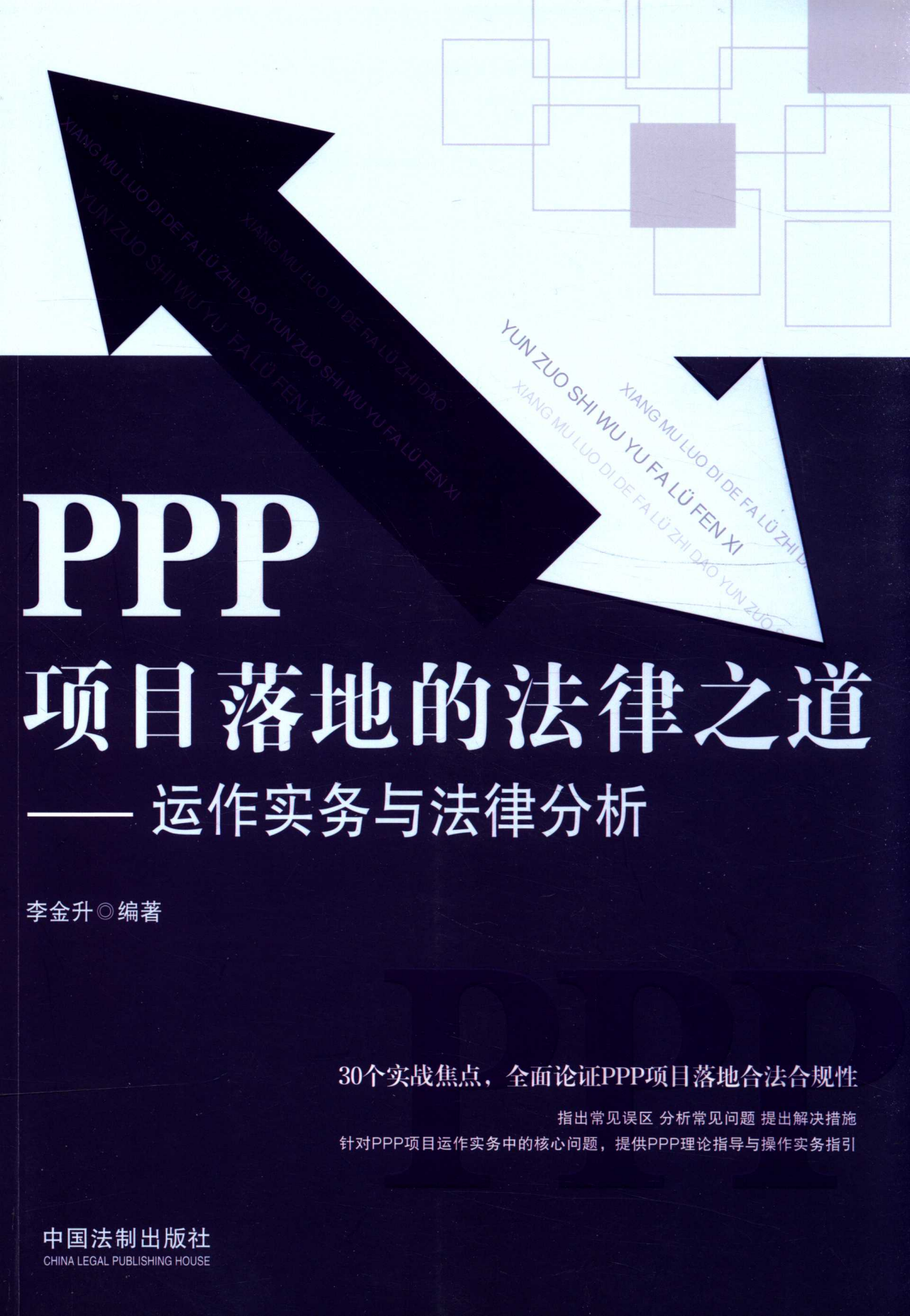




PPP

项目落地的法律之道

——运作实务与法律分析

李金升◎编著

30个实战焦点，全面论证PPP项目落地合法合规性

指出常见误区 分析常见问题 提出解决措施
针对PPP项目运作实务中的核心问题，提供PPP理论指导与操作实务指引

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



PPP

项目落地的法律之道

—— 运作实务与法律分析

李金升◎编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

PPP 项目落地的法律之道: 运作实务与法律分析 / 李金升编著.

—北京: 中国法制出版社, 2016. 10

ISBN 978-7-5093-7919-6

I. ① P… II. ①李… III. ①政府投资—合作—社会
资本—法规—中国—文集 IV. ① D922.280.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 241657 号

策划编辑 马 莉

责任编辑 林 林

封面设计 杨鑫宇

PPP 项目落地的法律之道: 运作实务与法律分析

PPP XIANGMU LUODI DE FALÜZHIDAO: YUNZUOSHIWU YU FALÜFENXI

编著 / 李金升

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2016 年 11 月第 1 版

印张 / 27.25 字数 / 388 千

2016 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7919-6

定价: 81.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66067369

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

前 言

PPP 项目的顺利落地，除了在技术经济上可行，且能被市场所接受外，在合法合规性上，也需要予以满足。财政部于 2016 年组织开展的第三批政府和社会资本合作示范项目评审标准，就将审查 PPP 项目的合规性列为定性评审的主要审查内容，并且明确规定，只有通过定性评审的项目方可进入定量评审。在合规性上不满足的 PPP 项目，也就不可能成为财政部所推荐的 PPP 示范项目。具体可见财政部《关于组织开展第三批政府和社会资本合作示范项目申报筛选工作的通知》（财金函〔2016〕47 号）及其附件 1《PPP 示范项目评审标准》。

PPP 项目的合规性，除了在申报财政部或者各地方政府组织开展的 PPP 示范项目上需要满足外，在具体的实施中，不仅政府方关注 PPP 项目的合规性，社会资本方也非常关注 PPP 项目的合规性。同时，社会资本方将该 PPP 项目向金融机构（含银行、基金、信托等）融资时，金融机构在风控审查上，PPP 项目的合规性就是重点之中的重点。

那么，PPP 项目的合规性，是指需要满足哪些规定的要求呢？

这些规定，主要集中在财政部和国家发展和改革委员会于近三年发布的大量关于 PPP 项目的政策中，如《国家发展和改革委员会关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724 号）、《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金〔2014〕113 号）、《财政部关于印发〈PPP 物有所值评价指引（试行）〉的通知》（财金〔2015〕167 号）、《国家发展和改革委员会关于切实做好传统基础设施领域政府和社会资

本合作有关工作的通知》(发改投资〔2016〕1744号)、《关于进一步共同做好政府和社会资本合作(PPP)有关工作的通知》(财金〔2016〕32号)等。这些政策规定众多,构成PPP项目合规性的大部分依据。当然,还有其他一些规定,散见于国务院各部委及国务院办公厅发布的相关文件中,这些也构成PPP项目合规性要求的文件依据。

另外,PPP项目除了满足国家层面的合规性要求外,还需要满足地方政府关于PPP项目的政策规定要求,比如上海市人民政府办公厅就于2016年印发了《〈本市推广政府和社会资本合作模式的实施意见〉的通知》(沪府办发〔2016〕37号),意味着在上海市实施的PPP项目,不仅要满足国家层面关于PPP项目的合规性要求,还需要满足地方性的合规性要求。

对于PPP合规性的要求,大家比较容易理解,因为现今我国关于PPP的政策规定已出台了很多。但是对于PPP项目的合法性要求,大家却不太容易理解,认为目前PPP法尚未出台,在PPP领域里,属于“无法可依”的状态,PPP项目,只需要满足合规性即可,至于合法性,PPP法都没有,皮之不存,毛将焉附?

这是一种片面的理解!PPP项目,除了需要满足合规性要求外,还需要满足合法性要求。

虽然我国现阶段尚无PPP法,但我国现阶段有《中华人民共和国政府采购法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国预算法》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国土地管理法》《中华人民共和国税收征收管理法》《中华人民共和国企业所得税法》等。

PPP项目,需要满足如上这些法律的合法性要求,否则将面临产生一个违法PPP项目的法律风险。比如,政府用财政资金支付给社会资本的相关款项,需要遵守《中华人民共和国预算法》的规定;政府用什么方式选择社会资本,需要遵守《中华人民共和国政府采购法》《中华人民共和国招标投标法》的规定;PPP项目落地,是需要土地才能“落地”的,也就需要遵守《中华人民共和国土地管理法》等与土地相关的法律的规定;PPP项目需要成

立 SPV 公司，也就需要遵守《中华人民共和国公司法》的规定；PPP 项目为新建、改建类项目，也要审查是否满足《中华人民共和国建筑法》等的规定。

因此，PPP 项目的顺利落地，合法合规性，必须要予以满足。

那么，这些合法合规性要求，该如何满足呢？

请打开本书，看看里面收录的 30 篇实战文章。

这 30 篇文章，来源于本人在为 PPP 项目提供包含法律咨询等服务的过程中，在与政府方、社会资本方、行政管理机关、金融机构、招标代理机构等沟通交流的经验与心得，其针对 PPP 项目实施过程中的关键点与核心点，主要从法律法规政策的角度，分析其风险，提出应对措施，以使其满足合法合规的要求，顺利落地。

当然，这 30 篇文章不可能涵盖 PPP 项目合法合规性要求的所有范围；这 30 篇文章，也非灵丹妙药包治百病，甚至很有可能囿于本人的经验、学识等的不足，存在一些错误，带来一些副作用。诸君在阅读时，应仅以其作为参考，以及作为引玉的一块砖而已，切记切记。

李金升律师

2016年9月22日

目 录

第一部分 PPP 综合篇

之一：婚姻、帽子、筐：三个比喻助你形象理解 PPP	002
婚姻：PPP 不是一场豪华的“婚礼”，而是一场持久的“婚姻”	004
帽子：PPP 是一顶漂亮的“帽子”，很多项目都可以“戴”	005
筐：PPP 是一个“筐”，很多方式都可以往里“装”	008
之二：《中华人民共和国政府采购法实施条例》对 PPP 项目 的三大影响	009
一、前言	009
二、政府付费和可行性缺口补助 PPP 项目须执行政府采购法律体系	010
三、政府向社会公众提供的公共服务 PPP 项目须遵循更严格的条件	011
四、PPP 项目并不能任意选择政府采购方式予以实施	012
五、结语	015
之三：准经营性水利项目采取 PPP 模式的法律应用分析	016
一、前言	016
二、捆绑经营性资源以吸引社会资本参与准经营性的水利 PPP 项目	017

三、采取公正性与透明度更高的公开招标方式选择社会资本参与准
经营性的水利 PPP 项目019

四、合理分配准经营性水利 PPP 项目中政府方与社会资本的风险021

五、合理确定与划分准经营性水利 PPP 项目中政府方与社会资本的
工作边界.....022

六、结语025

之四：市政道路采取 PPP 模式的法律应用分析026

一、哪些市政道路项目可采用 PPP 模式？026

二、哪种项目运作方式适合市政道路 PPP 项目？029

三、如何设计市政道路 PPP 项目的交易结构？030

四、如何选择市政道路 PPP 项目的采购方式？033

五、如何构建市政道路 PPP 项目的合同体系？035

六、结语037

之五：土地一级开发 PPP 模式的法律应用评析038

一、土地一级开发可以适用 PPP 模式038

二、可以以公开招标的方式选择土地一级开发 PPP 模式合作方040

三、可以灵活运用具体的 PPP 项目运作方式实施土地一级开发042

四、须巧妙设计土地一级开发 PPP 模式的交易结构044

五、即使复杂也须完善的土地一级开发 PPP 模式合同体系045

六、须详细考虑土地一级开发 PPP 模式的退出机制047

七、结语：乐观审慎对待 PPP 模式在土地一级开发中的应用049

之六：以 PPP 模式实施保障房项目的法律探讨050

一、国家支持以 PPP 模式实施保障房项目050

二、以合同期限较短的委托运营和管理合同方式实施.....051

三、以合同期限较长的建设—运营—移交等四种方式实施.....053

四、以不同的投资回收方式实施各种 PPP 运作方式054

五、结语：具体的保障房项目具体选择 PPP 运作及投资回收方式.....056

之七：PPP 项目物有所值评价需满足的 9 个重大合规性

要点分析.....058

一、物有所值评价实施主体的合规性058

二、委托第三方专业机构方式的合规性059

三、物有所值评价开展时间的合规性064

四、物有所值评价基础资料的合规性065

五、物有所值定性评价指标的合规性067

六、物有所值定性评价专家组成的合规性068

七、物有所值定性评价程序的合规性069

八、物有所值评价报告内容的合规性071

九、物有所值评价报告备案与披露的合规性072

十、结语073

之八：PPP 项目财政承受能力论证的 10 个常见误区.....074

误区之一.....074

误区之二.....076

误区之三.....077

误区之四.....078

误区之五.....078

误区之六.....079

误区之七.....080

误区之八.....081

误区之九.....	082
误区之十.....	083
结语.....	084
之九：PPP 项目实施方案编制中的常见法律风险评析.....	085
一、PPP 项目实施方案中相关主体定位的法律风险评析	086
二、PPP 项目实施方案验证与审核的法律风险评析	088
三、PPP 项目合作期限设置的法律风险评析	089
四、PPP 项目公司（SPV）股权设置的法律风险评析	091
五、PPP 项目社会资本方回报机制设置的法律风险评析	093
六、结语	094
之十：特许经营项目落地九步法	095
第一步 提出特许经营项目建议.....	096
第二步 确定特许经营项目实施机构.....	096
第三步 编制特许经营项目实施方案.....	097
第四步 开展特许经营可行性评估.....	098
第五步 开展可行性缺口补助或者物有所值评价相关工作.....	099
第六步 特许经营项目实施方案的审查.....	099
第七步 特许经营项目实施方案的审定.....	100
第八步 选择特许经营者.....	101
第九步 签订特许经营协议.....	102
结语.....	103

第二部分 PPP 招标采购篇

之一：PPP 项目招标文件重要编制依据概览	106
一、重要编制依据之一：法律	106
二、重要编制依据之二：行政法规	108
三、重要编制依据之三：国务院部门规章	108
四、重要编制依据之四：国家政策	109
五、重要编制依据之五：PPP 项目合同指南	111
六、重要编制依据之六：两报告一方案	112
七、重要编制依据之七：其他	113
八、结语	114
之二：PPP 项目招标社会资本与传统招投标程序的差异	115
一、PPP 项目公开招标不再属于原则，非公开招标也不再属于例外	115
二、PPP 项目资格预审属于强制，资格后审不被允许	116
三、PPP 项目评审专家可以自行选定，而非随机抽取	117
四、PPP 项目发出中标通知书前可依次序与中标候选人谈判	118
五、PPP 项目不公示中标候选人，但须公示更多资料	119
六、PPP 项目须公示中标结果，也须公示签订的项目合同	119
七、结语	120
之三：PPP 项目政府采购方式中，“竞争性谈判”与“竞 争性磋商”究竟有哪些区别？	121
一、法律层级规定的异同	122

二、定义的异同122

三、适用范围的异同122

四、报批程序的异同123

五、供应商（社会资本方）来源方式与数量的异同124

六、谈判（磋商）文件包含内容的异同124

七、谈判（磋商）程序时限的异同125

八、保证金的异同126

九、谈判（磋商）小组组成的异同127

十、最后报价供应商数量的异同128

十一、推荐成交候选供应商（社会资本方）的异同129

十二、确定成交供应商（社会资本方）的异同130

十三、重新评审的异同130

十四、终止竞争性谈判（磋商）采购活动的异同131

十五、法律责任的异同132

十六、结语132

之四：公开招标在选择 PPP 社会投资人中将不再是首选

方式吗？133

一、认为不是首选的理由之一：公开招标仅为 PPP 项目中选择社会资本的两种方式之一.....134

二、认为不是首选的理由之二：更具灵活性的竞争性磋商方式已由财政部专门发文推动.....135

三、认为不是首选的理由之三：PPP 项目的复杂性不太适合采用公开招标.....137

四、认为仍是首选方式的理由之一：公开招标是最透明、最公正、最公平的 PPP 社会资本选择方式139

五、认为仍是首选方式的理由之二：众多规范性文件首推或仅规定 公开招标方式.....	140
六、认为仍是首选方式的理由之三：社会资本具备自行建设、生产 或提供的可以不需再行招标即可直接实施工程建设项目.....	141
七、结语	142
之五：PPP 项目采购强制实施资格预审的法律反思	143
一、前言：国家规定与实际操作不一致	143
二、上位法：强制实施资格预审的合法性反思	144
三、合理性：实施资格预审的利弊反思	147
四、具体性：针对不同的 PPP 项目及不同的采购方式确定是否 实施资格预审.....	151
五、结语：将是否实施资格预审还权于招标人（采购人）.....	153
之六：PPP 项目招标社会资本资格审查的法律应用分析	154
一、前言	154
二、采用资格预审还是资格后审的法律应用分析	155
三、对资金实力资格条件设置的法律应用分析	157
四、对是否允许联合体投标的法律应用分析	159
五、设置资格条件应考虑避免违反法律的规定	161
六、结语	162
之七：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险评析	163
一、前言：PPP 项目招标文件编制无标准文件可循	163
二、时间：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险之一	164
三、资格预审：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险之二	168
四、投标：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险之三	170

五、定标：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险之四172

六、结语174

之八：PPP 项目招标文件中监理单位委托人的设置 175

一、实例：重庆市建桥园区 C 区综合配套 PPP 项目概况175

二、选择方式之一：由 PPP 项目的项目公司作为监理单位的委托人178

三、选择方式之二：由 PPP 项目的政府方作为监理单位的委托人181

四、结语.....181

之九：从招标人的角度看 PPP 模式中社会资本采取联合体投标的法律风险控制183

一、前言183

二、是否允许社会资本采取联合体投标 PPP 项目属于招标人的法定权利但建议招标人根据 PPP 项目的具体情况予以适用184

三、社会资本采取联合体投标 PPP 项目时数量与性质要求的法律风险控制.....186

四、社会资本采取联合体投标 PPP 项目时投标保证金与履约保证金的法律风险控制.....189

五、社会资本采取联合体投标 PPP 项目时共同投标协议与项目合同签订的法律风险控制.....191

六、结语193

附图一：一张图读懂 PPP 项目采购流程.....194

附图二：一张图读懂 PPP 项目竞争性磋商流程195

第三部分 PPP 合同篇

之一：两部委两份 PPP 项目合同指南的区别与联系	198
一、两份 PPP 项目合同指南的相同点	198
二、两份 PPP 项目合同指南的不同点	200
之二：招标前签署 PPP 项目框架协议的法律风险评析	203
一、实例原况回放：南京航道局与广东云清公司、中城北方公司 招标前签订相关合同纠纷案	204
二、实例启示之一：政府方与社会资本在招标前签署的 PPP 项目 框架协议存在涉嫌串标导致协议无效的法律风险	206
三、实例启示之二：政府方与社会资本在招标前签署的 PPP 项目 框架协议存在涉嫌串标导致投标被否决的法律风险	207
四、实例启示之三：政府方与社会资本在招标前签署的 PPP 项目 框架协议存在涉嫌串通投标罪的刑事法律风险	209
五、结语	210
之三：PPP 项目如何依法设置环环相扣且全覆盖的各项 保证金机制？	212
一、实例：“某市政道路桥梁工程 PPP 项目”概况	213
二、PPP 项目资格预审阶段保证金的设置	214
三、PPP 项目投标阶段保证金的设置	216
四、PPP 项目合同生效阶段前提条件的保证金的设置	218
五、PPP 项目建设阶段保证金的设置	219

六、PPP 项目运营维护阶段保证金的设置221

七、PPP 项目移交阶段保证金的设置222

八、结语：PPP 项目环环相扣且全覆盖的保证金机制图223

之四：PPP 项目合作期限合规合理设定的大数据实证分析.....224

一、数据实录：财政部已公布的 42 个 PPP 示范项目合作期限情况224

二、数据分析：财政部已公布的 42 个 PPP 示范项目规律挖掘229

三、数据应用：可供参考的二阶段合作期限设置的财政部 PPP 示范
项目233

四、结语：根据具体的 PPP 示范项目合规合理设定合作期限234

**之五：如何妥当拟定 PPP 项目合同中的特许经营权质押
融资条款？236**

一、实例介绍：长乐市城区污水处理厂特许经营权质押融资借款合同
同纠纷案.....236

二、质权设定：PPP 项目的特许经营权可以设定质押权238

三、质权公示：PPP 项目的特许经营权质押如何予以公示240

四、质权实现：PPP 项目特许经营权质押实现的有限性241

五、结语：慎重约定特许经营权质押融资条款243

之六：营改增后 PPP 项目合同体系中的涉税条款如何拟定？244

一、从营改增的角度划分 PPP 项目合同体系中的合同种类244

二、从合同法的角度看 PPP 项目合同体系中的重点涉税条款247

三、从税务风险的角度拟定 PPP 项目合同体系中的重点涉税条款250

四、结语253

之七：如何妥当拟定 PPP 项目合同体系中 SPV 公司股权

变更条款.....255

- 一、实例介绍：江苏省宿迁市骆马湖旅游度假区生态环境提升工程
（项目二）（PPP 模式）.....256
- 二、变更需求：须准确识别 PPP 项目各方主体对 SPV 公司股权变更
的不同需求.....258
- 三、变更方式：须准确识别 SPV 公司股权变更的众多方式261
- 四、具体对待：根据具体的 PPP 项目拟定对应的 SPV 公司股权变更
条款.....263
- 五、结语：通盘考虑详细拟定 SPV 公司的股权变更条款266

之八：非收费的公路或城市道路 PPP 项目可否签订特许

经营协议？268

- 一、前言：非收费的公路或城市道路项目可以采用 PPP 模式实施268
- 二、争议：非收费的公路或城市道路 PPP 项目可否签订特许经营
协议.....269
- 三、意见之一：非收费的公路或城市道路 PPP 项目不能签订特许
经营协议.....271
- 四、意见之二：非收费的公路或城市道路 PPP 项目可以签订特许
经营协议.....272
- 五、结语：争议的彻底解决还须统一法律规定.....273

之九：PPP 项目合同提前终止事宜的处理275

- 一、实例：贵阳市筑城广场项目 BOT 协议提前解除事宜.....275
- 二、事由：PPP 项目合同须详细约定提前终止的事由279
- 三、回购：PPP 项目合同须详细约定提前终止后的回购机制281