



德衡律师集团
DEHENG LAW GROUP

客户通讯 & 律师观点

政府事务业务中心>建设工程与 PPP 业务团队主办

2016 年 6 月 27 日 | 第 1 号

政府与社会资本合作项目存在的主要问题

【研讨要点】

政府与社会资本合作过程中存在的程序性问题和实质问题。

【研讨笔记】

政府和社会资本合作（PPP，Public-Private-Partnership 的缩写）模式，指政府通过特许经营权、合理定价、财政补贴等事先公开的收益约定规则，引入社会资本参与城市基础设施等公益性事业投资和运营，以利益共享和风险共担为特征，发挥双方优势，提高公共产品或服务的质量和供给效率。但在实际操作中，普遍存在一定的问题，大致分为两类：一类为程序性问题，即缺少某种或者某类的程序性文件。另一类为实质问题，即在实施方案、物有所值论证、财政承受能力论证、项目合同等文件中，对 PPP 项目的性质、实质或者政策规定等存在错误认识。

一、程序性问题

该类问题分别体现在项目识别、准备阶段以及项目采购、执行阶段，缺失必要的程序性、法律性文件，主要表现为：

- 1、项目识别阶段：缺少可行性研究报告、环评报告、立项审批、项目用地批复文件等。
- 2、项目准备阶段：缺少 PPP 项目领导小组成立文件、政府指定实施机构的授权文件、实施机构报政府审批实施方案的报告、政府对 PPP 项目实施方案的审批意见、政府提交 PPP 项目规范实施承诺书等。
- 3、项目采购阶段：没有进行资格预审、缺少实施机构对资格预审的评审报告、以及政府对 PPP 项目合同的审核意见。
- 4、项目执行阶段：缺少项目公司设立文件、股东协议或者章程文件、政府出资授权书、人大将政府支付纳入财政预算的批准文件等。

二、实质性问题

德衡律师集团建设工程和 PPP 业务团队是为适应国家经济发展战略，顺应经济发展潮流设立的业务团队。该团队隶属于政府事务业务中心，以建设工程业务和 PPP 业务（即政府和法律资本合作）为团队主要工作方向。

（一）关于土地使用的问题

1、土地取得方式不明确

PPP项目应属于基础设施建设或者公益、公用类项目，传统模式下，土地一般采取划拨供给方式，但在PPP项目运作模式下，尽管有政策规定：符合《土地划拨目录》项下的土地可以以划拨方式供给，但因PPP项目的相关规章、政策的出台，国土资源管理部门自上而下的缺位，故在实际操作中，各地的国土资源部门对于将土地划拨给社会资本设立的项目公司，持保守和观望的态度，故项目用地的取得方式，多数以“政府方负责将土地交付社会资本使用”这一吾焉不详的方式予以模糊表达。

2、违反规划用途使用土地。

3、此类违规情形多出现在回报机制为使用者付费或者可行性缺口补助的PPP项目，政府为项目公司配置资源，允许项目公司利用项目土地建设部分商业用途的房屋，但却未对该房屋所使用的部分土地的规划性质进行变更，客观上导致了项目公司在工业用地、教育用地、公园用地甚至集体土地上建设商业用房，这实质是违反土地管理法和城市规划法的行为。

（二）关于采购方式的问题

1、选择不恰当采购方式

依据财政部的相关文件：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。只有技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的项目才可以采用竞争性磋商方式。目前的PPP项目并非全部符合上述条件，有一些类似于市政道路、园区建设甚至污水处理等项目都可以事先确定详细的技术条件、具体要求，不应一概而论的采用竞争性磋商方式。

2、扩大适用“两招并一招”

积极参与PPP项目的社会资本方，除行业运营公司、纯资金方外，有很大部分属于施工总承包企业。该类企业参与PPP项目的积极性主要来自于通过参与项目公司投资，成为项目公司股东，从而可以不招标直接获取项目的施工总承包工程，这就是俗称的“两招并一招”。法律依据来自于《招标投标法实施条例》第九条的规定：通过招标方式选定的特许经营项目投资人能够自行建设的，可以不进行招标。但竞争性磋商并不属于招标投标法中的招标方式，故以竞争性磋商方式进入的社会资本方，并不能直接取得项目的施工总承包工程。

在笔者接触的PPP项目中，拟取得项目工程总承包的社会资本不在少数，但却没有一家系采取招标方式选定，则后期仍需要进行招标确定施工总承包单位；但《招标投标法实施条例》又规定：与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标。故按照上述规定，依据竞争性磋商方式进入的施工企业也不能参加项目工程总承包的投标活动。因此上述采购

方式很可能因违反法律强制性规定而导致作为施工单位的社会资本方不能实现直接取得工程总承包的合同目的。

(三) 关于主体问题

1、选用不合格的政府实施机构

依据财政部操作指南的规定：政府或其指定的有关职能部门或事业单位可作为项目实施机构。但在笔者接触项目中，有个别项目是以政府融资平台公司作为项目实施机构，甚至有社会公司作为项目实施机构的情形发生，明显违背了PPP项目操作的基本原则和规定。

2、签约社会资本不达标

依据财政部的规定，签约的社会资本应是最终中标、成交的社会资本方。本次评审中，有的签约社会资本是成交社会资本与其他第三方重新设立的子公司或者合伙企业(并非PPP项目公司)，这不仅不符合财政部的相关规定，在实质上也构成了成交社会资本将其签署PPP项目合同的权利义务擅自转让给第三方的情形。

(四) 关于PPP项目合同的问题

1、实施方案、物有所值评价与PPP合同不一致

PPP项目实施方案(包含物有所值评价)是PPP合同的基础来源，而PPP合同则是对实施方案的全面准确体现，两者应当是一脉相承，前后呼应。但在实践中，可能因实施方案、物有所值评价以及后期的项目合同并非由同一咨询机构完成，则存在前后不一致，完全矛盾的情形。这使得PPP合同完全丧失了政府前期所作大量论证工作的基础，也会在后期的合同履行中显现出不良的后果。

2、项目公司股权结构与采购结果不一致

项目公司设立之初的股东应当限于政府委托出资单位和成交社会资本方，如因股权融资需要引进新股东，则应征得政府实施机构的同意后以增资的方式加入。而在实践中，出现了未经任何公开招采程序的社会资本、甚至于个人，直接成为了项目公司设立之初股东的情形，这种“搭车”的现象，不仅违反了社会资本必须通过公开采购方式选定的规定，还实质上变更了原来的公开采购条件，降低了对原成交社会资本的各项投融资能力及金额的要求。

3、缺失项目投资总额的确定方式

众所周知，在项目识别阶段，物有所值评价是确定是否应当采用PPP项目的主要依据，其用于测算的固定资产投资数额只是估算或者概算数值，绝不可能与最终实际发生的投资总额完全一致。而该投资总额的最终数值直接关系到政府财政最终需要实际支付的费用或补贴金额。故PPP合同的最关键点应当在于如何科学、合理、有序的完成对投资总额的监督确认工作。而大多数的PPP合同中都缺少此方面的设计，只将测算所使用的估算、概算数值直接等同于最终固定资产结算数额。在

未来的合同履行中，合作双方可能因固定资产投资总额的确认产生巨大争议，或者因政府忽略了监管而导致财政支出失控。

4、缺少调价机制和绩效考核机制

PPP 合同作为长达 10 年-30 年的长期系统项目，任何一方都无法准确的预测未来公司经营中可能面临的各种成本、商业条件的变化，故项目回报机制的设置中，应当设置有价格调整机制，用于随时调整政府方与社会资本方之间的利益关系。既能让社会资本保有承担公共服务、提供公共产品的主观能动性，又不能背离社会资本在 PPP 项目中微利而不暴利的基本原则。

因为在 PPP 模式中，原本由政府承担的公共服务等职责，转由社会资本主导的项目公司承担，在“资本逐利”的价值导向下，政府必须承担起重要的监管职责，对项目公司提供服务及产品的水准提出严格要求并予以监督，这就需要设置详尽的绩效考核办法，并与社会资本的回报直接挂钩。

上述两种制度都是 PPP 合同中的重要关键内容，也是 PPP 项目顺利履行的基础保障。在本次评审项目中，大多数项目合同缺失该部分内容，这对于项目未来的执施会造成一定的隐患。

针对上述问题，我们提出如下建议：

一、重质量、不重数量

前述分析的项目不足或问题，与 PPP 项目是件创新事物，没有成熟、可借鉴的规定、经验有关。在国家大政策的推动下，各地政府积极响应号召，急于项目推进、落地，难免会出现认识上的错误或者不足。

各地政府应当加强内部的 PPP 专业人才培养，选择并借助于专业的高水准的咨询机构，但又不能完全依赖而失去独立判断能力。依据当地的实际建设需求和财政状况，切实做好 PPP 项目前期的识别和筛选工作，统筹安排、稳步推进，做到成熟一个落地一个，落地一个成功一个。

二、重引进，更重选择

有人戏称“PPP 是一场婚姻”，所以经营一场美满的婚姻，首要是找到一个好的伴侣。引申到 PPP 项目的运作，政府通过招采程序引进社会资本，与社会资本的磋商过程也仅仅限于项目的投资回报率或者经营期限之类简单的硬性指标。而对于潜在社会资本自身的资信状况、信用程度、履约能力、融资条件、管理水平等软实力方面，并没有进行任何的深入了解或者尽职调查，这对于政府而言，就相当于于只重彩礼不重人品的“盲婚盲嫁”。为实现 PPP 市场中“良币驱逐劣币”，建议各地政府参照企业重组并购业务的操作惯例，在政府采购环节增加对社会资本资信状况的法律尽职调查环节，严把入口关，将没有资信、信用、融资、管理能力的社会资本挡在门外。

三、重签约，更重履约

目前各地政府针对于 PPP 项目所做的前期工作，几乎都是围绕着项目落地而进行，故 PPP 合同签约成为直接的工作导向。但对一个长达 10 年-30 年的项目合同，签约之后的履约，才是项目成功的关键。

各地政府部门应在实施方案设计以及 PPP 合同起草之初，尽可能充分的考虑到项目后续履行的每个环节，并在合同中体现落实双方可能产生争议的节点处理方式，同时切实地履行 PPP 项目中的三类监管职责：政府相关职能部门的行政监管职责、政府实施机构在 PPP 合同项下的监管职责、政府出资机构在项目公司层面的监管职责，才能保障 PPP 合同顺利有序的执行，实现政府与社会资本的双赢。

四、重咨询，更重法律

PPP 项目的咨询工作是全方位、立体化、模块式、综合性的大工程。其中需要财务、技术、税务、造价、投资、法律等各个专业机构的参与，对于 PPP 项目全生命周期的管理，从 PPP 模式运作方式、结构设计、风险分配、合同体系的搭建中，法律是最不可或缺的一个重要环节。

目前多数 PPP 项目的运作，都存在法律缺位的现象，本应由专业律师提供的专业法律服务，交由咨询机构自己的工作人员提供，或者转以低廉的价格分包给律所，客观上导致律师被隔绝到全程咨询工作之外，只能片面的、阶段性的了解项目，不能对项目全貌予以把握，更不能把控项目运作的全程法律风险，则可能导致项目的运作脱离了法律的框架。建议各地政府充分认识到法律的重要性，通过建立项目咨询法律意见书、律师参与政府履约监管等法律保障制度，积极发挥律师在 PPP 项目中的保驾护航作用。

如对本客户通讯有任何疑问，请联络下列任一作者或您通常联系的集团律师。

韩静

hanjing@deheng.com

18805322929

青岛

您也可能对以下话题感兴趣：

PPP 项目的项目筛选、初步方案及交易架构设计、合同体系构建、项目合同、股东协议、履约合同、融资合同、保险合同的起草、谈判、签订、项目公司的设立、公司章程的制定……

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。