

PPP 的八喜八忧

——六部委《基础设施和公用事业特许经营管理办法》解读

期盼已久的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(以下简称《办法》)终于出台,并将于 2015 年 6 月 1 日正式施行。《办法》经国务院同意由六部委联合发布,在目前基础设施特许经营领域的立法文件中效力层级较高,亦有人称之为基础设施特许经营领域的“基本法”。自 2014 年 PPP 热潮出现以来,从国务院到发改委、财政部等各部委为推广 PPP,出台数十部文件,但文件多以“意见”、“通知”等形式下发,更高效力的《办法》的出台一定程度上让政府和社会资本合作(即 Public-Private Partnerships, 简称 PPP)模式有了参照性法律依据。但是需要看到的是,《办法》毕竟不同于 PPP 基本法,其内容本身也留下了不少缺憾。

鉴于《办法》是在 PPP 推广热潮背景下出台的,在国内之前官方发布的 PPP 指导文件中多将 PPP 与特许经营相等同,国内知名 PPP 学者王守清教授在其与学生刘云合作撰写的《公私合作(PPP)和特许经营等相关概念辨析》一文中也表示,国内所说的特许经营,其内涵已比英文的 Concession(特许经营)大大扩展,与国内所说的 PPP 并无太大区别。下文为表述方便,必要时将特许经营统称为 PPP。

一、PPP 的八喜

1、《办法》对于 PPP 的定义、适用范围、合作形式和期限做了明确规定

《办法》由发改委、财政部、交通运输部、住建部、水利部和央行六部委联合制定并经国务院同意发布。在此之前,部委以上的特许经营立法(严格说是规章)仅有 2004 年建设部出台的《市政公用事业特许经营管理办法》(以下简称“126 号文”)。相比较 126 号文,《办法》在立法主体阵容上有明显突破,并将特许经营由过去的市政领域推广至能源、交通运输、水利、环境保护等领域,特许经营的适用范围大大扩大,这与此前国务院 60 号文提出的吸引社会资本参与的七大领域工程投资包也保持了一致。

《办法》第三条强调,特许经营模式下,除了参与投资建设基建项目外,特许经营者还应在一定期限内参与项目运营并获得收益。第五条则针对特许经营的具体方式做了列举加概括,包括投资-建设-运营-移交(BOT/TOT/ROT)、投资-建设-拥有-运营-移交(BOOT)、投资-建设-移交-运营(BTO)等。由此,外包类、私有化类和不含运营的 BT 等其他更广义的 PPP 模式均不属《办法》所指方式。

在特许经营期限设定方面,《办法》规定,应当根据行业特点、所提供公共产品或服务需求、项目生命周期、投资回收期等综合因素确定,最长不超过 30 年。据此,30 年为特许期上限,下限则留由协议双方自行约定。考虑到目前各地推出的新城开发、产业园区等 PPP 项目投资金额大、回报周期长等特点,《办法》允许双方做出例外约定。

2、《办法》对于 PPP 项目实施方案的编制审批流程做了明确规定

根据《办法》,PPP 项目实施方案的提出部门为县级(含)以上人民政府相关行业主管部门或政府授权部门。发改、财政、城乡规划、国土、环保、水利等有关部门就实施方案根据各自职责分别进行审查并提出意见。实施方案最终由本级人民政府或其授权部门审定。

3、《办法》强调了《预算法》等现代财政预算制度对于 PPP 项目的约束

《办法》规定,PPP 项目除应当符合城市区域规划、各项专项规划外,还应当符合中期财政规划。对于需要政府提供可行性缺口补助的项目,应当严格按照《预算法》规定,合

理确定财政付费总额和分年度数额，并与政府年度预算和中期财政规划相衔接，确保资金拨付需要。据此，在《预算法》和中期财政规划约束之下，准经营性和非经营性 PPP 项目特许经营者的项目收益将得以有效保障，对没有财政支付能力的这两类项目的立项也形成了制约。

4、《办法》对于项目前期融资方案的制定和创新融资渠道做了重点强调

PPP 项目资金需求量大，不仅涉及债权融资，在项目资本金筹措上还涉及股权融资。

《办法》不仅鼓励金融机构积极参与前期项目投融资方案的制定，还鼓励金融机构为特许经营项目提供财务顾问、融资顾问、银团贷款等金融服务。

基金入股 PPP 项目公司的做法在《办法》中被肯定，这与国务院 60 号文保持了高度一致。目前江苏、山东、河南、宁夏等多个省市都在探索基金在 PPP 项目中的应用，《办法》的出台，让各地的做法有了上位法的肯定。除了通过基金等方式进行资本金融资外，《办法》还鼓励 PPP 项目通过项目收益债券、项目收益票据等方式拓宽投融资渠道。

根据《办法》规定，政策性、开发性金融机构可以给予特许经营项目差异化信贷支持，对符合条件的项目，贷款期限最长可达 30 年。结合李克强总理最近在国开行的讲话精神以及央行对于三大政策性银行的注资支持等动向，政策性金融工具与 PPP 模式的有效结合将会加快 PPP 模式在国内基建和一带一路战略中的推广应用。

鉴于国内商业银行的信贷政策上大多数还无法做到有限追索，为了更好地推广 PPP，《办法》提出，鼓励金融机构探索预期收益权质押贷款，支持利用相关收益作为还款来源。可以合理预见，更多的商业银行会逐步出台与 PPP 项目相匹配的信贷服务政策，以更好地支持 PPP 项目融资。

5、《办法》就避免重复审批、提高审批效率给出了明确意见

如前所述，有关部门需根据各自职责对 PPP 实施方案进行审查。《办法》同时规定，在 PPP 实施方案通过审批后，在项目建设手续审批过程中，对于已经明确的事项，不再重复审查。这一规定，很好地解决了原先的 PPP 模式和项目手续之间的重复审批问题，有利于提高项目审批效率。

6、《办法》对政府为保障投资人合理回报可以做出的承诺内容做出了明确规定

2002 年 9 月 10 日国务院办公厅发布《关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》【国办发(2002)第 43 号】，对于各地政府外商投资固定回报项目予以清理。自此，对外商投资项目不得承诺固定回报有了文件依据。本轮 PPP 热潮出现以来，中央自上而下的文件对于 PPP 项目应保障投资人实现合理回报均作了明确规定。《办法》则进一步明确规定，政府对于 PPP 项目不得承诺固定投资回报。由此，PPP 项目不得承诺固定回报的原则在官方文件中被扩展至全部 PPP 项目。这一点，也将 PPP 项目与约定固定回报的 BT 项目等其他不规范的 PPP 模式加以了区别。

7、在项目协议变更及终止问题的程序规定上《办法》充分保障了债权人的利益

PPP 项目的债权人（主要指放贷方，下同）通常会要求在项目公司违约且无法在约定期限内补救时，债权人可以自行或委托第三方在项目提前终止前对于项目进行补救，这就是债权人的介入权。财政部 113 号文、156 号文 PPP 合同指南（试行）中对于债权人的介入权也做了重点提及。《办法》在第四章特许经营协议变更和终止中规定，若需对特许权协议做出重大变更的，应当事先征得债权人同意；而如若出现约定的特许权协议提前终止情形的，在与债权人协商一致后，方可提前终止协议。这些规定对于债权人的利益保障

而言确有必要。

8、《办法》通过规定绩效评价强化对项目运营的监管

财政部在 113 号文等文件中提出了对于 PPP 项目的绩效评价,基于对产出的绩效考核,让经营者更好地分担运营风险。《办法》规定,实施机构根据特许权协议定期对项目建设运营情况进行监测,会同有关部门进行绩效评价,并将评价结果与产品或服务价格或财政补贴相挂钩,保障所提供公共产品或公共服务的质量和效率。加强运营监管对于降低 PPP 项目全生命周期成本不可或缺。

二、PPP 的八忧

与此同时,《办法》也留下了不少遗憾。

1、六部委联合发布的《办法》尽管是经国务院同意,但归根结底是部委规章,在效力层级上存在一定的局限,对于 PPP 项目的保障还很有限。长远来看,部委规章只能是权宜之计。《办法》的出台究竟会加快抑或延后 PPP 基本法的出台,尚不得而知。

2、《办法》模糊了特许经营与 PPP 的界限,让 PPP 的定性问题更加复杂了。

如前所述,国内所说的特许经营,其内涵已比英文的 Concession(特许经营)大大扩展,与国内所说的 PPP 并无太大区别。发改委法规司李亢先生对此也持类似观点,其在 2015 年 5 月 5 日就《办法》有关情况举行的新闻发布会上表示,考虑到特许经营的内涵和外延更容易把握,同时结合中国过去以特许经营概念实施 PPP 项目的实践以及国外和国际组织的立法惯例,《办法》最终采用了特许经营的概念。

但理论上讲,PPP 的外延和内涵相比较特许经营更为宽泛,而且,全国为推广 PPP 而出台的配套文件命名体现的主要是 PPP(即政府与社会资本合作)的概念(而非特许经营),并基于 PPP 概念进而规范各地的 PPP 项目操作流程。作为推广 PPP 的配套制度,《办法》采用的却是特许经营概念而非 PPP 的概念,这无疑会给 PPP 相关方带来困惑:字面含义明显不同的合作与特许,法律上的定性是否也是相同的?但遗憾的是,《办法》在定义、特许经营形式等具体条款中并没有给出明确答案。《办法》对特许经营与 PPP 界限的模糊,让 PPP 的定性问题更加复杂了!

3、在制定《办法》的六部委中,国土资源部的缺位是一大遗憾。

去年至今推出的近 2 万亿的 PPP 项目中,极少部分是经营性项目,绝大多数是准经营性和非经营性项目。在地方债务高企的现实背景下,除了延长政府付费或补贴的期限外,可行性缺口补助中的盈利性资源的配置成了项目合作方案设计的关键,“PPP+土地”的捆绑模式受到追捧。而受制于国内现行经营性用地的招拍挂强制性规定,“PPP+土地”的捆绑模式实际推行并不顺利。《办法》虽提及,针对向用户收费不足以覆盖特许经营建设、运营成本及合理收益的 PPP 项目,可由政府提供可行性缺口补助,包括政府授予特许经营项目相关的其它开发经营权益。但国土资源部的缺位无助于“PPP+土地”做法的推广,这也是《办法》留给实际操作层面的较大遗憾。

4、用户付费的 PPP 项目投资人选定适用竞争性谈判等非招标方式依据不足

PPP 项目付费方式包括用户付费、政府付费和可行性缺口补助三种。就用户付费的 PPP 项目而言,《政府采购法》和《招标投标法》的规定存在脱节。《政府采购法》适用于使用财政性资金采购货物、工程和服务的行为。用户付费的 PPP 项目性质上属公共产品或服务,

适用《招标投标法》没有争议，但因项目资金来源并非财政性资金，所以若要适用《政府采购法》规定的竞争性谈判等非招标方式则依据不足。2015年3月1日施行的《政府采购法实施条例》未能解决该问题，《办法》中同样存在该问题。

5、《办法》对于 PPP 项目的政府主体行政级别未能明确

《办法》第三条对于 PPP 项目政府一方主体仅规定了“政府”，对于行政级别未作限定。而在此之后，《办法》的第七条、第八条、第九条、第十四条、第二十五条、第四十一条、第四十二条、第四十五条、第五十六条等条款均提及“县级以上人民政府”，包括对于项目实施机构的授权也规定为“县级以上人民政府”。前后并不一致的表述不免让人产生困惑，PPP 项目政府一方主体的行政级别是否仅限于县级以上？

6、《办法》对于违反 PPP 项目物有所值评估和财政承受能力论证流程的后果未作规定

《办法》规定，涉及物有所值评估和可行性缺口补助工作的，由财政部门负责开展相关工作。财政部《关于印发〈政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引〉的通知》（财金[2015]21号，以下简称“21号文”）规定，每年全部 PPP 项目的财政支出责任不超过当年一般公共预算支出的 10%。根据 21 号文和《预算法》等相关规定，PPP 项目应列入 PPP 项目目录，并将各项财政支出纳入预算，以增加预算对于 PPP 项目的约束。物有所值和财政承受能力论证有利于防止不切实际的 PPP 项目不合理加大财政负担，但无论是 21 号文还是《办法》并未规定违反前述流程规定的法律后果。

7、《办法》对于项目审批与 PPP 经营者选定程序的流程规定不尽合理

《办法》第二十二条规定，特许经营者根据特许经营协议，需要依法办理规划选址、用地和项目核准或审批等手续的，有关部门在进行审核时，应当简化审核内容，优化办理流程，缩短办理时限。由此可见，《办法》允许政企双方就包括项目核准或审批等在内的前期审批手续约定由特许经营者负责办理。但从项目立项正常次序来看，应当是先完成项目立项审批再进而论证是否采用 PPP 模式（即先有项目再有模式），《办法》笼统地规定项目核准或审批等手续可由特许经营者办理，一方面容易导致出现项目立项与 PPP 模式审批和特许经营者招选程序颠倒的反常做法，另一方面因前期审批涉及主管部门较多、流程繁琐，从协调能力角度考虑，项目前期审批手续也不宜约定由特许经营者办理，即使以特许经营者的名义办理，政府也应积极给予协助。

8、《办法》对于 PPP 项目争议解决方式的规定模糊

如前所述，《办法》使得 PPP 与特许经营的界限变得模糊了。《办法》对于特许经营协议的性质未作明确性，但发改委在 2015 年 1 月 19 日公布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（征求意见稿）第四十八条中对特许经营协议的定性为民事协议，这次以六部委名义出台的正式稿《办法》中有意删除了此条，仅强调因具体行政行为发生争议时通过行政复议或行政诉讼途径救济。

根据 2015 年 5 月 1 日正式施行的《行政诉讼法》（配套司法解释于 2015 年 6 月 1 日施行）规定，因特许经营协议发生争议的，属人民法院行政诉讼案件受理范围。而财政部和发改委在各自的 PPP 合同指南中均指出，PPP 协议为民事协议，若有争议可以提起民事诉讼或按约定申请仲裁，涉及不服行政机关作出的具体行政行为的，可以提起行政复议或者行政诉讼。

结合《办法》在争议解决章节的用词表述以及《办法》的牵头方为发改委等细节可以合理推断，《办法》所指特许经营与《行政诉讼法》所指的特许经营不完全相同。那么，二者

究竟应该如何界定？《办法》没有给出答案，由此给社会资本和相关方带来的困惑，或将影响 PPP 的推广。

i王守清 刘云 《公私合作(PPP)和特许经营等相关概念》，环境界，2014, 25(1): 18-25。