

PPP是一场婚姻，终身大事多思量。
PPP无任何借口，依法落地少困惑。

依法破解 PPP 落地七大困惑

文 / 汪金敏

PPP项目雨后春笋，PPP困惑云山雾海。
如何破解这些困惑，促进PPP项目落地呢？

PPP就是特许经营吗

PPP模式，按照财政部及国家发改委定义，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（发改投资〔2014〕2724号）。其主要特征是政府和社会资本的长期合作关系。

特许经营，指政府将特许经营权出让给社会资本并签订特许经营协议，由其（或组建项目公司）在一定期限和范围内负责投资、建设、经营（公共基础设施和公用事业项目），提供公共产品或者公共服务并获得收益（《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第二条）。其主要特征是社会资本提供的公共产品或者公共服务是否在自然垄断行业，是否需要政府特许才能进行。

从以上定义可知，在公共基础设施和公用事业领域，长期的特许经营就是一种PPP模式；但是PPP模式不仅仅采取特许经营方式，也可以采取购买服务、政府补贴、股权合作等方式。

特许经营一般适用于经营性项目及准经营性项目。对于具有明确的收费基础，并且经营收费能够完全覆盖投资成

本的项目，即经营性项目，可通过政府授予特许经营权推进。对于经营收费不足以覆盖投资成本、需政府补贴部分资金或资源的项目，即准经营性项目，可通过政府授予特许经营权附加部分补贴或直接投资参股等措施推进（发改投资〔2014〕2724号文第三（二）款）。

购买服务一般适用于非经营性项目。对于缺乏“使用者付费”基础、主要依靠“政府付费”回收投资成本的项目，即非经营性项目，可通过政府购买服务推进（同上）。

无论采用何种方式，都得长期合作，都得符合PPP其他特征。

PPP争议可以仲裁吗

PPP项目合同是行政合同还是民事合同，一旦有争议，是到法院打行政官司，还是可以到仲裁委打民事官司？

政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用（《政府购买服务管理办法（暂行）》第2条）。

政府购买服务合同是民事合同。按照2014年8月31日修正的《政府采购法》第43条规定，“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合

同方式约定”。可见，政府购买服务是民事行为，政府和社会资本产生争议可以仲裁。

特许经营合同是行政合同。按照《行政诉讼法》第12条第11项规定，“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议”的作为行政诉讼案件对待。最高院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第11条予以强调。

可见，PPP项目合同是民事合同还是行政合同，关键在于看其是特许经营合同还是购买服务合同或其他。在实务中，特许经营与购买服务往往混同，成了“任人打扮的小姑娘”。

PPP都需政府采购吗

只有使用财政性资金的服务等才需要政府采购。依照《政府采购法》第2条规定，“政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为”“服务指除货物和工程以外的其他政府采购对象”。《政府采购法实施条例》第二条规定，“政府采购法第二条所称财政性资金是指纳入预算管理的资金”。

PPP经营性项目使用者付费，无需使用财政性资金，无需走政府采购程序。

PPP准经营性项目及非经营性项目需要使用财政性资金支付，应该走政府采购程序。PPP准经营性项目需要可用性缺口补贴、非经营性项目则完全需要政府付费。从该两类项目实际操作来看，可用性缺口补贴及政府付费都要纳入跨年度预算管理，即需要使用财政性资金，故应该走政府采购程序。

PPP工程可以不招标吗

PPP项目中的工程可以不经招标直接发包给社会资本实施吗？工程价格如何确定？

PPP项目中的工程依法应该招标。《招标投标法》第3条规定：大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须进行招标。

PPP项目中的工程在特定情况下可不招标。《招标投标法实施条例》第9条规定，“已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供”的，可以不招标。因此，PPP项目工程要不招标就自行实施，必须满足以下三个条件。

PPP项目采用了特许经营方式，购买服务等均不算；

PPP项目是通过招标方式选择的社会资本，竞争性磋商等均不算；

社会资本（或者其联合体成员）具有相应工程资质。

可见，具有相应工程资质单位作为社会资本的PPP项目，必须采用特许经营和招标方式，才能不经工程招标即可自行实施。这就要求，PPP项目合同要包括特许经营协议、PPP招标文件要一次确定工程价格及支付方式。目前，大量自行实施工程的PPP项目操作不规范，应该引起注意。

PPP可以担保和回购吗

金融机构要求PPP项目提供担保和回购，可由政府来担保和回购吗，可由社会资本来担保和回购吗？

PPP强调风险合理分担，PPP风险不

能全部由政府承担。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第21条规定：“政府不得承诺固定投资回报和其他法律、行政法规禁止的事项”。

政府担保和回购相当于政府承诺固定投资回报，也是不允许的。《财政部关于进一步做好政府和社会资本合作项目示范工作的通知》（财金〔2015〕57号）规定“严禁通过保底承诺、回购安排、明股实债等方式进行变相融资，将项目包装成PPP项目。”

现行PPP政策并未强调PPP项目的有限责任，也就是说社会资本同意担保和回购，自愿承担PPP项目及项目公司债务，是允许的。但这将放大社会资本风险，将PPP项目公司债务合并为社会资本债务。

当然，上述政府不得为PPP项目提供担保和回购的规定效力较低。但随着PPP立法，PPP项目中的该类约定可以被认定无效。

PPP用地可以直接划拨吗

PPP项目捆绑的开发用地可以直接划给项目公司吗？以何种方式可以给项目公司？

PPP项目用地公益部分可以划拨取得。依照《土地管理法》第54条，“城市基础设施用地和公益事业用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得”。2001年10月22日《划拨用地目录》规定，对国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地项目，可以以划拨方式提供土地使用权。

PPP项目用地经营性部分应该招拍挂出让取得。《划拨用地目录》规定，对以营利为目的，非国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地项目，应以有偿方式提供土地使用权。《招标投标法》第四条规定，商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地，或者其他用地有两个以上意向用地者，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。

政策规定PPP项目捆绑土地等资源，并不是指将土地直接划给项目公司，而是允许将土地招拍挂收入作为PPP项目部分现金流来源。

要与项目公司承担连带责任吗

社会资本，通常是联合体，通过招标方式中标并签订PPP项目合同，其在设立PPP项目公司后，可以将PPP合同转让给项目公司吗？社会资本应该对项目公司履行PPP合同承担连带责任吗？存在较大争议。

中标人依法应该亲自完成中标项目，并对中标项目承担责任。《招标投标法》第46条规定：“招标人和中标人应当…订立书面合同”；第48条规定：“中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让”；第31条第3款规定：“联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任”。

实务中，PPP社会资本中标后通常由其设立项目公司完成中标项目。社会资本签订PPP项目合同后，设立项目公司，并将PPP项目合同权利义务概况转让给项目公司。按照相关文件规定，实施机构应当与依法选定的社会资本签订初步协议，约定其在规定期限内注册成立项目公司，并与项目公司签订PPP项目合同（如《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第18条）。

以上做法与现行法律有一定冲突，不能排除社会资本依据《招标投标法》与项目公司承担连带责任的风险。要规避这一风险，社会资本应该规范操作，要么先设立项目公司，直接以项目公司去投标；要么规范法律关系，将社会资本与实施机构的法律关系和项目公司与实施机构的法律关系分开设置。

（作者单位：瀛和PPP中心/上海瀛东律师事务所）

◎ 本栏目主持人：林文青