

PPP

李成林 / 著

项目合同 操作指引

起草、修改与谈判

Guidance on Drafting
Revising and Negotiating of
PPP Contractual Provisions

金融机构等参与PPP
明晰权利义务宝典

指导防控PPP合同
法律风险实务手册



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书是金融机构等参与PPP明晰权利义务的宝典，指导防控PPP合同法律风险的实务手册。

——中国银行业协会首席法律顾问 卜祥瑞

PPP是实现公共产品和服务社会化供给，提高公共产品和服务效率和质量的重大创新。但是目前PPP项目在大规模开展中也存在潜在风险，而守住不发生系统性风险底线的关键在于制度建设和保障。PPP项目风险最有效的控制手段之一是完善合同条款，明确风险分担和利益共享的方式，从源头控制风险的发生。本书既有对PPP著名纠纷案例的分析和总结，又提供了PPP合同的实用范本，理论与实践结合，有很高的推荐价值。

——华夏幸福基业股份有限公司执行总裁 国家发展改革委PPP专家 吴中兵

PPP模式正在大江南北如火如荼地推进，中央企业、地方政府、金融机构作为社会资本都以不同形式参与进来。PPP项目规模巨大，机遇良多，风险更是不少。鉴于以往大型项目的经验教训，为了更早更好地把风险揭示出来以做好风险应对，作者总结了多年学习、工作和研究成果，从项目文本准备之初做好风险应对开始，对项目全流程进行了梳理并提出了风险应对方案和指引。此书的出版正当其时，对于PPP的研究，尤其是对于正投身到此模式中的各级各类参与者、运营者都有着极强的现实指导意义。因此特别推荐给大家，以期共同完善、推进该模式的优化运行，切实实现其利国利民的目标。

——中国五矿集团公司法律部总经理 尤勇

PPP项目合同条款这是一个多么庞大的体系。参考国际经验，如世界银行有分门别类的、各式各样的SBD标准招标文件范本、GCC通用合同条款与SCC专用合同条款，有些细节牵一发而动全身。如同从金字塔顶层向下分解至每一块砖，又如同乐队指挥和演奏家演绎巴赫的作品，或螺旋上升或灵动循环让每个音符流动起来，演绎出和谐的乐章，很辛苦又举重若轻。在推动市场化科学决策和规范运作的时代，作者扎实系统的工作奉献（还兼顾了及时），无疑将给PPP业内各方带来极大的帮助。

——北京大岳咨询有限责任公司主任 国家发展改革委、财政部PPP双库专家 焦军

 独角兽工作室

为法律赋予灵感

上架建议 PPP·法律实务

LAW PRESS · CHINA 1004 欢迎关注法律出版社



法律出版社官方微信



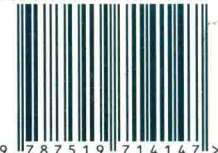
用一种可能的方式



法律出版社官方微博

平乱网 (www.docsviver.com) 商家beme电子书

ISBN 978-7-5197-1414-7



9 787519 714147 >

定价：78.00元

PPP

项目合同操作指引

起草、修改与谈判

Guidance on Drafting
Revising and Negotiating of
PPP Contractual Provisions

李成林 / 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

PPP项目合同操作指引:起草、修改与谈判 / 李成林著. —北京:法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1414 - 7

I. ①P… II. ①李… III. ①政府投资—合作—社会资本—经济合同—研究 IV. ①F830.59②F014.391

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第227720号

PPP项目合同操作指引:

起草、修改与谈判

PPP XIANGMU HETONG CAOZUO ZHIYIN:

QICAO, XIUGAI YU TANPAN

李成林 著

策划编辑 聂颖

责任编辑 聂颖

装帧设计 马帅

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 中煤(北京)印务有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 26.25

字数 376千

版本 2017年9月第1版

印次 2017年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1414 - 7

定价:78.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

平乱网(www.docsriver.com)商家beme电子书

作者简介



李成林 毕业于北京大学和维多利亚大学。国家财政部、国家发展改革委PPP高级专家，中国政法大学PPP研究中心专家组成员，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，中国海事仲裁委员会仲裁员。曾任世界500强大型企业、跨国公司的高级律师，并从事过法学教学工作。现任建纬律师事务所律师。

先后编写了《中国人民银行法原理与实务》《经济法基础》等专著；发表了“Double Insurance and Fraud”等三篇英文论文和《论合同所失利益》等专业论文，以及《论金融机构的地位、作用和合法权益保护的八个问题——PPP条例的修改与完善》《PPP条例与现行法律的矛盾与冲突的解决》等文章。

长期从事境内外重大基础设施投融资的非诉讼法律服务，铁路、公路、桥梁、机场、电厂等以DBO、EPC、BOT、PPP等模式实施项目的招投标，项目合同的起草和谈判，提供法律意见等。

参与重大案件的纠纷解决，如代理基础设施、工程、金融、国际贸易、房地产、海商等案件的诉讼和仲裁；出席中国国际贸易仲裁委员会、香港、新加坡、中东、伦敦等仲裁机构及最高人民法院的开庭审理等，创立了www.overseaslaws.com（涉外法律服务平台）和平台微信号：fls18500254045。

PPP

项目合同 操作指引

起草、修改与谈判

Guidance on Drafting
Revising and Negotiating of
PPP Contractual Provisions

序一

自 2003 年回国以来,基于研究和咨询经验,我参加了上千次 PPP 培训,学员包括企业、政府、金融、咨询和律所等 PPP 相关从业人员。在与他们交流过程中了解到,他们在实施 PPP 项目过程中的最大困惑之一是 PPP 相关法律法规政策之间的不匹配甚至矛盾,急需 PPP 项目合同起草和修改方面的指导书籍。有关培训机构对学员的调查问卷也显示:有 85% 的被访者认为在实施 PPP 项目中遇到的最大困难是 PPP 法律法规政策之间的矛盾常常使他们无所适从;不同 PPP 项目的重大风险难以识别和把控,造成决策困难;在 PPP 项目合同起草、修改和谈判中,难以掌握谈判要点和如何运用合同条款规避和分散风险,急需对不同 PPP 项目重大风险的识别和 PPP 项目合同范本的指导资料。而就我所知,我国的 PPP 图书市场中,目前还缺少一本能够满足上述要求的、对相关问题进行深入系统分析的书籍。

李成林律师及其团队正是基于上述 PPP 项目实践的迫切需要,撰写出版了这本书。这本《PPP 项目合同操作指引:起草、修改与谈判》分析了以往 PPP 项目的纠纷案例,总结了项目合同的风险要点,提出了在 PPP 项目合同起草、审核与谈判时应注意的问题和对合同条款修改的建议。

与市场上其他的 PPP 书籍相比较,该书具有如下特点:

1. 著名纠纷案例的分析。该书分析了我国 20 世纪 80 年代以来 BOT/BT 项目的主要风险和有关著名纠纷案例,如福建刺桐大桥项目、杭州湾跨海大桥项目、长春汇津污水处理项目和西宁污水处理项目等,总结了项目纠纷中的经验和教训,提出了项目纠纷的防范措施和对策建议。

2. “示范条款”和“条款解析”的写作方法。“示范条款”提供了具体合同条款的写作范例,可供政府与投资者在项目合同起草时直接引用。“条款解析”则解释了合同条款起草、修改的理由和重要依据,并为双方谈判提供了选择性方案和建议。

3. 该书将 PPP 项目合同条款分为一般条款和主要条款,并就合同谈判的主要分歧,双方权利、义务和风险分配等问题,结合纠纷案例,提出了合同条款写作的建议。

4. 该书结合公共交通、公共设施和公共服务三种不同 PPP 项目的特点,以最具有代表性的收费公路、污水处理和养老服务项目为例,分析了项目谈判中的上述主要争议,提出了具体的解决方案。

5. 该书最后还收录了 PPP 项目合同的实用范本,可供读者在合同起草时参考。

该书可以作为政府官员、金融企业、承包商、运营商、咨询公司和律师在 PPP 项目风险识别、规避,以及项目合同签订、审核和谈判时的参考用书,非常有实用价值。因此,热烈祝贺该书的出版,并希望作者再版时能增加更多案例和合同文本,不断完善,为我国 PPP 项目的发展做出更大贡献!



2017 年 8 月 18 日于清华园

序二

党的十八届三中全会确定了全面深化改革的总目标,推动着新一轮改革大潮涌起。PPP改革是全面深化改革的重要组成部分,是公共服务领域供给侧结构性改革的重要抓手。PPP改革在体制机制创新方面显现出了强大的生命力,具有很强的综合牵引力。

推进PPP改革以来,社会各界对PPP的认识逐步深化,体制机制逐步完善健全,市场环境不断优化,实践步伐也越发坚定从容。据统计,截至2017年6月底,PPP项目已达1.3万个,投资额16.3万亿元,覆盖了绝大多数领域和地区。PPP以打破垄断、引入竞争、风险分担、利益共享、透明公开、全生命周期合作等创新管理理念,正逐渐成为推动国家治理现代化、政府职能转变、公共服务提质增效不可或缺的工具。

PPP改革是国家的一项具有长期性、系统性、战略性的改革,不可急躁冒进,必须抓规范、控风险、可持续。当前,在观念认识转变尚不够到位等主观因素和政策法规亟待完善、执行不力、市场尚需培育等客观因素的交织下,PPP改革进程中出现了借PPP之名变相融资、重建设轻运营、财政承受能力论证和物有所值评价流于形式、风险分担不合理等问题,可能引发诸多风险隐患,必须加强监管,严加防范。

推进PPP改革健康有序发展,必须将依法治国的基本方略贯穿至PPP改革发展全过程、各方面,夯实法治建设基础,明确实践标准。目前,中央已制定一系列政策指引,初步统一明确了操作标准、监管标准、绩效标准、合同标准等,逐步搭建起PPP改革的四梁八柱,为PPP事业定基调、指方向、立依据。此外,PPP条例也进入公开广泛征求意见的“冲刺”阶段,面世后将对我国PPP法治建设进程产生深远影响。

按合同办事是 PPP 法治建设在实践领域的具体体现,规范的 PPP 合同在明确各方责权利、调整各方关系、稳定各方预期等方面发挥着关键作用。有鉴于此,李成林律师及其团队,根据 PPP 项目风险防范的实践急需,从 PPP 项目合同出发,对其中遇到的各类风险进行了系统梳理和深入分析,提出了合同条款完善的具体建议,所撰写的《PPP 项目合同操作指引:起草、修改与谈判》一书,既有理论高度,又有很强的实用价值;既有宏观的现行制度解读,又有微观的项目案例剖析;既有 PPP 项目合同的一般条款和重大条款概貌性描述,又有不同项目合同条款起草、修改和谈判过程中的具体问题分析,可供政府、社会资本、金融机构、咨询机构等不同类型的 PPP 参与主体参阅学习,是一本不可多得的参考书、工具书。



2017 年 8 月 16 日

* 孟春:国务院发展研究中心研究员。

推荐语

本书是金融机构等参与 PPP 明晰权利义务的宝典,指导防控 PPP 合同法律风险的实务手册。

——中国银行业协会首席法律顾问 卜祥瑞

PPP 是实现公共产品和服务社会化供给,提高公共产品和服务效率和质量的重大创新。但是目前 PPP 项目在大规模开展中也存在潜在风险,而守住不发生系统性风险底线的关键在于制度建设和保障。PPP 项目风险最有效的控制手段之一是完善合同条款,明确风险分担和利益共享的方式,从源头控制风险的发生。本书既有对 PPP 著名纠纷案例的分析和总结,又提供了 PPP 合同的实用范本,理论与实践结合,有很高的推荐价值。

——华夏幸福基业股份有限公司执行总裁
国家发展改革委 PPP 专家 吴中兵

PPP 模式正在大江南北如火如荼地推进,中央企业、地方政府、金融机构作为社会资本都以不同形式参与进来。PPP 项目规模巨大,机遇良多,风险更是不少。鉴于以往大型项目的经验教训,为了更早更好地把风险揭示出来以做好风险应对,作者总结了多年学习、工作和研究成果,从项目文本准备之初做好风险应对开始,对项目全流程进行了梳理并提出了风险应对方案和指引。此书的出版正当其时,对于 PPP 的研究,尤其是对于正投身到此模式中的各级各类参与者、运营者都有着极强的现实指导意义。因此特别推荐给大家,以期共同完善、推进该模式的优化运行,切实实现其利国利民的目标。

——中国五矿集团公司法律部总经理 尤勇

PPP 合同条款这是一个多么庞大的体系。参考国际经验,如世界银行有分门别类的、各式各样的 SBD 标准招标文件范本、GCC 通用合同条款与 SCC 专用合同条款,有些细节牵一发而动全身。如同从金字塔顶层向下分解至每一块砖,又如如同乐队指挥和演奏家演绎巴赫的作品,或螺旋上升或灵动循环让每个音符流动起来,演绎出和谐乐章,很辛苦又举重若轻。在推动市场化科学决策和规范运作的时代,作者扎实系统的工作奉献(还兼顾了及时),无疑将给 PPP 业内各方带来极大的帮助。

——北京大岳咨询有限责任公司主任

国家发展改革委、财政部 PPP 双库专家 焦军

在目前 PPP 项目政策、法律环境不完善,评价基础数据不完备,政府及社会资本各方诚信需要进一步提高的情况下,签订一份规范、系统、完整、具有可操作性的 PPP 项目合同,对项目顺利落地、规范运营具有十分重要的意义。本书在总结国内外著名 PPP 项目经验教训的基础上,提出了系统的 PPP 项目合同规范、起草修改路径、谈判注意事项等,对政府、企业、金融机构、咨询公司、中介机构等识别、控制 PPP 项目主要风险、规范 PPP 项目长期稳定运营、签订具有可操作性的适用的 PPP 项目合同具有很好的指导作用。本书采用“示范条款”和“条款解析”的写作方法,易学好懂,可以作为 PPP 从业者的手边书使用。

——山东省工程咨询院副总经济师

国家发展改革委 PPP 专家 马凤章

目前在 PPP 项目招标中,政府与社会资本对合同条款的谈判缺少针对性,对项目合同履行中风险的防范意识也不强。本书指出了项目履行中的重大风险,并提出了以完善合同条款的方式,从而避免和解决项目的风险和纠纷争议,可以有效地保障长期复杂的 PPP 项目得以成功履行。

——东方荣盛(北京)管理咨询有限公司总经理 吴卓姿

《PPP项目合同操作指引:起草、修改与谈判》一书,从PPP项目合同如何起草入手明确合同各方的地位作用,合同的风险及防范措施,再到违约、提前终止及终止后的处理措施、争议解决等PPP项目合同的全部环节,为读者经营呵护PPP这场“婚礼”的宝贵成果提供了精心的策划与布置。更难能可贵的是,本书还亲自教读者如何编写公共交通、公共设施以及公共服务等不同领域的合同条款,辨识需要注意的问题等,是一本PPP合同领域难得一见的好书,良心之作。相信本书的出版问世将为读者运作PPP项目提供较强的借鉴,会把PPP这场精彩的“婚礼”进行到底!

——沈阳市于洪区投融资管理中心副主任
国家发展改革委PPP专家 张宇

李成林律师在北京大学法律系取得法学硕士学位后,先后工作于跨国特大型工程企业担任资深法律顾问,是国际BOT项目融资和风险控制实战专家,国家发展改革委和财政部PPP双库法律专家。《PPP项目合同操作指引:起草、修改与谈判》,是国内第一本关于PPP协议修改起草的专著,推荐学习。

——第十届北京律协房地产法专业委员会主任
安理律师事务所PPP专委会主任 张泽贤

李律师及其团队倾力写作的这本《PPP项目合同操作指引:起草、修改与谈判》终于面世了,这是一本目前少有的专门研究PPP项目合同及其条款的著述,为PPP参与各方提供了一本难得的参考书!本书从合同概述、合同条款和合同范本三个方面对PPP项目合同进行全面详细的研究,注重从实践操作和具体条款分析PPP项目合同的要点,并提出风险防范措施,具有很强的实操指导意义。

李律师及其团队常年从事与PPP项目相关的法律业务,具有深厚的理论知识背景和众多的实践业绩。他们把对PPP合同的研究和总结奉献给大家,让大家在实践中少走弯路,我们对他们的付出表示感谢!

李律师多次参与我所在团队PPP项目的评审和指导,也参与国内众多大型项目的专家论证,为PPP项目正确实施做出了卓越贡献,体现出法律人和PPP专家

的气度和社会责任。

祝贺本书的出版,也祝贺李律师继续取得新的成果!

——北京市中闻律师事务所执委、合伙人
国家发展改革委 PPP 专家 穆振辉

PPP 项目在我国得到了飞速发展,充满着机遇和挑战。本书的研究极具前沿性和专业性,汇集了作者多年 PPP 项目学术研究成果和实务探索经验,为读者奉献了指导性极强、实战性极高的力作。

——盈科律师事务所高级合伙人
国家发展改革委、财政部 PPP 双库专家 闫拥军

PPP 模式表面上是一个建设和融资问题,实质上是一个运营和法律问题。李成林律师撰写的这本新书,抓住了 PPP 问题的法律本质,满足了 PPP 模式行稳致远的迫切需要,是当前专注于 PPP 合同主要风险及防控问题的最专业的专业书籍。

——人和人律师事务所 PPP 研究中心主任、法学博士
国家发展改革委 PPP 专家 高科

本书是非常实用的工具类书籍,填补了 PPP 领域的空白! PPP 项目最重要的就是如何签订一份合法又合理的 PPP 项目合同。拥有此书,签订 PPP 项目合同不用愁!

——北京惠城律师事务所执行主任
国家发展改革委、财政部 PPP 双库专家 薛起堂

PPP 模式发展至今,已成为基础设施领域和公共服务领域的重要模式,PPP 项目合同对于政府和社会资本的重要性不言而喻。目前市面上涉及 PPP 项目合同的书籍不少,但能从 PPP 项目合同的起草、谈判入手,具备理论和实操两方面内容的书籍不多。李成林律师将自己多年从业经验和深厚的法律功底结合,成就了大

作。本书从合同概论入手,仔细分析了合同起草、修改、谈判的难点及需要关注的风险点,并提供了不同行业的示范文本,具有非常大的借鉴作用,相信本书的出版,将对 PPP 项目规范运作具有深远意义。

——山西万方建设工程项目管理咨询有限公司副经理
国家发展改革委、财政部 PPP 双库专家 连国栋

本书全面地介绍了 PPP 项目合同的一般条款和重大条款,系统地列举了我国现行法律、法规、文件之间冲突,并通过实际案例介绍了 PPP 项目中的各种风险预防方法。本书还收录了部分 PPP 项目合同的实用范本,具有很强的实用性。

——国家发展改革委 PPP 专家 任兵

本书既高屋建瓴又务实创新,将 PPP 项目合同条款的重点、难点、疑点、关键点等分析总结得淋漓尽致,是 PPP 从业参与 PPP 项目合同的起草、编制、审核、谈判、执行、履约等全流程的必备良册。

——中天建设集团有限公司总承包事业部总经理
国家发展改革委 PPP 专家 潘敬锋

前言:PPP 项目合同条款的完善是化解 PPP 项目风险的有效手段

自 2014 年年底,党中央和国务院在全国掀起了基础设施和公共服务投融资领域新一轮改革以来,全国已有超过 10 万亿元的 PPP 项目需要落实,但在 PPP 模式推广的初期却遇到了一些困难,主要表现为政府与社会资本的消极“观望”和项目合同签订率低等现象。以上情况发生的原因是多方面的,其中有以下两个原因不容忽视:

一是项目风险的识别和规避经验不足,导致社会资本和地方政府踌躇不前。在 PPP 项目实践中,无论是政府,还是社会资本,在项目合同起草、修改和谈判时,风险识别能力不强,无法将可预见和不可预见风险通过合同条款的形式实现风险的合理分担和转移。因而政府与投资者,对项目的履约安全都普遍缺乏信心。

二是 20 世纪八九十年代 BOT/BT 项目纠纷的负面影响,使社会资本心有余悸。20 世纪 90 年代民间投资公共领域的著名失败案例——福州刺桐大桥项目,投资者仅凭政府的红头文件就盲目投资建设。由于未签订合同及缺少“唯一性”条款等法律保障措施,当地政府又在收费公路的周围开通了多条免费公路,给投资者造成了重大经济损失,但投资者却无法通过法律途径保障其合法权益。而著名的“西宁鹏鹞污水处理有限公司与西宁市排水公司委托运营协议纠纷案”则反映了政府在项目履行中的违约、国家政策的变更、项目公司污水质量等问题。另一著名的纠纷即长春汇津公司污水项目争议,项目双方对“固定回报”条款、“政府违约”以及法律文件的溯及力等分歧,直接导致项目被迫提前终止。

上述著名纠纷暴露了项目合同的签订流于形式,合同条款不完善、项目履约中政府的诚信缺失等问题,为成功履行 PPP 项目合同提供了有益的经验。

随着 PPP 模式推广的深入,因预算法的执行,地方政府用于建设的资金途径
平乱网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书

变窄,PPP 模式成了“盲目投资,违法、违规融资”的工具,许多地方政府将政府购买与 PPP 混淆,盲目签约现象比较普遍。此外,国有企业盲目投资的现象也比较严重。国有企业在银行授信范围内对项目的风险缺乏管控,由此造成了巨大的国家债务。

经过努力,地方政府盲目投资的问题初步得到了抑制,但国有企业的盲目投资问题并没有引起重视。以上两种盲目性必将为 PPP 模式的发展带来巨大的纠纷隐患。

为了帮助政府与投资者识别 PPP 项目签约和履行的风险,解决双方的争议,笔者参考了联合国国际贸易法委员会私人融资法律指南,借鉴了国内外 PPP 项目的成功经验,总结了我国 BOT/BT 等项目的失败教训,归纳了我国公共交通、公共设施和公共服务三大领域 PPP 项目的特点,分析了项目合同起草、审核和谈判中遇到的问题,提供了合同条款的选择性建议。

本书采用“示范条款”加“条款解析”的写作方法,以期由政府、企业、金融机构、咨询公司、律师和其他中介机构在项目合同起草、修改、谈判时提供便利。

本书共分三篇:第一篇为 PPP 项目合同概论;第二篇为 PPP 项目合同起草、审核和谈判;第三篇为不同领域 PPP 项目合同起草、审核和谈判应注意的问题。

李成林律师起草和设计了本书的篇章结构,并撰写了第一篇和第三篇。第二篇的前九章由常彦涛律师起草,后七章由常彦奎律师起草。全书由李成林律师负责修改和统稿。

本书的编写过程中,得到了法律出版社领导和编辑的大力帮助,使本书得以顺利出版。北京仲裁委员会将本项目列入科研计划,在此也一并鸣谢。

感谢导师魏振瀛教授的教诲,其治学严谨的学风至今仍使学生受益匪浅,借本书出版之机,特向导师致以深深敬意。

由于写作的时间仓促,笔者对于 PPP 项目合同条款的起草、审核和谈判等问题的研究还不够深入,因此本书难免存在一些纰漏,恳请广大同仁和业内专家提出宝贵意见,以使本书得以进一步完善。

李成林 律师

2017年6月2日于北京

政策法规简称

一、国家发展改革委发布的规范性文件

1.《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》(2014年12月2日 发改投资[2014]2724号),简称《发改委PPP指导意见》;印发附件《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014年版)》,简称《发改委PPP项目通用合同指南》。

2.《传统基础设施领域实施政府和社会资本合作项目工作导则》(2016年10月24日 发改投资[2016]2231号印发),简称《传统基础设施领域PPP工作导则》。

二、财政部发布的规范性文件

3.《财政部关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》(2014年12月30日 财金[2014]156号)印发附件《PPP项目合同指南(试行)》,简称《财政部PPP项目合同指南》。

4.《政府和社会资本合作模式操作指南(试行)》(2014年11月29日 财金[2014]113号印发),简称《财政部PPP模式操作指南》。

5.《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》(2016年9月24日 财金[2016]92号印发),简称《PPP项目财政管理暂行办法》。

6.《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》(2014年12月31日 财库[2014]215号印发),简称《PPP项目采购管理办法》。

三、国土资源部发布的部门规章和规范性文件

7.《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》(2002年5月9日 国土资源部令(2002)5号) 国土资源部令(2002)5号
平乱网(www.docsriver.com)商家beme电子书

部令第11号),简称《招拍挂出让国有土地使用权规定》。

8.《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规范(试行)》(2006年5月31日 国土资发[2006]114号印发),简称《招拍挂出让国有土地使用权规范》。

四、国家部委联合发布的规范性文件

9.《国家发展改革委、中国证监会关于推进传统基础设施领域政府和社会资本合作(PPP)项目资产证券化相关工作的通知》(2016年12月21日 发改投资[2016]2698号),简称《PPP资产证券化通知》。

10.《财政部、交通运输部关于在收费公路领域推广运用政府和社会资本合作模式的实施意见》(2015年4月20日 财建[2015]111号),简称《收费公路领域推广PPP的实施意见》。

11.《财政部、国土资源部、中国人民银行、中国银监会关于规范土地储备和资金管理等相关问题的通知》(2016年2月2日 财综[2016]4号),简称《规范土地储备和资金管理问题的通知》。

12.《财政部、教育部、科技部、工业和信息化部、民政部、人力资源社会保障部、国土资源部、环境保护部、交通运输部、水利部、农业部、商务部、文化部、卫生计生委、国家体育总局、国家林业局、国家旅游局、国家能源局、国家铁路局、中国民用航空局关于联合公布第三批政府和社会资本合作示范项目加快推动示范项目建设的通知》(2016年10月11日 财金[2016]91号),简称《联合公布第三批PPP示范项目的通知》。

五、国家部委关于特许经营协议、建设项目招标的示范文本

13.《建设部关于印发城镇供热、城市污水处理特许经营协议示范文本的通知》(2006年5月22日 建城[2006]126号)印发附件《城镇供热特许经营协议示范文本》(GF—2006—2503)、《城市污水处理特许经营协议示范文本》(GF—2006—2504)。

14.《建设部关于印发城市供水、管道燃气、城市生活垃圾处理特许经营协议示范文本的通知》(2004年9月14日 建城[2004]162号)印发附件《城市供水特

许经营协议示范文本》(GF—2004—2501)、《管道燃气特许经营协议示范文本》(GF—2004—2502)、《城市生活垃圾处理特许经营协议示范文本》(GF—2004—2505)。

15.《交通运输部关于发布〈经营性公路建设项目投资人招标资格预审文件示范文本〉和〈经营性公路建设项目投资人招标文件示范文本〉的通知》(2011年3月28日 交公路发[2011]135号),简称《公路项目招标文件范本》。

目 录

前言:PPP 项目合同条款的完善是化解 PPP 项目风险的有效手段 / 001
政策法规简称 / 001

第一篇 PPP 项目合同概论

第一章 PPP 项目合同与合同参与主体 / 003

第一节 PPP 项目合同 / 003

- 一、PPP 项目合同及其特征 / 003
- 二、PPP 项目合同与特许经营合同的关系 / 006
- 三、BT 项目合同的产生和局限性 / 010
- 四、PPP 项目合同(广义)与 BT 项目合同的区别 / 011

第二节 PPP 项目合同体系和合同范本 / 012

- 一、英国 PPP 项目合同体系和合同范本 / 012
- 二、澳大利亚 PPP 项目合同体系 / 012
- 三、我国香港特区 PPP 项目合同体系 / 013
- 四、我国 PPP 项目合同体系和合同范本 / 014

第三节 PPP 项目合同的参与主体 / 021

- 一、政府与社会资本(投资者) / 022
- 二、金融机构 / 023
- 三、工程承包企业 / 025

四、运营商 / 026

五、供应商与服务购买方 / 026

六、律师与其他中介组织 / 026

第二章 PPP 项目合同的风险及防范措施 / 028

第一节 PPP/BOT 国际项目合同履行的风险 / 028

一、国家风险 / 028

二、法律制度风险 / 028

三、经济风险 / 029

四、BOT/PPP 项目选择风险 / 029

第二节 我国 PPP 项目合同履行的风险 / 030

一、PPP 政策法规频繁变更的风险 / 031

二、现行 PPP 法律、法规、规范性文件及相互之间的矛盾 / 031

三、政府定价与项目公司收益不足之间的矛盾 / 033

四、调价方式与价格听证制度之间的矛盾 / 033

五、由于 PPP 项目知识和人才的缺乏,导致项目谈判和履行拖延的风险 / 034

六、社会公众反对的风险 / 034

七、PPP 项目实施中,使用者付费不足的投资风险 / 035

八、合同关键条款规定不明确,使合同无法履行的风险 / 035

九、项目合同条款的规定与实际需求差距巨大,从而使项目无法实施的风险 / 036

十、项目合同缺少“唯一性条款”或该条款界定不明确的风险 / 036

十一、政府违约的风险 / 036

十二、政府没有提供项目的配套设施,使项目合同无法履行的风险 / 037

十三、PPP 项目合同签订和履行中的腐败风险 / 037

第三节 PPP 项目合同风险的化解 / 038

一、在合同起草和审核时化解合同风险 / 038

- 二、风险的合理预见和分担是化解项目投资风险的有效手段 / 039
- 三、项目合同谈判应注意的问题 / 040
- 四、完善以公开竞争方式选择社会资本的程序,避免因选择程序违法而影响合同的效力 / 040

第二篇 PPP 项目合同起草、审核和谈判

第一章 PPP 项目合同总则 / 045

- 第一节 项目合同术语的定义和解释 / 045
- 第二节 引言 / 052
- 第三节 声明和保证 / 056
- 第四节 合同生效条件、合同的构成及优先次序 / 060
 - 一、合同的生效条件 / 060
 - 二、合同的构成及各部分的优先次序 / 061

第二章 PPP 项目合同主体 / 064

- 第一节 PPP 项目合同的政府主体 / 064
 - 一、政府主体 / 064
 - 二、政府主体的权利和义务 / 065
- 第二节 PPP 项目合同的社会资本主体 / 067
 - 一、社会资本主体 / 067
 - 二、项目合同中有关社会资本的条款 / 071
 - 三、项目合同中有关项目公司的条款 / 073

第三章 政府与社会资本的合作关系 / 078

- 第一节 合作内容 / 078
- 第二节 合作期限 / 085

第三节 合作履约担保 / 088

第四章 投资计划及项目融资 / 090

第一节 投资计划 / 090

第二节 项目融资 / 093

第五章 项目前期工作 / 100

第一节 项目前期工作的范围及分工 / 100

第二节 项目前期工作经费的约定和政府对于前期工作的支持 / 102

第六章 项目合同的用地条款 / 105

第一节 土地取得的方式、责任主体和相关费用 / 105

第二节 土地使用权及其限制 / 110

第三节 项目的征地、拆迁、安置条款和用地过程中的风险防范 / 112

第七章 项目的工程建设 / 115

第一节 PPP 项目的设计 / 115

第二节 PPP 项目的建设条款 / 120

第三节 PPP 项目的验收 / 127

第八章 政府移交资产(TOT/ROT项目) / 129

第一节 政府移交资产、移交范围和标准、移交程序 / 130

第二节 政府资产移交项目的案例 / 134

一、项目概况 / 134

二、项目结构 / 134

三、交易过程 / 135

四、成功经验 / 135

第九章 项目的运营和维护 / 137

第一节 PPP 项目的运营 / 137

第二节 PPP 项目的维护 / 147

第十章 收入与回报条款 / 151

第一节 收入与回报的方式和具体规定 / 151

第二节 收入与回报的具体计算方法和公式 / 153

第十一章 不可抗力 and 法律变更 / 165

第一节 不可抗力事件及后果 / 165

第二节 遵守法律义务和法律变更风险的承担 / 172

第十二章 股权变更限制 / 176

第一节 股权变更及其限制 / 177

一、股权变更的含义与范围 / 177

二、股权变更的限制 / 179

三、违反股权变更限制的风险 / 182

第二节 PPP 项目投资人以资产证券化方式的股权退出机制 / 183

第十三章 项目合同违约、提前终止及终止后的处理 / 186

第一节 PPP 项目合同违约 / 186

一、项目合同违约 / 186

二、项目合同常见违约纠纷及其防范 / 197

第二节 PPP 项目合同提前终止 / 202

一、合同提前终止 / 202

二、违约导致的合同提前终止 / 203

三、单方终止项目合同 / 205

四、不可抗力事件结束后的合同终止 / 207

五、协商提前终止合同 / 207

第三节 PPP 项目合同终止后的处理 / 208

一、合同终止后的处理 / 208

二、回购义务 / 209

三、回购的补偿 / 209

四、回购补偿的支付 / 212

第十四章 PPP 项目的移交 / 214

第一节 项目移交前的准备、资产权属和范围 / 214

一、项目移交前的准备 / 214

二、移交资产的权属和范围 / 216

第二节 项目资产移交办理、移交质量、风险转移和其他事项 / 217

第十五章 适用法律及争议解决 / 225

第一节 适用法律 / 225

第二节 争议解决 / 226

第三节 我国关于 PPP 项目合同争议解决的法律规定、司法解释和判例 / 231

第十六章 附则及其他约定 / 235

第三篇 不同领域 PPP 项目合同起草、审核和谈判中应注意的问题

第一章 公共交通项目合同起草、审核和谈判中应注意的问题 / 245

一、收费权和收费期限 / 245

- 二、收费定价和调价 / 247
- 三、“唯一性”或“不竞争”是收费公路项目合同的必备条款 / 250
- 四、政府对项目的优惠政策 / 252
- 五、投资预算与实际投资成本差别巨大的风险 / 252
- 六、投资收益率测算重大失误的风险 / 253
- 七、车流量预测的重大误差的风险 / 254
- 八、公路收费模式单一的风险 / 254

第二章 公共设施项目合同起草、审核和谈判中应注意的问题 / 255

- 一、污水处理项目合同的原材料供应条款 / 255
- 二、污水处理的成本和投资额的条款 / 256
- 三、污水处理的质量应符合国家的环保法律规定 / 256
- 四、政府对项目履行监督的条款 / 256
- 五、污水处理项目的融资 / 257
- 六、土地取得方式的条款 / 257
- 七、“唯一性”或“不竞争”的条款 / 258
- 八、定价和调价的双方协商原则 / 258
- 九、项目合同签订后,法律、政策变更的风险承担 / 259
- 十、价格调整与听证矛盾的合同条款设计 / 260
- 十一、污水处理项目合同中的保底承诺条款 / 261
- 十二、基础水量的设置 / 263

第三章 公共服务项目合同条款的起草、审核和谈判中应注意的问题 / 264

- 一、目前我国养老项目面临的困境 / 264
- 二、目前我国养老项目发展的趋势和特点 / 265
- 三、养老项目合同起草、审核和谈判中应注意的问题 / 269
- 四、养老项目的案例 / 271

附件 PPP 项目合同

- 附件一 城镇供热特许经营协议示范文本(GF—2006—2503) / 281
- 附件二 管道燃气特许经营协议示范文本(GF—2004—2502) / 300
- 附件三 城市生活垃圾处理特许经营协议示范文本(GF—2004—2505) / 314
- 附件四 城市供水特许经营协议示范文本(GF—2004—2501) / 332
- 附件五 城市污水处理特许经营协议示范文本(GF—2006—2504) / 361

第一篇

PPP 项目合同概论

第一节 PPP 项目合同

一、PPP 项目合同及其特征

关于 PPP 项目合同(PPP contract)的定义,《财政部 PPP 项目合同指南》提出,项目合同是指政府方(政府或政府授权机构)与社会资本方(社会资本或项目公司)依法就 PPP 项目合作所订立的合同。《发改委 PPP 项目通用合同指南》进一步提出,政府和社会资本合作项目合同是指政府主体和社会资本主体依据《合同法》及其他法律法规就政府和社会资本合作项目的实施所订立的合同文件。

以上两个政府文件对于 PPP 项目合同的表述虽然有所不同,但都强调了项目合同是依法订立的,揭示了政府与社会资本之间的平等合作关系。

根据上述政府文件的规定,PPP 项目合同具有以下特征:

1. 合同的主体一方为政府

普通民事合同(如买卖、赠与、借贷、租赁等)双方主体一般为公民、法人或其他组织,而 PPP 项目合同的一方主体必须是政府或其授权机构。这是 PPP 项目合同与一般民事合同在合同主体上的区别。

2. 基础设施和公共服务作为 PPP 项目合同的标的,具有国家垄断性

《发改委 PPP 指导意见》规定,PPP 项目包括能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程、医疗、卫生、教育和养老服务等领域的基础设施和公共服务。这些领域的公共服务一般由政府提供。如果社会资本希望进入上述公共服务领域,应经过政府的许可或授权。许可和授权的依据包括《行政许可法》《基础设施和公用事业

特许经营管理办法》《市政公用事业特许经营管理办法》等法律和政府文件。在实践中,对于城市燃气供应、供水等项目,一般政府可以授予社会资本特许经营权;对于公路收费项目,政府可以根据道路的条件批准社会资本收费并颁发收费许可证等。而普通民事合同的标的,除国家禁止或限制的特殊商品外,一般民事主体均可经营,不需要政府的授权或许可。

3. PPP 项目合同涉及多领域的法律

普通民事合同一般涉及民事实体和程序的法律,如合同、担保、仲裁、民事诉讼等法律。而 PPP 项目合同涉及的法律不仅包括民事实体和程序法,还包括商法和行政法,如招标投标法、政府采购法、土地管理法、公司法、商业银行法、保险法、建筑法、行政许可法、环境保护法、行政诉讼法、行政处罚法及其他相关法律、法规。《财政部 PPP 项目合同指南》明确提出,我国 PPP 项目合同的法律依据为现行的民商法、行政法、经济法和社会法等。由此可见,PPP 项目合同所涉及的法律十分广泛。

4. 政府选择 PPP 项目的合作者,应遵守特定的程序

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(2015 年 4 月 25 日 国家发展改革委、财政部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、中国人民银行令第 25 号)规定,政府实施特许经营项目,应通过竞争程序选择社会资本。根据有关政府文件,PPP 项目采取公开招标方式的,应遵守《招标投标法》的程序;采用竞争性谈判或磋商方式的,应遵守《政府采购法》和《PPP 项目采购管理办法》的规定。

政府通过竞争程序选择社会资本后,在签约时还应遵守一定的程序。由于 PPP 项目的公共服务属性,为了防止暗箱交易,保证项目合同的公正和合法性,《财政部 PPP 模式操作指南》对签约程序做出了详细的规定。该指南第二十一条规定,确认谈判完成后,项目实施机构应与中选社会资本签署确认谈判备忘录,并将采购结果和根据采购文件、响应文件、补遗文件和确认谈判备忘录拟定的合同文本进行公示,公示期不得少于 5 个工作日。合同文本应将中选社会资本响应文件中的重要承诺和技术文件等作为附件。合同文本中涉及国家秘密、商业秘密的内容可以不公示。公示期满无异议的项目合同,应在政府审核同意后,由项目实施机构与中选社会资本签署。需要为项目设立专门项目公司的,待项目公司成立

平乱网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书

后,由项目公司与项目实施机构重新签署项目合同,或签署关于承继项目合同的补充合同。项目实施机构应在项目合同签订之日起2个工作日内,将项目合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告,但合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。而普通的民事合同,当事人双方可以协商订立民事合同,无须通过竞争程序确定合作方,也无须公开合同内容,但涉及政府投资的项目除外。

5. 合同双方地位平等,同时具有合作和监督关系

PPP项目合同应当遵守公平、平等和诚实信用的合同法基本原则,政府对社会资本也负有监督义务。《发改委PPP项目通用合同指南》提出,PPP项目合同各方以合同条款约定其权利义务,以市场机制为基础确立平等、利益共享、风险分担及长期合作的关系,但政府也应履行其对项目的监督职能。

PPP项目合作双方的平等、合作和监督关系具体表现如下:

(1) 行政管理与平等的合同关系

一方面,政府是社会公共领域的管理者,对项目具有审批权、合作者的选择权、项目执行的监督权及提前终止的权利等。另一方面,政府与社会资本之间也是平等的合作关系。这体现在政府就项目进行招标,社会资本(投资人)投标,政府接到招标文件后,经过筛选并最终决定中标者,然后由中标者就项目合同与政府进行谈判并签订合同。

(2) 利益共享与风险共担的合作关系

合作关系表现为,政府与社会资本共同对项目进行投资,并约定未来的收入和利润的分配;双方也会协商分担项目所带来的风险,如法律变更、政策变化的风险由政府承担,投资、建设和运营等商业风险由社会资本承担,而不可抗力风险由双方共担。

(3) 长期的合作关系

PPP项目的周期比较长,包括项目的建设、运营和管理等往往长达几十年。在长期合作期间,社会资本承担PPP项目投资、建设和运营的责任;而政府负责项目的审批、征地、拆迁和支付社会资本项目的补贴,并监督社会资本对项目的执行等。双方长期合作的目的是为社会公众提供良好的公共产品和服务。

二、PPP 项目合同与特许经营合同的关系

PPP 项目合同与基础设施的特许经营合同的关系比较密切。广义的 PPP 项目合同包括特许经营、购买服务、股权合作等合同。《发改委 PPP 指导意见》指出,PPP 模式是指政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率,通过特许经营、购买服务、股权合作等方式与社会资本的合作关系。狭义的 PPP 项目合同主要是指政府购买服务,而特许经营合同是指以传统基础设施领域项目为标的的合同。

为了深入探讨 PPP 项目合同与特许经营合同的联系与区别,首先介绍一下基础设施特许经营的概念以及它的产生和发展。

特许经营在英文里有两个法律术语,即商业连锁经营(franchise)和基础设施领域的特许经营(concession)。

商业连锁经营是指一个商业企业直接投资设立分店和其他企业或个人加盟该企业。这些店对外使用统一的品牌和经营模式,但相互之间是独立的经营实体。美国是商业连锁经营的发源国,截至目前已有 100 多年的历史。世界上第一家茶叶连锁店诞生于纽约,自 1859 年开始,该店运用自己的资金在全美的各州创办分店,对内统一管理,对外利用统一品牌经营,获得了竞争优势,扩大了市场。因为商业连锁经营的优势,使其逐步推广到全球。商业上的连锁经营为公众所熟悉,较著名的商业连锁经营企业如肯德基和麦当劳等。

基础设施和公用事业领域的特许经营是指政府允许社会资本投资、建设和运营由其垄断的公共基础设施和公共服务领域的项目。它始于 20 世纪 80 年代,一些发展中国家(如土耳其)运用了建设—运营—移交(BOT)模式进行电厂建设,并取得了一定的成效,该模式得以在全世界范围内推广。

BOT 作为一种投融资模式,并非新生事物,它至少有 300 多年的历史。17 世纪英国的领港公会负责建设和经营海上灯塔等事务,并享有建造灯塔和向往来船只收费的特权。但据罗纳德·科斯(R. Coase)的调查,从 1610 年至 1675 年的 65 年时间里,领港公会竟没有建成一座灯塔,而同期社会资本却建成了十几座灯塔。这种由社会资本建造灯塔的投资方式与 BOT 模式十分相似,即首先由社会资本

平乱网(www.docsriver.com)商家beme电子书

向政府提出建造和经营灯塔的申请,申请内容包括船主同意建造灯塔,愿意支付过路费,并在申请书上签名;申请获得政府的批准后,社会资本开始向政府申请租用建造灯塔所需的土地并获得特许经营权,在特许期内管理灯塔并向过往船只收取过路费;特许期满后由政府收回灯塔并转交领港公会管理和继续收费。据统计,截至 1820 年,46 座已建成的灯塔中有 34 座是社会资本投资建造的。由此可见,社会资本运用 BOT 模式参与投资建设,其效率远远超过政府管理部门。

与许多创新模式具有相似之处,BOT 产生以后也经历了一段默默无闻的时期。直到 20 世纪 80 年代,由于经济发展的需要才重新回到经济发展的舞台,并在经济发展中起着日益重要的作用。这一时期,世界上比较著名的 BOT 项目有英法海峡隧道、我国广西来宾电厂和马来西亚南北高速公路等。

基础设施领域的特许经营是政府允许社会资本进入基础设施和公共服务领域进行投资、建设和运营的经济发展模式。关于基础设施领域的特许经营,在我国的政策法规中有不同的表述。

《市政公用事业特许经营管理办法》(2004 年 3 月 19 日 建设部令第 126 号)第二条规定,该办法所称市政公用事业特许经营,是指政府按照有关法律、法规规定,通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。该办法所称的特许经营的适用范围包括市政公用事业,如供气、供水、供热,公共交通、污水处理和垃圾处理等城市的公用事业项目。该办法规定政府以竞争方式选择从事市政公用事业的投资人。而 2003 年 8 月 28 日发布的《北京市城市基础设施特许经营办法》^①第二条规定:“本办法所称城市基础设施特许经营,是指经行政特别许可,企业或者其他组织在一定期限和范围内经营下列城市基础设施:(一)供水、供气、供热、排水;(二)污水和固体废物处理;(三)收费公路、地铁、城市铁路和其他城市公共交通;(四)其他城市基础设施。”该办法第四条规定,境内外的企业都有权平等地参与竞争,获取特许经营权。与住建部的《市政公用事业特许经营管

^① 《北京市城市基础设施特许经营办法》已因北京市第十二届人民代表大会常务委员会于 2005 年 12 月 1 日发布《北京市城市基础设施特许经营条例》而废止。

理办法》的规定相比,北京市的规定有两个特点:一是强调政府以行政特别许可的方式授予投资者特许经营权;二是特许经营的范围比住建部的规定更宽,即除了市政公用事业之外,还包括固体废物、收费公路等。但经过修改并由北京市第十二届人民代表大会常务委员会发布的《北京市城市基础设施特许经营条例》(2005年12月1日 北京市人民代表大会常务委员会公告第42号)第二条规定:“本条例所称城市基础设施特许经营,是指中华人民共和国境内外的企业和其他经济组织依法取得政府授予的特许经营权,在一定期限和范围内经营城市基础设施,提供公共产品或者公共服务。”该条例取消了特许经营需要取得行政许可的前置条件。

与住建部和北京市关于特许经营的规定相比,《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第三条规定,政府采用竞争方式依法授权社会资本从事我国境内基础设施和公共服务事业经营。该办法没有使用特许、行政许可等行政管理的术语,而是使用了“政府依法授权”等民事术语,同时规定了政府选择特许经营者时应采取公开和竞争的方式,以及双方当事人之间的风险分担和权利义务关系。该办法的规定与2014年年底以来,国家出台的推广PPP模式的一系列文件关于PPP项目政府与社会资本之间平等合作的精神相吻合。此外,该办法还进一步扩大了特许经营领域的范围,即将特许经营从城市市政公用事业,延伸到我国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等其他基础设施和公用事业领域(参见该办法第二条)。

狭义上的PPP项目合同即服务购买与传统基础设施领域的特许经营合同有许多相似之处,包括:

(1) 合同参与主体相同。两者的主体都包括社会资本(投资者)、政府、融资人、担保人、保险人、承包商、供应商、运营商等。

(2) 投资者取得经营权的方式相同。政府以协议的方式授予社会资本(投资者)在一定期限内的特许经营、服务购买或委托经营的权利。

(3) 项目收入回报的方式相似。两者都以项目运营的收入或政府支付的费用作为项目的收入来源。

(4) 项目融资。两者都以项目本身的资产作抵押、以项目公司的股份或未来

收入为质押而取得融资。

(5) 选择投资者的方式相同。政府通过公开、透明的招投标、邀请招标、竞争性谈判或其他竞争方式选择投资人。

但两者也有明显的区别。服务购买的 PPP 项目合同与传统的基础设施领域特许经营合同,在项目领域、合同模式、合同履行方式和争议解决等方面有明显的区别。

(1) 项目实施领域范围上不同。按照《发改委 PPP 指导意见》的规定,服务购买的 PPP 项目所涉及的领域主要包括医疗、卫生、教育、养老服务和其他非经营性项目,投资者的收费来源主要为政府付费。而传统基础设施特许经营的领域包括能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域的经营性或准经营性项目。项目一般采用使用者付费和政府提供补贴的投资回报模式。国务院办公厅转发财政部、国家发展改革委、中国人民银行的《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》(2015年5月19日 国办发[2015]42号印发)规定,公共服务领域鼓励采用政府和社会资本合作模式,在能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域需要实施特许经营的,按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第二条规定:“中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动,适用本办法。”

(2) 项目合同模式不同。购买服务的 PPP 项目一般采取委托管理合同和服务外包等合同模式。而特许经营合同一般限于建设—运营—移交(BOT)、移交—运营—移交(TOT)和改扩建—运营—移交(ROT)的合同模式。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第五条规定:“基础设施和公用事业特许经营可以采取以下方式:(一)在一定期限内,政府授予特许经营者投资新建或改扩建、运营基础设施和公用事业,期限届满移交政府;(二)在一定期限内,政府授予特许经营者投资新建或改扩建、拥有并运营基础设施和公用事业,期限届满移交政府;(三)特许经营者投资新建或改扩建基础设施和公用事业并移交政府后,由政府授予其在一定期限内运营;(四)国家规定的其他方式。”

(3) 项目合同履行方式不同。服务购买的 PPP 项目合同强调政府与社会资本

利益共享、风险共担的合作关系。在项目合同履行中,一般由双方共同组建项目公司,负责项目的运行。而传统基础设施领域的特许经营合同即我国 20 世纪八九十年代的特许权经营项目,政府一般不参与项目公司的组建,也不介入项目的运营和管理。国家发展改革委等六部委通过的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》对政府是否参与项目公司的组建和投资,并没有作出明确的规定。

(4)项目合同在争议解决方式上的区别。服务购买的 PPP 项目因其采用委托经营、服务外包等合同形式,因此可以采取多元化的争议解决方式,即如果政府与社会资本发生争议,可以选择诉讼或仲裁的方式解决。而特许经营合同争议,按照 2015 年修改的《行政诉讼法》第十一条的规定,应依照行政诉讼程序审理。

三、BT 项目合同的产生和局限性

BOT 项目合同是指由投资人负责项目的融资、建设、运营和移交的合同。BT 项目合同是 BOT 项目合同的一种简化,是指承包商负责政府项目的融资、建设,项目建成后由政府回购并接收项目资产的合作。

20 世纪 90 年代,由于地方政府的财力不足,作为政府性公共项目的新型融资方式,BT 项目合同在我国基础设施领域得到了广泛的运用。依照 BT 项目合同的约定,承包商作为投资人取得政府的授权,承担政府项目的投资、建设。当项目建成后,承包商将项目资产移交给政府使用,政府一般在 2~5 年内分期偿还承包商的投资和利息。比较典型的 BT 项目案例有:佛山市市政基础设施 BT 建设工程、天津津滨轻轨项目、北京地铁奥运支线和南京地铁二号线一期工程等。

BT 项目合同订立的法律依据不足,履行也不规范,在实践中产生了许多问题。由于政府在项目建成后支付工程款,许多地方政府超出了其财政(回购)能力,盲目扩大建设规模,不仅产生了大量的地方政府债务,而且 BT 项目的成本较高,一般比传统 BOT 合同高出 10%~20%。

由于 BT 项目合同的以上局限性,其已被国务院和国家部委文件所明令禁止,但地方政府的违法、违规融资又以其他形式出现,如采用“明股实债”“固定回报”“回购安排”等形式变相融资,或向融资平台公司注资或提供担保,通过财务公司、信托公司、金融租赁公司等违规举借政府性债务等。目前国家大力倡导并推广

PPP 模式的同时,各地又纷纷出现了以 PPP 模式掩盖的 BT“创新模式”。在实践中,既应注意防止这些假“PPP”项目重现,也应防止因 PPP 模式的过度发展而给这项新兴事业造成不必要的伤害。

四、PPP 项目合同(广义)与 BT 项目合同的区别

《财政部关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》(2016年10月11日 财金[2016]90号)指出,要防止地方政府以固定回报承诺、回购安排、明股实债等方式承担过度支出责任,以当期政府购买服务支付代替 PPP 项目中长期的支出责任,规避 PPP 相关评价论证程序,加剧地方政府财政债务风险隐患。尽管 BT 项目已被国家明令禁止,但在实践中仍有许多投资、建设和回购的 BT 项目以委托开发等方式加以包装,以 PPP 项目的面目重新出现。这些经包装的 PPP 项目,政府仍承担着融资和运营的风险和责任,无法起到 PPP 模式推广的目的。因此有必要对 PPP 项目合同与 BT 合同的区别加以讨论:

1. 双方在项目合同中的权利义务不同。PPP 项目合同规定投资人承担项目的投资、建设和运营责任,项目运营结束后由投资人将项目资产无偿移交给政府;而 BT 项目合同规定投资人负责项目的投资和建设,项目建成后政府有偿回购项目的资产。

2. 风险责任划分不同。从项目的风险责任分担上看,PPP 项目的投资、建设和运营等商业风险由投资人承担;而 BT 项目的投资和建设的最终风险,一般由政府承担。

3. 合同标的范围不同。PPP 项目合同标的包括公共基础设施和公共服务,如交通、能源、电信、养老、教育和旅游等,十分广泛;而 BT 项目合同标的除政府承担的公共服务领域外,还包括其他的项目,如集贸市场等。

4. 融资责任不同。PPP 项目合同的融资责任由投资者承担,政府可以提供协助;而 BT 项目的融资,政府一般需提供相应的担保。

5. 项目合同的环节和期限不同。PPP 项目合同的环节较多,包括投资、建设和运营,期限少则 10 年,多则几十年;而 BT 项目合同仅包括投资和建设,没有运营环节,因而合同期限较短,一般在 3~5 年之间。