

君合专题研究报告



2020年5月13日

基础设施和公共服务领域委托运营模式法律与实务问题初探

委托运营通常是指项目所有人（委托方）将已经建成的项目设施委托给具有相应资质或能力的第三方（受托方）进行管理、运营及维护，并向受托方支付运营费用或授予受托方向用户收费的权利，以偿付受托方的运营成本及取得合理回报的模式。

作为一种项目管理方式，委托运营适用范围较为广泛，本文主要针对在基础设施和公共服务领域政府部门将有关项目设施委托社会投资人进行运营的委托运营项目有关法律实务进行研究，不涉及两个商事主体之间的委托运营或有政府部门参与的其他领域的委托运营。

一、委托运营的法律定位

（一）委托运营方式的适用范围

在基础设施和公共服务领域，国务院及有关主管部门颁布的文件、规章¹提及环境治理、污水处理、养老、文化、水利、电力等项目中可采用委托运营方式，以便将政府从专业化的事务管理中摆脱出来，同时盘活存量设施资产，改善民生，实现社会效益和经济效益最大化。

¹ 例如，《国务院办公厅关于全面放开养老服务市场提升养老服务质量的若干意见》（国办发[2016]91号）、《国务院办公厅关于推行环境污染第三方治理的意见》（国办发[2014]69号）、《城镇排水与污水处理条例》（中华人民共和国国务院令 第641号）、国家发展改革委、水利部关于印发《政府和社会资本合作建设重大水利工程操作指南（试行）》的通知（发改农经[2017]2119号）、国家发展改革委、民政部关于规范养老机构服务收费管理促进养老服务业健康发展的指导意见（发改价格[2015]129号）等。

不过就这一方式在国家层面并未出台专门的规定，已发布的相关文件中“委托运营”的使用语境也不尽相同，大致有以下三种表述（尤以第三种最为常见）：

一是与“特许经营”并列的一种服务方式或资本运作方式²；

二是与承包经营、联合经营等并列的一种具体经营方式³；

三是作为一种项目运作方式，与ROT、BOT、BOOT等术语一并提及和使用⁴。

基于前述可见，委托运营在使用时有广义和狭

² 财政部、国家发展和改革委员会、住房和城乡建设部《关于印发〈污水处理费征收使用管理办法〉的通知》中提到“……竞争性谈判等竞争性方式选择符合要求的城镇排水与污水处理服务单位，并采取特许经营、委托运营等多种服务方式”；民航局《关于鼓励社会资本投资建设运营民用机场的意见》（民航发[2016]117号）“（五）通过特许经营、经营权转让、股权出让、委托运营、整合改制等资本运作方式，广泛吸引社会资本参与民用机场及其服务配套设施项目的建设和运营。”

³ 《民政部、财政部、人力资源社会保障部关于进一步加强特困人员供养服务设施（敬老院）管理有关工作的通知》（民发[2019]83号）“……鼓励有条件的公办供养服务设施通过承包经营、委托运营、联合经营等方式，引入具备相应条件的企业或社会服务机构参与运营管理。”

⁴ 例如《国家发展和改革委员会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）中规定，“政府付费”回收投资成本的项目，可通过政府购买服务，采用建设-拥有-运营（BOO）、委托运营等市场化模式推进。《国家发展改革委关于加快运用PPP模式盘活基础设施存量资产有关工作的通知》（发改投资[2017]1266号）规定，“可通过转让-运营-移交（TOT）、改建-运营-移交（ROT）、转让-拥有-运营（TOO）、委托运营、股权合作等多种方式，将项目的资产所有权、股权、经营权、收费权等转让给社会资本。”

义之分，狭义的委托运营仅指项目运作方式，而广义的委托运营除项目运作方式外，也可以指与特许经营等方式并列的一种服务方式或资本运作方式。因缺乏上位法的明确规定，本文主要从狭义角度探讨委托运营在基础设施和公共服务领域具体运用问题。

（二）委托运营项目的特点

实践中适宜采取委托运营的项目通常具备以下特点：

1、项目设施已完成建设，短时间内不需进行大规模翻新改造，已具备进入运营的条件；

2、项目设施相关的责任边界相对容易划定，权属清晰；

3、行业的专业化、标准化程度较高，市场上存在一定数量的专业运营商；

4、政府方不要求立即收回项目设施的建设投资，但希望提高管理运营效率、提升服务质量。

此外，委托运营项目，除非存在法定情形并履行相关程序，往往需经过竞争性程序选定受托方。

（三）委托运营方式的基本框架

目前对委托运营方式的规定散见于行业主管部门颁布的规范性文件、规章，以及一些地方政府针对特定行业的委托运营颁布的地方规范性文件⁵。以下对委托运营方式的基本框架进行简要分析：

1、委托运营的当事方

委托运营的当事方主要包括委托方和受托方。委托方通常为项目业主或资产所有人，在本文讨论范围内，委托方一般为政府部门或其授权机构。委托方通常承担基础设施运营或公共服务职能，而受

限于运营能力及技术问题，将其所有的资产委托给受托方进行运营。

受托方为接受委托对项目设施进行运营的当事方。受托方通常应具有独立法人资格，可以承担相应的合同义务和法律后果，更为重要的是，受托方应具备运营项目设施的资质和业绩。对于需要特定准入门槛的行业来说，通常受托方应以其自己的名义取得相应资质。

2、委托运营与政府购买服务、PPP、特许经营等

委托运营作为一种具体项目运作方式，在基础设施和公共服务领域，通常出现在政府采购（政府购买服务）、政府和社会资本合作（PPP）和特许经营等项目中。不过，因不同的项目适用法律有所不同，采取委托运营方式时会受到一些特殊限制。具体分析如下：

（1）政府购买服务中的委托运营

依据《政府购买服务管理办法》（2020年3月1日实施）中的定义，“政府购买服务”是指各级国家机关将属于自身职责范围且适合通过市场化方式提供的服务事项，按照政府采购方式和程序，交由符合条件的服务供应商承担，并根据服务数量和质量等因素向其支付费用的行为。

实践中存在较多案例，政府部门通过向具有资质的供应商采购运营服务，并签署委托运营合同，开展委托运营。政府购买服务采取委托运营方式，主要需关注以下法律问题：

a) 合同期限较短

按照《财政部关于坚决制止地方以政府购买服务名义违法违规融资的通知》（财预〔2017〕87号，以下简称“87号文”），政府购买服务期限应严格限定在年度预算和中期财政规划期限内。而中期财政规划根据《国务院关于实行中期财政规划管理的

⁵ 如政府方希望收回投资，可能会采取TOT等其他模式。

⁶ 例如《惠州市环境保护局环境污染治理设施委托运营管理试行办法》。

意见》（国发〔2015〕3号）“按照三年滚动方式编制，第一年规划约束对应年度预算，后两年规划指引对应年度预算”，即期限不超过三年。近期颁布的《政府购买服务管理办法》对政府购买服务的合同期限进一步予以明确，“政府购买服务合同履行期限一般不超过1年；在预算保障的前提下，对于购买内容相对固定、连续性强、经费来源稳定、价格变化幅度小的政府购买服务项目，可以签订履行期限不超过3年的政府购买服务合同。”

可见政府购买服务如采取委托运营方式，合同的期限较短，通常为1-3年。那么可否通过约定合同到期后自动延期或直接续签的方法延长合同期限呢？我们认为存在不妥，因为这种延期做法的实质是针对一次政府采购签订了超过采购期限的合同。并且，自动延期、直接续签的安排因为缺乏预算作为基础和保障机制，违反了政府采购应当严格按照批准的预算执行这一原则（即应当先有预算、再有采购），也使得主管部门通过规范性文件对政府购买服务合同的履行期限进行限制失去意义⁷。因此，在政府购买服务合同期限届满后，如仍需进行委托运营的，应重新开展政府采购活动。自动顺延或直接续签存在合规和履行风险。

b) 不能采购工程

根据87号文，不得将原材料、燃料、设备、产品等货物，以及建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等建设工程作为政府购买服务项目；不得将铁路、公路、机场、通讯、水电煤气，以及教育、科技、医疗卫生、文化、体育等领域的基础设施建设，储备土地前期开发，农田水利等建设工程作为政府购买服务项目；严禁将建设工程与服务打包作为政府购买服务项目。

在委托运营项目中，服务范围通常包括对设施

的更新维护，甚至改扩建。如严格按87号文的规定执行，采用政府购买服务实施此类事项是不合适的。

因此，政府购买服务更适合短期且不涉及固定资产投资的委托运营项目，并且正是由于其周期性和政府财政预算相匹配，委托方支付的费用可顺利纳入预算，对于受托方来说，在项目中的收费风险较低。

（2）PPP项目中的委托运营

PPP模式是国务院倡导的投融资模式创新，自2014年以来在基础设施和公共服务领域发挥了积极作用。现阶段以PPP模式实施的大多数项目属于固定资产投资项，即包括项目建设内容。随着PPP新建项目空间渐满，未来以委托运营方式开展的PPP项目可能会越来越多。

财政部发布的《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》（财金〔2014〕113号，以下简称“113号文”，现已失效）曾明确将委托运营（Operations & Maintenance, O&M）作为PPP项目运作方式之一，并将其定义为“政府将存量公共资产的运营维护职责委托给社会资本或项目公司，社会资本或项目公司不负责用户服务的政府和社会资本合作项目运作方式”。此外，国家发展改革委《关于加快运用PPP模式盘活基础设施存量资产有关工作的通知》（发改投资〔2017〕1266号）规定，“对拟采取PPP模式的存量基础设施项目，根据项目特点和具体情况，可通过转让-运营-移交（TOT）、改建-运营-移交（ROT）、转让-拥有-运营（TOO）、委托运营、股权合作等多种方式，将项目的资产所有权、股权、经营权、收费权等转让给社会资本”。因此，委托运营是PPP项目中可以采取的一种方式。

目前的PPP项目实践中，单独采用委托运营方式的并不多见，更为常见是在BOT、ROT、BOOT、BOO、TOT等模式下，项目公司在建设或改造工作

⁷ 就此问题，在具体项目中，我们曾向项目所在地主管部门咨询，其答复口径与我们的理解一致。

完成后，就项目设施进行委托运营。有关委托运营期限适用于 PPP 项目合同期限的规定⁸。

(3) 特许经营项目中的委托运营

特许经营最早在外商投资能源基础设施和市政公用事业领域试行，后逐步扩展到更大范围的基础设施和公用事业领域，并在 2014 年开始和 PPP 模式发生一定的交叉，但两者在实施程序、主管机构、采购流程、预算管理、价格机制等方面还是存在差别，不能混为一谈。

另外，“特许经营”这一概念在《市政公用事业特许经营管理办法》（2004 年颁布，2015 年修订，下称“126 号文”）和《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（2015 年颁布，以下称“25 号令”）中的定义也不完全相同，对委托运营的适用有所影响。126 号文中虽然并未明确列举特许经营的主要方式，但从其定义来看，应当包含（或并未排除）委托运营⁹。而 25 号令对特许经营的定义提到的是“投资、建设和运营”，以及在特许经营方式的明确列举中，提到了 BOT/ROT、BOOT 或 BTO 等模式，但却未明确提到委托运营¹⁰。地方政府颁布的特许经营条例

或特许经营管理办法中，有的明确将委托运营作为特许经营的一种模式¹¹，有的则不然。因此，具体特许经营项目能否采用委托运营方式需依据国家和地方相关特许经营的规定和项目本身特点进一步确定。

同时应该注意，在特许经营项目中采取委托运营方式与其他项目（如政府购买服务）的委托运营存在明显区别：特许经营项目通常包含“授权”和“经营”两个重要因素。特许经营项目采用委托运营方式的，都具备以下特点：一是项目需取得政府方的授权，需履行特许经营相关法定程序；二是项目涉及对受托方授予独家运营权，授权范围具有一定的区域性和排他性（一般的委托运营并不限制政府方在相同区域内委托其他主体开展同类的运营服务）；三是项目本身应具有经营性，可以向第三方用户收费或第三方用户将向政府缴费，受托方则从政府方获得有关付费（如城镇生活污水处理项目等）。

如有关项目不具备前述特征，则不宜作为特许经营项目开展委托运营。

(4) 其他特殊情况下的委托运营

如前所述，在 PPP 项目中，即使采取 BOT、BOOT、ROT 等模式的 PPP 项目，项目公司在实际运营过程中，也可能将部分或全部运营委托给其他第三方专业运营商（例如在园区开发 PPP 项目中，项目公司可能将污水处理厂委托给专门的运营商），但在该情况下，仍应由项目公司对外向政府方承担一切运营责任。

此外，在基础设施资产证券化项目（ABS）中，

⁸ 113 文曾规定委托运营的合同期限一般不超过 8 年，但该文件现已失效，其他 PPP 规范性文件中未对采用委托运营方式的期限并未做出特别规定。

⁹ 《市政公用事业特许经营管理办法(2015 修正)》

第二条 本办法所称市政公用事业特许经营，是指政府按照有关法律、法规规定，通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者，明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。

¹⁰ 《基础设施和公用事业特许经营管理办法》

第三条 本办法所称基础设施和公用事业特许经营，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，通过协议明确权利和义务和风险分担，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。

第五条 基础设施和公用事业特许经营可以采取以下方式：

（一）在一定期限内，政府授予特许经营投资者投资新建或改扩建、运营基础设施和公用事业，期限届满移交政府；
（二）在一定期限内，政府授予特许经营投资者投资新建或改扩建、拥有并运营基础设施和公用事业，期限届满移交政府；
（三）特许经营投资者投资新建或改扩建基础设施和公用事业并移交政府后，由政府授予其在一定期限内运营；
（四）国家规定的其他方式。

¹¹ 《深圳市公用事业特许经营条例》（2005 年）

第十二条 特许经营可以采取下列形式：（一）在一定期限内，将项目授予经营者建设、经营，期限届满后无偿移交给市政府；（二）在一定期限内，将公用设施移交经营者经营，期限届满后无偿移交给市政府；（三）在一定期限内，委托经营者提供某项公共服务；（四）法律、法规规定的其他方式。

新的权益人通常会与项目公司（原权益人）签署《资产服务协议》，约定在完成资产证券化之后，仍由项目公司负责对有关资产进行运营维护。

3、委托运营双方的核心权利义务

无论采用何种模式，在委托运营项目中，委托方和受托方的核心权利义务通常都包括以下内容：

对于委托方应包括移交项目设施，协助受托方进入项目场地，对运营的标准、产品标准进行划定，日常检查或监管，按照约定支付费用，承担项目设施的更新投资（可根据约定调整），在特定情形下对项目设施的接管，期满接收项目设施等。

对于受托方应包括接收项目设施，对项目设施进行谨慎运营，提供日常所需的设施维护，提供公共服务（如需），根据委托方的要求对项目运营情况进行汇报，配合委托方的检查，配合与项目设施存在关联的第三方工作，委托期限届满移交项目设施等。

此外，在委托运营合同中，除对双方的核心权利义务进行约定外，还需要对设施功能、现状、缺陷、接口等问题进行详细描述，根据委托运营的工作安排对双方的权责进行梳理，同时还应包括价格调整、不可抗力、违约责任及补偿、争议解决等通用条款。

二、委托运营涉及重要合同条款分析

（一）资产所有权及风险承担

委托运营的一个重要特点是受托方对运营的项目设施并不拥有所有权，仅是在接收项目设施后进行运营，待委托运营期限届满后需将项目设施交还委托方。因此，在委托运营期间，项目设施的占有、使用权虽然发生了转移，但所有权却未发生转移，并且受托方通常情况下也无权通过抵押、质押委托运营资产（包括土地、房产或项目设施等）的方式

获得融资。

与所有权相关联的另一个问题是项目设施的风险承担。资产的所有权人一般应承担有关资产毁损、灭失方面的风险，在委托运营合同中通常也会提到受托方应在运营期限内需“自行承担费用、责任和风险，管理、运营和更新维护项目设施”。不过前述“风险”是仅指受托方承担运营的风险，还是也包括了项目设施本身因不可抗力等其他原因导致的毁损、灭失风险并不明确。在对有关问题未予约定或约定不明情况下，可能会产生争议。对受托方而言，如果希望明确界定有关责任，则可以考虑表述为，*受托方将依据适用法律、相关协议及谨慎运营惯例履行合理使用、维护和保管项目设施的责任，并对因其自身管理、使用及维护不当对项目设施造成的损坏、灭失承担责任和风险。*

如前所述，在签署委托运营合同时，应对有关风险承担问题予以明确，避免出现真空或模糊地带，同时也便于双方针对各自应承担的风险采取合理措施（包括保险等）进行相应防范。

（二）项目回报机制

委托运营项目的回报机制常见的有以下几种¹²：

1、成本+服务费，该方式是以实际发生的运营维护成本（通常以审计确认金额为准）为基础，受托方的收入等于实际运营维护成本加上服务费（按实际运营维护成本的一定百分比计算）。受托方不承担或仅有限承担运营维护成本变动的风险。

2、服务费包干，该方式是指委托方就约定的工作范围支付固定的费用，且无论实际运营成本如何，服务费不再进行调整。受托方自行测算其成本及收益空间，自行承担成本变动风险。

¹² 《城市轨道交通委托运营管理模式合同方案研究》，陈志雄，《城市轨道交通研究》2014年，
<https://wenku.baidu.com/view/2aca7f53e55c3b3567ec102de2bd960590c6d9ee.html>

3、补贴，该方式是指受托方在运营项目设施时向用户提供服务并收取费用，委托方和受托方在投标或者签约时就可取得的用户收费进行预测（以下简称“预测收入”），并在预测收入不足以偿付运营维护成本时由委托方向受托方支付补贴，但受托方自行承担预测收入与实际收入不一致的风险。如果实际收入高于预测收入，受托方可能取得较高收益；反之，受托方会承担一定的损失。由于受托方直接向用户提供服务，该方式可以激发受托方积极性以提升服务质量。

4、纯商业化，该方式是指受托方保留运营收入并自行承担成本和商业风险，委托方不对受托方给予任何补贴。

前述不同的回报机制体现了委托方与受托方之间不同的风险分配安排，其中第一种方式由委托方承担了全部运营风险，而第四种方式下受托方承担的风险较大，第二、第三种方式相对较为折衷。具体项目采用何种回报方式，通常需结合项目自身具体情况、特点等予以确定。

（三）有关项目设施的更新重置

委托运营项目中，如果运营期限较长，例如超过5年，则不免要发生项目设施的更新重置问题（如前所述，政府购买服务项下的委托运营通常不涉及该内容）。主要应关注以下问题：

1、更新重置的主体

在委托运营期间，受托方占有项目设施，由其负责对项目设施进行更新重置显然更为便利，也可以最大限度避免对项目设施完整性和正常运营的影响。不过，对项目设施的更新重置涉及对委托人财产进行处置，因此，应取得委托人同意或应按照委托人的要求进行，受托人不能随意处置项目设施。

2、更新重置费用承担

更新重置的费用承担应结合项目的回报机制进行判断，如果回报机制中包括了项目设施的更新重置成本，则应由受托方承担，但如果回报机制并未考虑该部分投入或委托运营合同中对此也未明确约定，则受托方并无承担更新重置费用的当然义务（受托方对项目设施的更新重置已超过委托方要求，或者是为了实施受托方自行开发的功能而进行的更新重置除外）。

在委托方负责更新重置费用的情况下，通常委托方会在运营服务费之外拨付额外的更新重置部分的资金，但具体是采用“实报实销”还是“包干”方式，则取决于双方的协商，并且，受托方也可能就会更新重置要求委托方支付更新重置服务费。

（四）项目设施移交标准

委托运营项目的受托方不是项目的投资建设方，而是从委托方处接收项目设施进行日常运营的受托运营方，委托运营期满后，其要对项目设施进行移交。有关项目设施的移交标准一般有以下两种：

1、现状移交，即委托方要求受托方按移交时项目设施的现状进行移交。在该标准下，受托方在委托运营期间，将按委托运营合同和《运营维护手册》中的具体要求进行日常维护，移交前并不会额外进行恢复性大修。

2、恢复性大修后移交，即委托方要求受托方在移交前对项目设施进行恢复性大修，满足移交时有关设备设施的完好率达到一定标准（如95%以上或100%），同时要求移交后的一定期限（通常为1—3年）内项目设施仍然处于正常可使用状态。

如果采用第二种移交标准，在委托运营费用的报价中，受托方通常会要求将恢复性大修的费用一并以体现或者要求委托方额外支付恢复性大修费用。

因此，委托运营合同应对移交标准及费用承担进行协商。如未能协商明确的，需根据合同中关于项目设施维护责任的条款、回报机制（或收费条款）的约定分析双方的责任。不过，除非合同另有明确约定，因受托方本身并不拥有项目设施的所有权，其自身并不当然承担项目设施恢复性大修的法定责任。

在一些委托运营案例中，委托方还会要求受托方在移交时提交移交保函。需要注意的是，如采取现状移交这一标准，受托方并不会在移交前进行恢复性大修，因此，很难保证项目设施在移交后一段时间内仍然可以正常使用，在该情况下，如果受托方仍需移交后一定期限内承担缺陷保证责任，则移交保函被兑付的风险相对较高。

（五）投保责任

在 BOT、BOOT 等方式中，项目设施的运营方也是建设方，需要为项目设施足额购买建设期、运营期的各类保险，同时还被要求在保单中将政府方作为保单受益人。但在委托运营项目中，由于受托方并非项目资产所有人，投保的险种与 BOT 或 BOOT 等模式下可能会有所不同。

另外，在委托运营项目投保时还需要考虑有关保险利益的问题。根据保险法，保险利益为“投保人或者被保险人对保险标的具有的法律上承认的利益”，“财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益”。依据相关案例，保险利益并不仅限于享有所有权，因合同或其他法律关系也可能产生保险利益（如第三方对保险标的享有抵押权等），因此投保的险种需与投保人或被保险人的保险利益相匹配。最高人民法院指导案例《中国平安财产保险股份有限公司江苏分公司诉江苏镇江安装集团有限公司保险人代位求偿权纠纷案》就涉及这个问题。该案审理中，法院认为发包人和承包人对保险标的具有不同的保险利益，只有

分别投保与其保险利益相对应的财产保险类别，才能获得相应的保险保障，二者不能相互替代，故判定承包人不能借由发包人投保的财产损失保险免除自己应负的赔偿责任。

基于前述，在委托运营合同中，受托方如果以自己的名义投保财产损失险（即财产所有权人购买的有关保险），但未投保相应的责任保险，一旦发生运营事故，因其并不具备财产损失险的保险利益，在理赔过程中可能会遇到障碍。

尽管有上述规定，委托方和受托方仍然可以通过合同约定的方式明确保险购买责任，将保险费用的支付方与受益人予以区分。

（六）税费的承担

委托运营项目中，处理税费安排时需关注土地使用税与房产税承担问题。

根据《中华人民共和国城镇土地使用税暂行条例》（2019 年修正）（下称“《土地使用税条例》”），国家机关、人民团体、军队自用的土地免缴土地使用税。因此，委托运营项目的土地是在政府部门名下且是自用，并不需要缴纳土地使用税。但当该土地作为委托运营项目的项目用地提供给受托方时，除非该土地属于《土地使用税条例》第六条¹³规定的免税范围情形，就该土地可能涉及需要缴纳土地使用税。

与土地使用税类似，依据《中华人民共和国房

¹³ 《中华人民共和国城镇土地使用税暂行条例》（2019 年修正）

第六条 下列土地免缴土地使用税：

（一）国家机关、人民团体、军队自用的土地；
（二）由国家财政部门拨付事业经费的单位自用的土地；
（三）宗教寺庙、公园、名胜古迹自用的土地；
（四）市政街道、广场、绿化地带等公共用地；
（五）直接用于农、林、牧、渔业的生产用地；
（六）经批准开山填海整治的土地和改造的废弃土地，从使用的月份起满五年后减半征收土地使用税，减半期满后仍按原规定缴纳土地使用税；
（七）由财政部另行规定免税的能源、交通、水利设施用地和其他用地。

产税暂行条例》(2011 修订)(下称“《房产税暂行条例》”)有关规定,委托运营的房产如在政府部门名下自用时,并不涉及房产税。但当房产被提供给受托方进行委托运营时,除非符合《房产税暂行条例》规定的免税情形,该房产可能需要缴纳房产税。

另外,在纳税主体方面,《土地使用税条例》规定,“使用土地一方”为纳税义务人,因此,受托方本身应可以作为土地使用税的纳税主体。但依据《房产税暂行条例》,房屋所有权人为纳税主体,故委托方或房产所有人应为纳税主体。

就税费的承担问题,与保险问题相类似,双方也可以在委托运营合同中做出明确约定。

三、委托运营合同签署应关注的其他问题

1、委托运营项目合规性

委托运营项目中,委托方通常为政府部门或其授权机构,项目设施通常为国有资产。对国有资产进行委托运营,应符合国有资产处置的程序性要求,同时在选择受托方的程序方面,亦应关注有关合规性。

此外,委托运营项目中委托方向受托方支付补贴,且补贴金额将从财政资金中支出,应关注补贴是否可依法纳入财政预算或中期财政规划。如果合同期限超过三年,则应考虑如何合法将补贴金额在后续年度纳入预算。如果仅取得财政部门或者委托方做出的书面承诺则效力较弱。另外,委托运营项目本身是否经过有关审批,手续是否完备,资产权属登记是否清晰,项目设施的用地、接口是否存在违规问题等均应引起关注。

2、委托运营项目的风险分配

委托运营项目存在设施所有权和经营权(收益

权)分离的安排,故委托方和受托方应根据其责任范围承担相应的项目风险。委托方应承担设施所有权人拥有的对项目设施处置、收益的权利,除非通过委托运营合同进行明确的除外或者剥离,受托方应承担运营维护项目设施过程中在其控制范围内的风险。当然,受托方也可将其有关风险通过保险、委托第三方等方式进行一定分散。

3、委托运营项目的可持续性 & 绩效提升

基础设施和公共服务项目运营时间通常较长,所以在以委托运营方式实施时,应关注项目及资产的可持续性 & 绩效提升。

如项目设施的更新、维护、改扩建等问题,就需要在整体方案中予以考虑,并在方案中明确因此发生的新增成本分摊责任。在运营维护过程中,项目设施的暂停、检修安排应经双方确认,避免对公共利益造成不利影响。

在绩效管理方面,委托方应对项目运营绩效设置详细的标准和考核机制,并根据实际运行情况进行调整,受托方应通过提升技术、优化管理等手段,提升项目设施运营效率,提升公共服务质量。

因目前现行立法对委托运营并无专门规定,针对委托运营方式进行的理论研究也相对较少,但实践中,委托运营的项目却越来越多,因此我们结合业务实践经验,对基础设施和公共服务领域中有关委托运营的法律实务问题尝试着进行了梳理和总结,与各位同仁分享,以期抛砖引玉。随着这方面实践的不断丰富,相信各方对于委托运营的认识和研究也将不断得以深化,立法层面也可能有望进一步规范与完善。

陈艳梅 律 师 电话：86 755 2587 0765 邮箱地址：chenym@junhe.com
孙丕伟（已离职）
袁家楠 合伙人 电话：86 10 8519 1228 邮箱地址：yuanjn@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”

