĐT trong các cuộc đối thoại với CQCTQ sẽ giúp CQCTQ xác định được thiết kế phù hợp nhất, tránh sự bối rối và thay đổi trong

26 Slađana Sredojević & Predrag N. Cvetković, *ltd.*, 2013; Government Commercial Function, “Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation”, 2021, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60a388b7d3bf7f288b42370c/Competitive\\_dialogue\\_and\\_competitive\\_procedure\\_with\\_negotiation\\_guidance\\_note\\_May\\_2021.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60a388b7d3bf7f288b42370c/Competitive_dialogue_and_competitive_procedure_with_negotiation_guidance_note_May_2021.pdf), truy cập ngày 22/02/2024.

27 Frederik J. Mink, “On public procurement rules in the EU and early contractor involvement, Part II: Case studies”, *Terra et Aqua, The Hague*, Vol. 132, 2013, tr. 13–20.

quá trình xây dựng và công bố hồ sơ mời thầu. Thêm nữa, quá trình đối thoại với sự tương tác liên tục giữa CQCTQ với các NĐT sẽ giúp minh bạch thông tin dự án và đảm bảo công bằng trong việc tiếp cận thông tin giữa các NĐT.

- *Dự án thứ hai: Kênh Seine-Nord ở Pháp*

Đây là dự án xây dựng con kênh mới giữa Compiègne và lưu vực Scheldt ở miền Bắc nước Pháp. Kênh này là một phần của mạng lưới giao thông kết nối khu vực Paris với miền bắc nước Pháp và Bỉ, đồng thời kết nối sâu hơn với các cảng Antwerp và Rotterdam. Dự án do *Voies navigables de France* (VNF) làm CQCTQ và được tiến hành lựa chọn NĐT bằng hình thức ĐPCT.<sup>28</sup>

Thực tế, quá trình chuẩn bị dự án và lựa chọn NĐT kéo dài trong khoảng một thập kỷ (2004–2014) – khoảng thời gian khá dài cho một dự án cơ sở hạ tầng. Tuy nhiên, dự án lại được đánh giá là thành công do khâu chuẩn bị hiệu quả. Đặc biệt, việc quyết định sử dụng ĐPCT cho quá trình mua sắm cũng được đánh giá là góp phần làm nên sự thành công của dự án. Sử dụng ĐPCT là một quyết định táo bạo của VNF, bởi vào thời điểm triển khai dự án, Chỉ thị của EU vẫn chưa chính thức ghi nhận hình thức ĐPCT. Tuy nhiên, với việc xem xét đặc thù của dự án, VNF vẫn quyết định sử dụng ĐPCT và tiến hành đàm phán với hai NĐT đáp ứng yêu cầu (Bouygues và Vinci). Sau quá trình đàm phán, các NĐT gửi đề nghị tốt nhất và cuối cùng cho VNF, kết quả lựa chọn NĐT được quyết định dựa trên giá thầu có lợi nhất về kinh tế và chi phí vòng đời dự án.<sup>29</sup>

Đánh giá về hiệu quả của hình thức ĐPCT trong dự án trên, có quan điểm không đồng ý về cách sử dụng ĐPCT vào quá trình mua sắm, cho rằng sự tham gia của các NĐT vào quá trình đàm phán là khá muộn khi dự án đã hoàn thành xong giai đoạn chuẩn bị, trong đó có việc đánh giá tác động môi trường, xây dựng phương án sơ bộ về kỹ thuật và tài chính, đồng thời đã được chấp thuận đầu tư. Quan điểm này cho rằng NĐT nên tham gia sớm ở giai đoạn chuẩn bị dự án, vì điều này sẽ giúp tìm ra giải pháp tối ưu cho dự án và cân bằng chi phí vòng đời dự án. Tuy vậy, dự án xây dựng Kênh Seine–Nord vẫn được xem là một dự án điển hình cho thành công của hình thức ĐPCT đầy táo bạo, đặc biệt là chấp nhận đối mặt với rủi ro pháp lý.<sup>30</sup>

### **3. Rủi ro pháp lý tiềm ẩn khi sử dụng hình thức đàm phán cạnh tranh và một số kiến nghị**

*Thứ nhất*, cần lưu ý rủi ro xuất phát từ sự mâu thuẫn trong mục tiêu bảo vệ lợi ích công cộng và bảo vệ quyền lợi của NĐT. Một trong những nguyên tắc được đặt ra khi triển khai dự án PPP, đó là nhà nước phải hài hòa lợi ích của các bên liên quan (nhà nước, NĐT, người sử dụng dịch vụ và cộng

28 Frederik J. Mink, *tlđđ*, 2013.

29 *Như trên*.

30 *Như trên*.



đồng). Nguyên tắc này được giải thích dựa trên Lý thuyết các bên liên quan (*stakeholder theory*),<sup>31</sup> được thể hiện trong Luật mẫu về PPP của UNCITRAL<sup>32</sup> và cả trong Luật PPP năm 2020.<sup>33</sup> Nguyên tắc này được đánh giá là phù hợp, nhưng lại khó thực hiện trên thực tế bởi sự mâu thuẫn trong mục tiêu bảo vệ lợi ích công cộng với mục tiêu bảo vệ quyền lợi của NĐT.

Về mục tiêu bảo vệ lợi ích công cộng, CQCTQ phải bằng mọi cách tìm ra được giải pháp tốt nhất cho dự án nhằm nâng cao chất lượng dịch vụ cho người sử dụng. Để làm được điều này, CQCTQ có thể phải chia sẻ đề xuất của các NĐT trong quá trình đàm phán, bởi khi NĐT biết được đề xuất của đối thủ cạnh tranh thì mới có thể tìm ra giải pháp để cải thiện đề xuất của mình. Quá trình này có thể giúp CQCTQ thúc đẩy các NĐT tìm ra giải pháp tốt nhất cho dự án, nhưng lại đi ngược với mục tiêu bảo vệ quyền lợi của các NĐT. Bảo vệ quyền lợi của các NĐT trong quá trình đàm phán (thông qua việc bảo vệ bí mật liên quan đến đề xuất của NĐT) không chỉ thể hiện nguyên tắc hài hòa lợi ích các bên liên quan đã được ghi nhận trong Luật PPP năm 2020 mà còn là nguyên tắc riêng được ghi nhận đối với hình thức ĐPCT.<sup>34</sup> Nguyên tắc này được đánh giá là hợp lý và cần phải được tuân thủ tuyệt đối, bởi ý tưởng đề xuất của mỗi NĐT được xem là sản phẩm trí tuệ và cần được bảo vệ. Trong quá trình đàm phán, họ chia sẻ ý tưởng với CQCTQ nhằm làm rõ ý tưởng của mình, điều chỉnh ý tưởng sao cho phù hợp với yêu cầu của CQCTQ, và mục đích chính không nằm ngoài mong muốn được trúng thầu dự án.

Tuy nhiên, một số quan điểm cho rằng dù CQCTQ hiểu rõ về nghĩa vụ của mình và không cố ý vi phạm nguyên tắc, nhưng sự hạn chế về kỹ năng đàm phán và áp lực xử lý nhanh giai đoạn đàm phán có thể vô tình làm lộ bí mật thông tin của các NĐT. Khi đó, việc giải quyết khiếu kiện của NĐT là một vấn đề phức tạp, ảnh hưởng đến tiến độ dự án và gia tăng chi phí của dự án.<sup>35</sup> Để hạn chế rủi ro vi phạm này, cần yêu cầu CQCTQ phải tuân thủ tuyệt đối nghĩa vụ bảo mật thông tin trong quá trình đàm phán. Trong Hướng dẫn lập pháp về PPP của mình, UNCITRAL nhấn mạnh rất nhiều lần nghĩa vụ bảo mật thông tin trong quá trình ĐPCT, đặt ra đối với cả phía CQCTQ và các NĐT cùng tham gia dự thầu.<sup>36</sup> Dù yêu cầu này có vẻ mâu thuẫn với mục tiêu bảo vệ lợi ích công cộng, nhưng trong dự án công nghệ, mục tiêu bảo vệ quyền lợi của NĐT cần được xem trọng, bởi ý tưởng công nghệ là nội dung thuộc quyền sở hữu trí tuệ mang tính sống còn của NĐT và cần được bảo vệ tuyệt đối.<sup>37</sup> Khi tham gia ĐPCT, chi phí xây dựng và hoàn

31 Robert Edward Freeman, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Pitman Publishing, Boston, Massachusetts, 1984.

32 Điều 1 UNCITRAL Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships 2020.

33 Điều 7.5 Luật PPP 2020.

34 Điều 47.1(b) Nghị định số 35/2021/NĐ-CP.

35 Slađana Sredojević & Predrag N. Cvetković, *lldd*, 2013.

36 UNCITRAL, *lldd*, Đoạn 132 Mục III-F, tr. 129, 2020.

37 UNCITRAL, *lldd*, Đoạn 13 Mục III-A-2(b), 2020, tr. 84-85.

thiện ý tưởng mà NĐT phải chi trả là không nhỏ,<sup>38</sup> nên NĐT sẽ bị đối xử bất công và thiệt hại nếu ý tưởng công nghệ của họ chỉ có giá trị tham khảo để phát triển ý tưởng của các NĐT khác.

*Thứ hai*, rủi ro cũng xuất phát từ sự chủ quan trong việc đánh giá hồ sơ dự thầu và quyết định lựa chọn NĐT. ĐPCT mặc dù được đánh giá cao về tính linh hoạt trong việc đánh giá hồ sơ dự thầu và quyết định NĐT trúng thầu, nhưng cũng chính ưu điểm đó sẽ dẫn đến rủi ro quyết định lựa chọn NĐT có thể dựa trên sự đánh giá chủ quan, cảm tính của CQCTQ.

Như đã phân tích, ĐPCT được sử dụng trong những dự án công nghệ mà giải pháp thực hiện dự án chưa thể xác định ngay từ đầu. Ý tưởng (về công nghệ) sẽ được các NĐT đề xuất và được CQCTQ lựa chọn. Khi đó, CQCTQ có thể gặp khó khăn trong việc lựa chọn giữa các đề xuất công nghệ tương tự nhau và một quyết định chủ quan được đưa ra là điều không thể tránh khỏi. Ngoài ra, quyết định chủ quan của CQCTQ có thể dựa trên danh tiếng của NĐT và/hoặc mối quan hệ của NĐT với CQCTQ. Những công ty có quy mô lớn, có uy tín và kinh nghiệm trong lĩnh vực đầu tư dự án, có mối quan hệ hợp tác với CQCTQ trong những dự án tương tự trước đó sẽ có lợi thế lớn về “độ tin cậy” khi tham gia ĐPCT.<sup>39</sup> Tác giả cho rằng đây cũng không phải là một nhược điểm quá lớn nếu quyết định lựa chọn NĐT chỉ dựa trên “độ tin cậy” mà không phải xuất phát từ yếu tố tiêu cực. CQCTQ cần phân tích chi phí – lợi ích của việc sử dụng ĐPCT ngay từ giai đoạn chuẩn bị dự án để có quyết định phù hợp.

*Thứ ba*, rủi ro xuất phát từ sự bất tay giữa CQCTQ và NĐT trong điều kiện tình trạng tham nhũng chưa được kiểm soát. Đây là mối lo ngại lớn nhất khi mua sắm bằng hình thức ĐPCT và cũng là nhược điểm lớn nhất của hình thức ĐPCT so với hình thức đấu thầu. Cụ thể, trong hình thức đấu thầu, NĐT chỉ thực hiện công đoạn đề xuất giải pháp tốt nhất để thực hiện phương án do nhà nước xác định sẵn, chứ không được đề xuất phương án thực hiện dự án. Do đó, rủi ro về tham nhũng sẽ được giảm bớt, dù không thể triệt để. Tuy nhiên, trong hình thức ĐPCT, gần như NĐT phải là người tự mình khái niệm hóa tất cả các yêu cầu của dự án và đề xuất các phương án để thực hiện dự án, ngoại trừ những yêu cầu tối thiểu mà phía nhà nước đã đặt ra. Đặc thù này của ĐPCT một mặt khuyến khích sự đa dạng trong các phương án đề xuất của các NĐT, mặt khác cũng trao quyền lực rất lớn cho CQCTQ trong việc quyết định đâu là phương án tốt nhất và NĐT nào sẽ được lựa chọn. Khi đó, khả năng cao CQCTQ và NĐT có mối quan hệ với họ sẽ bất tay để loại bỏ những NĐT khác. Đây chính là nguyên nhân ĐPCT được đánh giá là hình thức lựa chọn NĐT tiềm ẩn rủi ro tham nhũng cao hơn

38 Nicola Doni, *ltd.*

39 *Như trên.*

so với đấu thầu và cần được cân nhắc ở những quốc gia nơi tình trạng tham nhũng chưa được kiểm soát tốt.<sup>40</sup>

Về giải pháp cho vấn đề này, bên cạnh các giải pháp kiểm soát tham nhũng trong triển khai dự án PPP, một số tài liệu nghiên cứu về ĐPCT khuyến nghị rằng các quốc gia nên tùy tình hình của quốc gia mình để quyết định sử dụng ĐPCT nhằm tránh biến ĐPCT thành công cụ phục vụ tham nhũng.

### Kết luận

Luật PPP năm 2020 đã có một bước chuyển khi lần đầu tiên ghi nhận ĐPCT là hình thức lựa chọn NĐT áp dụng đối với dự án công nghệ. Dù trên thực tế, ĐPCT không được sử dụng phổ biến như đấu thầu xuất phát từ sự “kén” dự án cũng như những mặt trái chưa được kiểm soát, nhưng hiện tại tư duy về ĐPCT đã có sự thay đổi theo hướng tích cực. Tuy vậy, cũng cần nhấn mạnh rằng việc ĐPCT phù hợp với dự án công nghệ không đồng nghĩa với việc tất cả dự án công nghệ đều có thể sử dụng hình thức ĐPCT. Bởi lẽ, hiệu quả của ĐPCT còn phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố khác như loại công nghệ cần sử dụng, số lượng và năng lực của NĐT tiềm năng, chi phí giao dịch... Bên cạnh đó, cũng không loại trừ những mặt trái của ĐPCT, đặc biệt là khả năng quyết định lựa chọn NĐT của CQCTQ phải đối mặt với thách thức pháp lý do việc xâm phạm bí mật công nghệ của NĐT, tính chủ quan trong việc lựa chọn NĐT trúng thầu và sự bất tay giữa các bên liên quan. Do đó, phương án triển khai lựa chọn NĐT dự án PPP nên được tính toán cẩn trọng trong giai đoạn chuẩn bị dự án để đảm bảo hiệu quả tối ưu cho dự án. ●

### Tài liệu tham khảo

- [1] Giulia Buccino, Elisabetta Iossa, Biancamaria Raganelli & Mate Vincze, “Competitive dialogue: an economic and legal assessment”, *Journal of Public Procurement*, số 2(20), 2020
- [2] Michael Burnett, “Conducting competitive dialogue for PPP projects – Towards an optimal approach?”, *European Public Private Partnership Law Review*, Vol. 4, 2009
- [3] Minh Châu, “Thực hiện dự án PPP công nghệ cao: Tăng cường đối thoại công – tư”, *Báo Đấu thầu*, 2021 [trans: Minh Châu, “The implementation of high-tech PPP projects: Strengthening public-private dialogue”, *Bidding Newspaper*, 2021]
- [4] Robert Edward Freeman, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Pitman Publishing, Boston, Massachusetts, 1984
- [5] Nguyệt Minh, “Trình tự thực hiện dự án PPP: Linh hoạt dự án công nghệ cao, chặt chẽ dự án BT”, *Báo Đấu thầu*, 2018 [trans: Nguyệt Minh, “PPP project implementation process: Flexible for high-tech projects, strict for BT projects”, *Bidding Newspaper*, 2018]
- [6] Frederik J. Mink, “On public procurement rules in the EU and early contractor involvement, Part II: Case studies”, *Terra et Aqua, The Hague*, Vol. 132, 2013
- [7] Nicola Doni, “A comparison of alternative procedures for the selection of the private partner in PPP projects”, 2007
- [8] Slađana Sredojević & Predrag N. Cvetković, “Competitive dialogue as an instrument for the implementation of Public Private Partnerships in the Republic of Serbia”, *Economic Themes*, số 4(51), 2013

40 Nicola Doni, *tlđđ*; Giulia Buccino, Elisabetta Iossa, Biancamaria Raganelli & Mate Vincze, *tlđđ*.