

PPP项目施工需要二次招标吗？PPP项目施工不招标又如何？
如何避免PPP项目施工二次招标风险？

PPP 项目施工二次招标风险及防控

文 / 汪金敏

PPP项目推进如火如荼，PPP风险若隐若现。

PPP项目施工需要二次招标吗？PPP项目施工不招标又如何？如何避免PPP项目施工二次招标风险。笔者从法律规定出发，结合数十个PPP项目咨询服务经验，分析如下。

问题提出：PPP项目施工二次招标严重后果

施工承包权是PPP社会资本的核心利益之一。目前实务中，PPP项目社会资本主要包括：金融资本、施工单位、产业资本。施工单位参与PPP项目，主要目的在于：获取PPP项目合同约定价格及期限的项目施工承包权。金融资本及产业资本也很关注PPP项目施工承包权，只有其主导施工承包权，才可能从施工单位获取一块收益，以补贴其融资部分亏损。所以含施工的PPP项目更受社会资本欢迎。目前PPP项目以新建和改建基础设施和公用事业为主，施工承包权是PPP项目重大问题。

施工单位作为社会资本之一参与PPP项目能够合法获取该施工承包权吗？PPP社会资本采购文件及合同通常规定：“本项目通过一次采购的方式选择具备相应***工程施工总承包*级及以上资质和相应的项目经验的社会资本，社会资本有权为项目公司提供施工总承包服务，由项目公司与中标社会资

本直接签署施工总承包合同，无需再进行二次采购。”这样的规定及约定有法律依据吗？

如果上述将PPP社会资本及施工单位一次采购的做法缺乏法律依据，也就是社会资本施工承包权落空，在PPP社会资本采购后还要进行施工二次招标，会有如下后果。

工程施工拖延和停滞。依据《建筑工程施工许可管理办法》第四条规定，“按照规定应当招标的工程没有招标，应当公开招标的工程没有公开招标……所确定的施工企业无效”，不具备申请领取施工许可证。依据《建筑法》第64条规定，“未取得施工许可证……未经批准擅自施工的，责令改正，对不符合开工条件的责令停止施工”。

施工合同无效难以结算价款。依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条规定，“建设工程必须进行招标而未招标”的，建设工程施工合同应当认定无效。合同无效，难以通过审计，将导致难以正常结算。

可能被迫修改PPP合同价格。如果被迫在PPP项目采购后再进行施工招标，则施工招标的工程价格往往低于PPP项目合同中的工程价格。鉴于目前PPP项目合同通常约定的工程计价方式是按实按定额下浮一定比例结算，这就意味着社会资本可获得的政府补贴或可

用性缺口补贴降低。

可见，PPP项目施工如二次招标、社会资本施工承包权如落空，后果相当严重。“PPP项目是否可以不进行施工招标”就成了摆在包括施工单位在内PPP社会资本面前的重大课题。

PPP应通过招标等采购，但PPP采购的不是施工

《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》第四条规定：PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。依据《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》第（十二）项目规定，以及《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》第一条规定，特许经营、政府购买服务是PPP主要方式。

《政府购买服务管理办法（暂行）》第十七条规定，采用政府购买服务方式的，“购买主体应当按照政府采购法的有关规定，采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购等方式确定承接主体”。《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第三条规定，政府购买服务项目“可以采用竞争性磋商方式开展采购”。

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条规定：“实施机构……应当通过招标、竞争性谈判等竞争

方式选择特许经营。特许经营项目建设和运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营。

政府购买服务采购的是服务，不包括施工。《政府采购法》第二条规定：“本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象”“本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。”施工即工程。

特许经营采购的是特许经营，不包括施工。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第三条规定：特许经营是指“政府采用竞争方式依法授权中华人民共和国境内外的法人或者其他组织，通过协议明确权利义务和风险分担，约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益，提供公共产品或者公共服务”。就是说，特许经营权是政府依法授予社会资本在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益的权利。特许经营权的核心是社会资本对基础设施和公用事业占有、使用和收益的权利。特许经营权的前提是需要政府行政许可。基础设施和公用事业工程显然无需政府特别许可即可实施。

PPP项目采购时也普遍不具备施工招标条件。依据《工程建设项目施工招标投标办法》第八条规定：“依法必须招标的工程建设项目，应当具备下列条件才能进行施工招标：……（二）初步设计及概算应当履行审批手续的，已经批准……”目前PPP项目采购时大都没有规划许可及初步设计审批，不具备同时施工招标的条件。

可见，PPP项目通过招标等方式采购，并不意味着PPP项目下施工也同时走完了法定采购手续。

PPP项目施工必须进行招标，除非三种特殊情况

招标法规定基础设施及公用设施

施工必须进行招标。《招标投标法》第三条规定：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。

根据法律、国务院及国务院发展计划部门规定，PPP项目施工只有符合如下三种情况之一方可不招标。

一是未设PPP项目公司，社会资本（或者其联合体成员）具备相应施工资质；

二是未设立PPP项目公司，社会资本是通过招标方式选择的，社会资本具有专利或者专有技术或其他影响施工或者功能配套要求的独家条件而只能向其采购；

三是设立了PPP项目公司，PPP项目采用了特许经营方式，社会资本是通过招标方式选择的，社会资本（或者其联合体成员）具有相应工程资质。

PPP项目施工二次招标风险应对措施

结合以上分析，为了避免PPP项目施工二次招标风险，必须确保PPP项目施工依法可以不招标。要依法确保PPP项目施工依法不招标，社会资本应该在PPP实施方案、PPP采购文件及PPP项目合同中及PPP社会资本采购时采取如下风险应对措施。

尽量不设立PPP项目公司。现行规定并未强制PPP项目设立项目公司。设立PPP项目公司往往是项目融资时金融机构要求。如果社会资本无需项目融资，则一般无需设立PPP项目公司。因为这样可以大大降低税费，提高PPP项目盈利性。

尽量采用公开招标方式确定PPP社会资本。PPP采购实务中采用竞争性谈判、竞争性磋商方式，是完全可以采用招标方式取代。比如PPP项目建设运营标准和监管要求明确时，可以通过二阶段招标法解决。又比如市场竞争不充分、潜在社会资本不明，完全可以PPP

项目市场测试等手段予以解决。竞争性谈判、竞争性磋商方式中采用的反复谈判、反复压价，是明显不利于维护基础设施及公用事业工程质量的。这是工程采购原则上采用招标方式，不允许价格谈判的原因。

项目尽量包含特许经营方式。大量PPP咨询机构省事，将PPP项目策划成非经营性项目，全部靠政府购买服务来付费。这一方面没有挖掘PPP项目潜力，加大政府财政负担，另一方面也徒增二次招标风险。将PPP项目策划成准经营性项目或经营性项目，以特许经营收入作为项目部分和全部现金流来源，往往就可以避开上述风险。事实上，大多数PPP项目都可以包含特许经营成分。

施工单位尽量作为社会资本部分出资。目前大多数PPP项目中，施工单位名义上是社会资本，实质上却只负责建设，不负责出资和筹资。好处是避免内部繁琐的审批。坏处是有二次招标风险，且丧失PPP项目的主导权，在PPP项目公司（如有）中毫无话语权，难以培养施工+融资的能力，长此以往将难以在PPP市场领域立足。

施工单位最好具有专利或者专有技术或其他影响施工或者功能配套要求的独家条件。这也将是施工单位拓展PPP项目的利器，遗憾的是，少有施工单位具备这方面的条件。

促成工程招标主管部门事前确认PPP项目施工无需招标。在符合法律规定施工可不招标的三种情形前提下，请当地政府协调工程招标主管部门事前确认该PPP项目施工无需招标，并根据确认进一步完善相关文件。

纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行。PPP需要我们深度思考，谨慎前行。

（作者单位：瀛和律师机构PPP中心暨上海瀛东律师事务所）

◎ 本栏目主持人：林文青