

PPP项目 实战策略 与 操盘技巧

Practical tactics and
Manipulation skills on
PPP PROJECT

德恒律师事务所PPP业务中心 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

PPP项目 实战策略 与 操盘技巧

Practical tactics and
Manipulation skills on
PPP PROJECT



德恒律师事务所PPP业务中心 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

PPP 项目实战策略与操盘技巧 / 德恒律师事务所 PPP
业务中心编著. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2747-5

I. ①P… II. ①德… III. ①政府投资—合作—社会
资本—研究 IV. ①F830.59②F014.39

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 224080 号

PPP 项目实战策略与操盘技巧

PPP XIANGMU SHIZHAN CELUE YU CAOPAN JIQIAO

德恒律师事务所

PPP 业务中心 著

特邀策划 张文京 李宏远

责任编辑 朱 峰

装帧设计 李 瞻

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 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 郭艳萍

责任印制 张建伟

编辑统筹 法律出版社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 37.5

字数 631 千

版本 2018 年 10 月第 1 版

印次 2018 年 10 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 978-7-5197-2747-5

定价:116.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

习近平总书记在党的第十九次全国代表大会上向世界庄严宣告:中国特色社会主义进入新时代。这个新时代也是党开启全面依法治国的伟大时代。法治国家与法治社会需要充分发挥律师的作用。在经济发展新常态下,法律服务领域将发生很多新的变化,律师介入各类经济事务的范围和领域将会更加广阔,律师服务与经济发展将更加深度融合。律师要了解形势,关注大势,找准服务新常态的着力点,以更宽广的视野关注新常态下经济社会民生等各类法律服务需求。

作为创立已二十多年的综合性律师事务所,“德恒”建立了 25 个国内分支机构以及 5 家海外分所,形成了遍布中国和世界主要城市的服务网络与客户群,可提供高效“一站式”法律服务。“德恒”拥有一流的国际化律师队伍,律师 80% 以上拥有硕士、博士学位,业务经验丰富。“德恒”业务领域广泛,可提供全方位的专业法律服务。二十多年来,“德恒”创造了多项法律服务世界第一,今天,“德恒”正在努力建设具有中国文化包容性和制度先进性的国际化律师事务所。

多年来,“德恒”致力于服务国家重点投资的基础设施项目,长江三峡、南水北调、南京长江隧道等特大型工程见证了“德恒”的出众能力和专业素质,“德恒”一直是我国重大建设项目法律服务领域的“领头羊”。当前,在国际上,我国正加快实施“一带一路”倡议,它的建设过程不仅涉及众多国家和地区,也涉及众多产业和巨量要素的调动;在国内,我国正大力推广政府和社会资本合作(PPP)以引导充分利用社会资本在技术、管理、成本控制等领域的优势,提高基础设施和公共物品的供应效率和效益等特点,这些将会在转变政府投融资模式、增加公共产品供给等方面发挥重要作用。“德恒”凭借良好的信誉、全球化的服务网络、丰富的全球资源以及专业精深、经验丰富的合伙人及强大的律师团队等优势,集结与“一带一路”相关的国家、城市的优质资源,建立起包括商

会组织、政府机构、国有企业、研究机构、投资银行、金融机构,以及国内有影响力的律所和国际知名律所及其相关机构在内的强大平台,奠定了“德恒”服务于“一带一路”项目、PPP 项目等建设国家战略项目的坚实基础。

最近三年来,“德恒”律师服务国内各类型 PPP 项目 100 多个,累计投资额超过人民币 5000 亿元,德恒律师事务所连续获得“十佳 PPP 项目法律服务机构”“PPP 项目城镇综合开发律师事务所首选品牌”“PPP 项目轨道交通律师事务所首选品牌”“PPP 项目市政工程律师事务所首选品牌”等荣誉称号;多位律师获得“中国 PPP 项目金牌律师”称号,多人入选财政部或国家发改委 PPP 项目专家库。

本书系我所孙钢宏、贾怀远、张文京等近 30 位律师在服务国家 PPP 项目和“一带一路”项目中的经验总结,包括了 PPP 基本问题、PPP 融资、PPP 以案说法、PPP 社会资本、PPP 保险、PPP 争议解决、PPP 终止、PPP 实务案例、PPP 实务文本九个部分,从政策分析、理论探讨到实践操作等方面进行了全面论述,特别注重 PPP 实际操作中疑难问题的解决,是我所律师对实施 PPP 项目的经验总结。本书以问题为导向进行针对性剖析与思考,通过分析 PPP 项目实践操作过程中的重难点问题,将我们分析问题的基本思路展现给诸位同道,以期对广大读者有所裨益。但需要说明的是,鉴于当下我国 PPP 相关政策正处于不断更新完善的完善期,本书的某些观点难以与现行政策完全契合,恳请各位同仁批评指正。

不忘初心,方得始终。“德恒”律师始终坚持“德行天下、恒信自然”的理念,立足专业、服务长远,为建设中国特色社会主义法治国家贡献律师力量。在新形势下,“德恒”将紧紧围绕全面深化改革各项任务措施和国家重大经济决策,以实际行动和专业的法律服务,为“一带一路”工作加快推进和 PPP 项目成功实施做出积极贡献。

王丽博士

北京德恒律师事务所
首席全球合伙人、主任

2018 年 1 月

作者名录

1. 孙钢宏,北京德恒律师事务所执行主任、全球合伙人,首批注册土地评估师,北京土地整理储备中心评标委员,北京仲裁委员会仲裁员,具有 26 年的律师从业经历,在国内大型基础设施项目建设、PPP 项目及国际 EPC、DBO、BT、BOT 项目等领域法律服务经验丰富。

2. 贾怀远,英国曼彻斯特大学法律硕士,北京德恒律师事务所高级合伙人(兼德恒迪拜办公室主任),国家发改委 PPP 专家库专家、财政部 PPP 专家库专家、涉外工程资深法律专家,具有 20 多年国内外大型 EPC、BOT、PPP 项目法律服务经验。

3. 张文京,法学硕士,北京德恒律师事务所高级合伙人,财政部 PPP 中心入库专家,财政部第三批 PPP 示范项目评审专家。2005 年 6 月被中华全国律师协会评选为“全国优秀律师”,2015 年度被评为“中国 PPP 项目金牌律师”,具有 20 多年国内外大型 BOT、PPP 项目法律服务经验。

4. 王雨微,法律硕士,德恒上海律师事务所高级合伙人,注册税务师,自 2000 年以来长期从事企业改制、重组、上市、融资等资本市场法律服务,在铁路、公路、核电站、港口等大型基础设施项目(含 PPP)以及太阳能、风电等新能源项目融资与并购具有较为丰富的法律服务经验。

5. 王青峰,法学硕士,北京德恒(济南)律师事务所高级合伙人,山东省法律援助先进个人,省律协投融资与并购委员会委员,自 2000 年从事法律服务以来主要从事服务城市基础建设与房地产法律服务、企业改制与投融资、并购重组、金融及衍生品法律服务等。担任数十家政府、企事业单位常年法律顾问,在水务一体化、市政基础建设、新能源(光伏、天然气、生物质等)、旅游地产、医养结合等 PPP 项目投融资与并购方面具有丰富的经验。

6. 刘亚晶,法学硕士,北京德恒(珠海)律师事务所合伙人,珠海仲裁委仲裁员,海南仲裁委仲裁员,珠海律协建筑房地产专业委员会主任,在政府法律顾

问、房地产建设及投融资、政府投资/私募股权投资基金、公司股权治理及并购重组、PPP 项目、城市更新项目、企业风险防控和管理体系建设领域法律服务经验丰富。

7. 邢旭,法律硕士,浙江省财政厅 PPP 专家库专家,浙江省律协 PPP 课题组成员。北京德恒(温州)律师事务所合伙人,专注于建设地产领域,熟悉房地产等项目的投融资和诉讼应对,在交通、水利、垃圾处理等基础设施和公共服务方面,积累了较为丰富的 PPP 专项法律服务经验。

8. 李雄伟,法学硕士,北京德恒律师事务所高级合伙人,2004 年加入德恒开始提供基础设施、建设工程、不动产及金融等领域法律服务,在为政府财政部门、社会投资人及金融机构提供 PPP 项目法律服务领域经验丰富。

9. 李仰德,法学硕士,北京德恒(重庆)律师事务所合伙人,重庆市财政局 PPP 项目采购专家、云南省财政厅 PPP 专家库专家、湖南省发改委 PPP 专家库专家,主要从事 PPP 等投融资项目法律服务、商业模式和交易架构设计,具有丰富的实践经验。

10. 李磊,法学学士,北京德恒(合肥)律师事务所合伙人,长期以来专注于房地产和基础设施法律服务,熟悉工程项目专业领域的流程及大型 BOT、BT、PPP 类项目的融资、项目模式设计,对项目招标投标、公用事业法律服务以及大型建筑工程等具有较为丰富的法律服务经验,并为多项 PPP 项目提供专项法律服务。

11. 李晓新,法学博士,北京德恒(合肥)律师事务所合伙人,2002 年开始执业,长期从事企业改制、重组、上市、融资等资本市场法律服务,在房地产、大型工程、PPP 项目投资和资产证券化等领域积累了丰富的法律服务经验。

12. 李宏远,法律硕士,北京德恒律师事务所合伙人,注册招标师,浙江省财政厅 PPP 项目入库专家、天津市财政局 PPP 项目入库专家,具有工程项目招标与合同管理、政府采购及法律服务的复合工作背景,在政府采购、工程招标及大型基础设施建设与 PPP 项目法律服务经验丰富,2016 年度被评为“中国 PPP 项目金牌律师”。

13. 陈娟,法律硕士,北京德恒(乌鲁木齐)律师事务所合伙人,1998 年开始执业,长期以来专注于企业风控、投融资、债券发行、资产重组等法律服务,对 PPP 项目的融资方案等整体结构设计具有较为丰富的法律服务经验,并为多项 PPP 项目提供专项法律服务。

14. 张本意,法学硕士,北京德恒(合肥)律师事务所高级合伙人、党支部书记

记,2018年中华全国律师协会青年律师领军人才成员,为多项BOT、TOT项目提供专项法律服务;先后担任安徽省发改委、合肥市包河区政府、新站区管委会、经济技术开发区管委会等政府及政府部门法律顾问,在建筑房地产及基础设施建设、PPP项目领域法律服务经验丰富。

15. 杨振兴,法学硕士,山西金融职业学院副教授,北京德恒(太原)律师事务所兼职律师,山西省财政厅PPP项目专家库专家,山西省股权交易中心特聘法律专家,主要研究PPP项目、互联网金融及证券业务,具有基金从业资格,在金融、项目融资领域法律服务经验丰富。

16. 郑宏宇,法学学士,北京德恒(昆明)律师事务所合伙人,国家财政部PPP专家库专家,昆明市人民政府法律专家咨询委员会委员,中国政法大学PPP研究中心专家委员会委员,在PPP项目、投融资与并购、股权投资基金、房地产与建设工程、公司业务等领域法律服务经验丰富。

17. 郑秀军,法律硕士,北京德恒(合肥)律师事务所副主任、高级合伙人,长期从事建筑房地产专业领域法律服务,取得安徽省“建筑房地产”专业律师证书,在棚户区改造、污水处理等领域PPP法律服务经验丰富。

18. 赵彦儒,北京德恒(西安)律师事务所高级合伙人,国家一级建造师,陕西省律师协会建筑与房地产专业委员会副主任、教育培训专门委员会副主任,西安仲裁委仲裁员,陕西省财政厅PPP专家库专家,PPP项目法律服务经验丰富。

19. 贾辉,美国纽约大学法学院法律硕士,北京德恒律师事务所合伙人,并同时拥有中国和美国纽约州的律师执业资格,商务部国际投资法律事务入库律师,还兼任“一带一路”服务机制主席助理,新能源海外发展联盟副秘书长,北京律师协会保险委员会委员,中国保险行业协会首席律师顾问团代表,中国保险资产管理业协会法律合规委员会委员,在保险及国际投资、并购领域法律服务经验丰富。

20. 徐燕松,法学硕士,北京德恒(深圳)律师事务所合伙人,深圳市人大常委会法律助理,区政协委员,深圳市建筑产业化专家委员会专家,深圳市银行业消保促进会理事会理事,在金融、房地产(城市更新)、重大项目投融资、PPP项目等领域法律服务经验丰富。

21. 陶于权,法学博士,北京德恒(重庆)律师事务所合伙人,在房地产开发项目、工程项目及PPP项目法律服务经验丰富。

22. 康小鸪,法学硕士,北京德恒(广州)律师事务所副主任、高级合伙人,

广州仲裁委仲裁员、广州市人民政府法制办公室专项业务咨询专家(政府投融资、财政、税收、金融领域)、广东省律师协会“房地产建筑法律业务专业委员会”委员、广州律师协会“政府投融资法律业务专业委员会”副主任,在 PPP、BOT、BT、TOT 项目尤其是天然气、水系流域综合治理、水利、环保水务、轨道交通等 PPP 项目法律服务经验丰富。

23. 黄华珍,法学博士,北京德恒律师事务所合伙人,国家发改委、国家财政部 PPP 法律专家库双库专家,中国保险资管业协会法律专家库专家,中国保险资管业协会专家讲师,财政部清洁能源基金评审专家,具有 PPP 项目的丰富法律服务经验。

24. 黄海,北京德恒(珠海)律师事务所律师,法学学士,珠海仲裁委员会仲裁员,在大型交通基础设施建设领域及 PPP 项目法律服务领域具较丰富经验。

25. 隋淑静,法学博士、EMBA,北京德恒(深圳)律师事务所合伙人,一级律师。中华全国律师协会入库涉外律师领军人才、广东省律师协会涉外律师领军人才及公司法专家,华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、PPP 委员会委员、调解专家,中国法学会法律文书学研究会理事及香港何耀棣律师行聘请之注册外地律师,在公司并购、投融资(包括 PPP、BOT、TOT 等)、谈判及商事仲裁等领域法律服务经验丰富。

26. 谭昆仑,法学硕士,北京德恒律师事务所合伙人,在公司收购并购、股票发行等事务以及企业资产证券化(含 PPP 项目)、资产支持票据、银登中心信贷资产流转、私募信托产品项目领域法律服务经验丰富。

27. 潘艳红,法学博士后,北京德恒(南京)律师事务所高级合伙人,南京仲裁委员会仲裁员、泰州仲裁委员会仲裁员、淮安仲裁委员会仲裁员,硕士生导师,南京市鼓楼区法学会常务理事,在大型企业、机关单位综合法律服务领域及金融资本领域、PPP 项目法律服务经验丰富。

28. 谭伟华,知识产权法硕士,澳大利亚商标律师,北京德恒(珠海)律师事务所执行主任、高级合伙人,中华全国律协涉外律师领军人才、中华全国律协“一带一路”跨境律师人才、广东省涉外知识产权律师、广东省“一带一路”法律研究中心成员、珠海市“一带一路”法律专家、珠海市中拉法律服务团成员、珠海市政府采购评审专家,担任广东省律师协会国际业务专业委员会副主任和珠海市律师协会涉外和海商海事专业委员主任。在企业法律顾问、涉外跨境投资、并购、房地产、商业运营、酒店管理、知识产权等方面具有丰富的法律服务经验。

目 录

【PPP 项目基本问题】

PPP 模式若干问题探析	张文京 王青峰 / 1
PPP 模式合同及体系设计	李仰德 陶于权 / 30
从财政部新规看 PPP 的规范实施和发展	张文京 王青峰 / 49
特许权 特许权经营 特许权经营合同	贾怀远 / 61
关于拉丁美洲五国 PPP 法律框架介绍	贾 辉 / 73
浅析外商投资 PPP 项目的几个问题	谭伟华 / 85

【PPP 项目融资】

PPP 项目融资结构化设计及融资工具运用之刍论	刘亚晶 / 97
被误读的建设项目资本金	黄华珍 / 113
PPP 项目与资产证券化	李晓新 / 126
PPP 背景下基础设施项目收益的证券化	谭昆仑 / 140
PPP 项目资产证券化之我见	张文京 / 150
项目收益权质押如何实现优先受偿权	郑宏宇 / 160
项目收益债	陈 娟 / 165

【PPP 项目社会资本选择】

详解 PPP 项目社会投资人选聘程序	李雄伟 李梦洁 / 169
PPP 中联合体相关法律问题	李雄伟 林祺恺 / 200
采用非招标方式引入 PPP 项目社会资本	
法律问题探讨	李宏远 王雨微 / 206
通过转让存量项目运营公司股权引入社会资本	
问题探讨	李宏远 王雨微 / 213

从PPP 政策文件和武汉市轨道交通 8 号线

看“社会资本方” 郑宏宇 / 224

【PPP 项目中保险问题】

PPP 项目中的财产保险浅议 郑宏宇 / 230

PPP 项目保险相关问题研究 黄 海 / 235

【PPP 项目争议解决】

试论 PPP 项目合同争议解决方式是否排除仲裁 孙钢宏 / 249

刍论 PPP 项目合同的法律性质及其争议解决 隋淑静 / 256

论 PPP 合同的争议解决方式 李仰德 陶于权 / 268

【PPP 项目终止研究】

PPP 项目顺利提前终止的思考 郑宏宇 / 276

PPP 模式中社会资本方退出机制的必要性和可行性研究 邢 旭 / 279

PPP 司法裁判规则之“争议解决” 黄华珍 / 290

【PPP 项目法律实务案例】

海绵城市绩效考核 李雄伟 李兆绮 / 296

PPP 模式下“海绵城市”的内涵、实践及展望 张本意 代志强 / 304

污水处理行业 PPP 发展法律实践研究 康小鹤 黄乔乔 / 320

生活垃圾处理 PPP 项目风险规制 康小鹤 尹晓婷 / 343

城市综合管廊 PPP 模式核心问题探讨 刘亚晶 赵绮连 / 352

集中供冷 PPP 项目法律问题初探 徐燕松 / 365

城市棚户区改造 PPP 模式的法律问题研究 郑秀军 / 375

安徽省电动汽车充电基础设施建设 PPP 模式的法律

问题研究 李 磊 张本意 / 390

片区开发项目 PPP 模式的运作方式选择研究 邢 旭 / 398

PPP 项目中土地的主要法律问题 郑宏宇 / 408

PPP 项目中的土地获得方式研究 潘艳红 杨少辉 / 412

高职院校新校区 PPP 项目法律分析 杨振兴 / 422

城市桥隧 PPP 项目实施路径探索	李仰德 / 431
停车场特许经营法律问题研究	李仰德 陶于权 / 444
关于 PPP 项目是否需要审计机关审计的研究	李雄伟 李海涛 / 459
PPP 项目法律服务	李仰德 陈 娟 / 467
PPP 工程建设项目管理	赵彦儒 / 480

【PPP 项目实务文本】

某市城市东部地下综合管廊一期工程项目政府和社会 资本合作 (PPP) 模式物有所值评价报告	/ 502
某市城市东部地下综合管廊一期工程项目政府和社会 资本合作 (PPP) 模式财政承受力论证报告	/ 551

后 记	/ 586
-----------	-------

【PPP 项目基本问题】

PPP 模式若干问题探析

张文京 王青峰

2013 年 11 月 12 日,中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,其中明确提出:“推广政府购买服务,凡属事务性管理服务,原则上都要引入竞争机制,通过合同、委托等方式向社会进行购买。”在推进城市建设管理创新方面,“允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营”,从而将政府与社会资本合作模式(以下简称 PPP 模式)上升为国家发展战略。三年多来,国务院、财政部、国家发改委和其他相关部委多措并举、持续发力,地方政府和社会资本踊跃响应,PPP 模式已在中国大地蓬勃兴起。截至 2017 年 7 月,财政部 PPP 综合信息平台入库项目约 1.4 万个,总投资 16.5 万亿元人民币。可以说,PPP 模式的中国道路和中国特色正在积极的摸索和形成中。在 PPP 模式迅猛发展的同时,PPP 领域仍存在着理念认识、制度设计、实务操作等方面的问题,需要及时总结和规范。

一、政府在 PPP 模式中的角色和作用

目前,虽然 PPP 模式已在各地推广,但不少政府部门还是按照传统投资模式的习惯性思维看待和处理相关问题,这制约了 PPP 模式的健康发展。笔者认为,有必要结合 PPP 的基本概念和内在要求,来认识政府在 PPP 模式中的角色和作用。

1. PPP 模式的概念

PPP 模式起源于英国等西方国家,是英文 Public-Private-Partnerships 的缩写。从字面上看,意思是政府(公共机构)与私人机构之间建立的合作伙伴关系。PPP 模式的目的是为社会提供公共产品和服务。虽然 PPP 模式已在世界

许多国家开展实践,但各国和世界性组织对 PPP 模式并没有形成统一的概念。正如德国学者 Norbert Portz 所言:“试图去总结 PPP 是什么或者应该是什么几乎没有任何意义,它没有固定的定义,并且也很难去考证这个含义模糊的英文单词的起源,PPP 的确切含义要根据不同的案例来确定。”确实,PPP 术语的出现不过是近些年的事情,在此之前通常使用的是 Concession(特许权)、BOT(建设—运营—移交)、PFI(私人融资计划)等。但相较而言,PPP 更能完整和清晰地体现出公私合作伙伴关系的结构性特征。

在我国,财政部、国家发改委和国务院对 PPP 模式的定义也有不同的表述:

(1)财政部 2014 年 9 月 23 日发布的《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》(财金[2014]76 号)规定:“政府和社会资本合作模式是在基础设施及公共服务领域建立的一种长期合作关系。通常模式是由社会资本承担设计、建设、运营、维护基础设施的大部分工作,并通过‘使用者付费’及必要的‘政府付费’获得合理投资回报;政府部门负责基础设施及公共服务价格和质量监管,以保证公共利益最大化。”

(2)国家发改委于 2014 年 12 月 2 日发布的《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)规定:“政府和社会资本合作模式(PPP)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,与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作关系。”

(3)国务院办公厅在 2015 年 5 月 19 日转发《财政部、发展改革委、人民银行关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见的通知》(国办发[2015]42 号)中规定:“政府和社会资本合作模式是公共服务供给机制的重大创新,即政府采取竞争性方式择优选择具有投资、运营管理能力的社会资本,双方按照平等协商原则订立合同,明确责权利关系,由社会资本提供公共服务,政府依据公共服务绩效评价结果向社会资本支付相应对价,保证社会资本获得合理收益。政府和社会资本合作模式有利于充分发挥市场机制作用,提升公共服务的供给质量和效率,实现公共利益最大化。”

(4)国务院法制办 2017 年 7 月 21 日发布的《关于〈基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》(以下简称《国务院法制办 PPP 条例征求意见稿》),其中第 2 条第 1 款规定:“本条例所

称基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作,是指政府采用竞争性方式选择社会资本方,双方订立协议明确各自的权利和义务,由社会资本方负责基础设施和公共服务项目的投资、建设、运营,并通过使用者付费、政府付费、政府提供补助等方式获得合理收益的活动。”

上述几种定义虽然表述不尽相同,但都可以揭示 PPP 的本质要求,即政府和社会资本建立长期合作关系,由社会资本承担基础设施和公共服务项目的“投、建、运、维”工作和风险,政府进行监管和绩效考核,并购买服务,社会资本在提供合格运营服务的基础上获取合理回报。相较而言,国办发〔2015〕42 号文件的定义更加全面,包括了选择社会资本的方式、社会资本应具备的能力、双方在合作中的平等关系、对社会资本提供服务的绩效考核和政府购买服务等;也更能体现出 PPP 模式具有的利益共享、风险分担、长期合作的内在特征。

2. 政府在 PPP 模式中的角色和作用

论及 PPP 模式时,最常谈的就是投融资模式的变化和化解政府债务的问题。相应地,这也必然带来了政府职能的转换和角色的变化。在传统政府投资模式下,政府无疑是基础设施的投资者、建设者和运营者,多位一体,公建公营,公共服务由政府负责提供。在 PPP 模式下,政府变成了公共服务的购买者和监管考核方,公共设施是民建民营,提供公共服务的是社会资本方。政府依法定程序选择了具有资金、技术、管理、运营实力和经验的社会资本方后,应该减少对微观事务的参与和干预,而是做好发展战略制定、社会管理、市场监管、绩效考核等工作。这有利于提高政府治理能力的现代化,也能充分激发市场活力和社会资本投资的积极性。

二、PPP 项目的投资属性与操作流程

PPP 项目投资属性是指 PPP 项目从投资来源上讲是属于政府投资项目还是属于企业投资项目,两者在投资流程上有所不同。PPP 项目操作流程是指政府和社会资本合作项目从初始的项目发起到最后的项目移交整个过程中各个环节的工作程序和工作事项。财政部 2014 年 11 月 29 日发布的《政府和社会资本合作模式操作指南(试行)》(财金〔2014〕113 号)中,将 PPP 项目的操作流程划分为项目识别、项目准备、项目采购、项目执行和项目移交五个阶段。应当说,财政部五个阶段的划分前后衔接、规范有序,比较好地反映了对 PPP 项目投资、设计、建设、运营和移交等各个方面的要求,完整地体现了政府向社会力

量购买公共服务以及双方长期合作、利益共享、风险分担等 PPP 模式的本质特征。

也有观点认为,财政部对 PPP 项目操作流程的规定没有与传统的建设项目前期可行性研究程序(以下简称传统可研程序)有效结合,甚至是脱离现行项目管理体制,以物有所值评价、财政承受能力论证两个报告和项目实施方案(以下简称“一方案两报告”)替代传统可研程序,由此对财金〔2014〕113 号文件提出了质疑和批评。此外,财政部和国家发改委作为 PPP 项目的两大政府主管部门在制定和出台 PPP 政策和规范性文件时,缺乏部委间的统筹协调,许多规定不尽一致甚至相互矛盾,导致实务操作中的困惑与混乱。同时,财政部在推行自己的规定时,又不断出新,造成适应上的困难。

对上述问题,笔者认为,传统可研程序主要是指建设项目前期的立项评估论证工作,包括项目建议书、可行性研究报告和初步设计及相关批复文件等。目前,PPP 项目在投资属性上区分为政府参与投资项目和企业投资项目两大类,传统可研的项目管理体制主要适用于有政府投资的项目,而完全由企业投资的 PPP 项目则实行核准制或备案制,与传统可研程序有所区别。因此,研究 PPP 项目与传统可研程序的关系问题主要是集中于政府参与投资的 PPP 项目上。综观财政部的相关规定,现行的传统可研程序仍是政府参与投资的 PPP 项目在项目识别阶段必须遵循的程序,并未忽略。此外,对 PPP 项目操作流程的规定,财政部、发改委两大部委的发文确有不同,有必要进行梳理。

1. PPP 项目分为政府投资项目和企业投资项目两类

国家发改委 2016 年 10 月 24 日发布的《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》(发改投资〔2016〕2231 号)第 10 条第 1 款、第 2 款规定:“政府投资项目的可行性研究报告应由具有相应项目审批职能的投资主管部门等审批。可行性研究报告审批后,实施机构根据经批准的可行性研究报告有关要求,完善并确定 PPP 项目实施方案……实行核准制或备案制的企业投资项目,应根据《政府核准的投资项目目录》及相关规定,由相应的核准或备案机关履行核准、备案手续。项目核准或备案后,实施机构依据相关要求完善和确定 PPP 项目实施方案。”由此可见,PPP 项目区分为政府投资项目和企业投资项目两大类,在项目管理体制上对前者实行审批制,对后者实行核准制或备案制。

首先,根据 2004 年 7 月 16 日发布的《国务院关于投资体制改革的决定》

(国发〔2004〕20号),我国的投资管理体制分为政府投资管理和企业投资管理,并分别采取审批制、核准制和备案制三种模式。其中政府投资项目主要是指政府分别采取直接投资、资本金注入、投资补助、转贷和贷款贴息等方式的投资,采用审批制管理。对于企业(包括国有企业)不使用政府投资建设的项目,则区别不同情况实行核准制和备案制。其中,政府仅对重大项目和限制类项目从维护社会公共利益角度进行核准,其他项目无论规模大小,均实行备案制,由企业按照属地原则向地方政府投资主管部门备案。其次,根据国务院2016年11月30日公布的《企业投资项目核准和备案管理条例》(国务院令673号)的规定,企业投资项目是指企业在中国境内投资建设的固定资产投资项目。其中,对关系国家安全、涉及全国重大生产力布局、战略性资源开发和重大公共利益项目,实行核准管理,依照政府核准的投资项目目录执行。对上述范围以外的项目,实行备案管理,按照项目属地原则备案。这实际上意味着企业投资项目以备案制为主。

具体到PPP项目而言,虽然从理论上讲投资主体应当是社会资本方,但实际上许多项目中政府都采取了认缴和注入项目资本金的方式参与出资,主要体现在:一是政府出资代表在项目公司注册资本中的出资,二是资本金超出注册资本的部分作为项目公司的资本公积金,三是当实际动态概算超出原标准动态概算时,根据调整后的概算政府方要按照持股比例追加资本金投入等。因此,PPP项目存在着投资主体、资金来源混合性的特点,而有政府出资的混合投资项目被认为是政府投资项目。此外,对于政府没有项目资本金注入,但付费机制为政府付费或可行性缺口补助的项目,有观点认为也应纳入政府投资范围管理。但笔者认为,这属于政府购买公共产品和公共服务,并且是根据产出标准和服务绩效付费,产品和服务不合格的投资风险是由社会资本方承担而非作为购买方的政府承担,所以不应归为政府投资项目类别。

目前,PPP项目中政府参与投资的项目占了绝大多数。发改投资〔2016〕2231号导则也明确:“鼓励地方政府采用资本金注入方式投资传统基础设施PPP项目,并明确政府出资人代表,参与项目准备及实施工作。”这导致从现状到趋势上,PPP项目的投资属性都以政府投资为主。虽然财政部2014年1月19日发布的《PPP项目合同指南(试行)》(财金〔2014〕156号)中明确规定,政府在PPP项目公司中出资的,持股比例应当低于50%,且不具有实际控制力及管理权。但实务中,政府方虽然是小股东,却常常要求享有项目公司的控制权