

PPP项目筹备阶段法律实务问题提示与说明

PPP项目筹备阶段，如投融资方案的确定、社会投资人的选择，涉及复杂的法律问题，采购人一般会聘请具有PPP项目经验的律师事务所就包括筹备阶段在内的PPP项目提供全过程的法律顾问服务。一般来说，PPP项目法律顾问服务可划分为招商筹备阶段、招商实施阶段以及其他后续服务阶段三个阶段。

三个阶段法律顾问服务侧重点不同。在第一个阶段，法律顾问服务的主要内容是配合PPP项目采购人及其他中介机构共同讨论、确定项目投融资方案，就项目投融资方案的合规性、可行性等发表法律意见，并就相关问题提供针对性的法律解决方案，协助委托方及其它中介机构共同制定项目招商谈判方案，包括项目招商关键问题的谈判底线及谈判中可行变通方案的制定等。在第二个阶段，法律顾问服务的主要内容是法律文件的准备及谈判支持。具体来说包括就项目协议架构提出专业意见；负责对项目重要事项提供法律咨询并出具法律意见；起草或协助起草特许经营协议、运营协议等相关法律文件，并提出审核修改意见；作为谈判组主要谈判人员参与招商重要事项和全部协议文件内容和条款的谈判以及协议文件的修改，审核等。在第三个阶段，法律顾问服务的主要内容是对项目公司设立所涉及的法律问题进行研究，提出方案或建议以及根据现行法律法规的规定，协助委托方履行政府主管部门审批、登记、备案等相关工作。

受文章篇幅所限，本文仅就招商筹备阶段涉及之法律实务问题进行提示与说明如下。就后两个阶段涉及之法律实务问题，笔者将在后续文章中进行

提示与说明：

一、招商方式选择

招商方式选择为招商筹备阶段必然涉及之法律实务问题。但就如何选择PPP项目社会投资人，财政部体系和发改委体系的规定有所不同。

财政部体系规定将PPP项目选择社会投资人定性为政府采购服务（财政部发布《财政部关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》首次提出政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务），应根据《中华人民共和国政府采购法》及相关规章制度，包括《政府采购非招标采购方式管理办法》、《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》等执行。其中《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》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”。

发改委体系规定并未将PPP项目选择社会投资人统一定性为政府采购服务，并未完全将PPP项目社会资本投资人选择局限在政府采购这个概念之下。发改委体系关于社会投资人选择程序的规定包括：《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》（发改投资[2014]2724号）规定“实施方案审查通过后，配合行业管理部门、项目实施机构，按照《招标投标法》、《政府采购法》等法律法规，通过公开招标、邀请招标、竞争性谈判等多种方式，公平择优选择具有相应管理经验、专业能力、融资实力以及信用状况良好的社会资本作为合作伙伴”，以及《基础设施和公用事业特许经营管

理办法》规定“实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者。特许经营项目建设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者。”

考虑到目前看来，财政部就 PPP 项目推广力度较大且就社会投资人选择程序推出了较为完整的规范性文件体系，故介绍财政部体系 PPP 项目社会投资人选择程序如下：

《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。”

就各采购方式的适用范围说明如下：

君合简评	
公开招标、邀请招标	适用范围：适用采购需求中核心边界条件和技术经济参数明确、完整的项目
单一来源采购	适用范围：符合下列情形之一的货物或者服务，可以采用单一来源方式采购： （一）只能从唯一供应商处采购的； （二）发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的； （三）必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。
竞争性磋商、竞争性谈判	适用范围：适用核心边界条件和技术经济参数并不明确、完整，需要通过与社会资本谈判明确核心边界条件和技术经济参数的项目。 两种采购方式在流程设计和具体规则上的联系和区别： 在“明确采购需求”阶段，二者关于采购程序、供应商来源方式、磋商或谈判公告要求、响应文件要求、磋商或谈判小组组成等方面的要求基本一致；在“竞争报价”阶段，竞争性磋商采用了类似公开招标的“综合评分法”，区别于竞争性谈判的“最低价成交”。之所以这样设计，就是为了在需求完整、明确的基础上实现合理报价和公平交易，并避免竞争性谈判最低价成交可能导致的恶性竞争，将政府采购制度功能聚焦到“物有所值”的价值目标上来，达到“质量、价格、效率”的统一。

二、PPP 项目实施机构确定

PPP 项目的准备、采购、监管和移交等工作一般不由政府直接操作，而是通过政府授权的实施机构负责，故明确实施机构成为了一个 PPP 项

目招商筹备阶段必须解决的法律实务问题。

关于何等主体可以作为实施机构，财政部规范性文件与发改委规范性文件存在差别，具体如下：

	财政部	发改委
规范性文件名称	《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金[2014]113号）	《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）
具体规定	政府或其指定的有关职能部门或事业单位可作为实施机构。	按照地方政府的相关要求，明确相应的行业管理部门、事业单位、行业运营公司或其他相关机构，作为政府授权的项目实施机构，在授权范围内负责PPP项目的前期评估论证、实施方案编制、合作伙伴选择、项目合同签订、项目组织实施以及合作期满移交等工作。

PPP项目操作过程中，在确定是以发改委规范性文件还是以财政部规范性文件为依据确定实施机构这一问题时，我们提示可以从以下几个角度进行考量：

1. 如果是中央或地方财政部门推出的PPP项目，则一般以财政部规范性文件为依据较为合适；
2. 如果是中央或地方发改委推出的PPP项目，则一般以发改委规范性文件为依据较为合适；
3. 如果结合PPP项目实际情况决定采用竞争性磋商方式的，因竞争性磋商采购方式是财政部首次明确的一种的采购方式，此情形下，以财政部规范性文件为依据较为合适；
4. 因PPP项目操作一般会涉及地方发改委和财政部门的审批/备案，且实践中PPP项目采购方一般都会与地方发改委和财政部门存在内部沟通的渠道，故应注意就此问题与地方发改委和财政部门进行事先沟通，并通过会议纪要等形式将沟通内容进行记录，以避免PPP项目在后续发改委和财政部门审批/备案过程中遇到障碍。当然，也应尽可能寻找两套体系交叉的地方以尽可能同时遵守两套体

系，以便于项目的推进。

三、是否允许社会资本以组建联合体方式参与PPP项目

自财政部《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》从政策角度肯定PPP项目允许联合体参与招商后，实践中出现了行业公司与财务投资人组建联合体参与PPP项目招商的情况。此种模式的出现，减轻了行业公司投资PPP项目的资金压力，同时扩大了财务投资人的投资渠道，但相应地增加了PPP项目公司股权结构设计、PPP项目招商文件制定、谈判等方面工作的难度，也给PPP项目公司的后续经营管理提出了新的挑战。

此外，《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》规定，PPP项目采购应当实行资格预审，且资格预审公告应当明确是否允许联合体参与采购活动。这也使得是否允许社会资本以组建联合体方式参与PPP项目成为了PPP项目采购人需要在招商筹备阶段考虑的一个法律实务问题。我们特此提示PPP项目采购人应结合项目实际需求，尽早明确是否允许联合体参与采购活动。

四、政府方持股比例限制问题

财政部颁布之《PPP项目合同指南（试行）》

（以下简称“**财政部合同指南**”）规定，项目公司可以由社会资本（可以是一家企业，也可以是多家企业组成的联合体）出资设立，也可以由政府和社会资本共同出资设立。在项目公司由政府和社会资本共同出资设立情况下，需考虑政府持股比例限制这一问题。具体如下：

财政部合同指南规定，政府在项目公司中的持股比例应当低于 50%、且不具有实际控制力及管理权。考虑到（1）该指南明确规定“……结合国内外 PPP 实践，编制本指南，以帮助 PPP 项目各参与方全面系统地认识 PPP 项目合同，指导合同的订立和履行。……”，换言之，该指南编制之目的为指导合同的订立和履行而非强制要求必须遵守该指南订立和履行 PPP 项目合同；且（2）业内一般认为 PPP 模式非常多元丰富，不能简单套用指南的模式或结构、合同，该指南不是强制性的，也不应该是强制性的，我们理解该指南中 50% 的政府出资比例限制规定并不必然强制适用于 PPP 项目。

在财政部合同指南颁布后，地方财政部门也颁布了相应配套性规定，但各地方规定在是否明确政府出资比例限制这一点上并不相同。举例来说，江苏、安徽、江西、福建四个省级关于 PPP 项目的规定以及厦门市、南昌市规定并未明确政府出资比例应限制在 50% 以下，但《浙江省财政厅关于推广运用政府和社会资本合作模式的实施意见》中却明确指出“政府在项目公司中的持股比例应当低于 50%”。我们曾就浙江省 PPP 项目是否必须遵守 50% 政府出资比例限制问题咨询过该实施意见的发文单位，其表示应当遵守《浙江省财政厅关于推广运用政府和社会资本合作模式的实施意见》中“政府在项目公司中的持股比例应当低于 50%”的规定。

综上，我们提示，在确定 PPP 项目政府出资

比例时，应注意检索地方有关 PPP 规定中是否有政府投资比例的限制。若存在此等限制，则建议向该等地方 PPP 规定的发文单位确认此政府投资比例限制的适用性。

五、 本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业、政府设立的 PPP 项目产业基金作为 PPP 项目公司股东参与 PPP 项目之身份问题

财政部合同指南中规定“项目公司可以由社会资本（可以是一家企业，也可以是多家企业组成的联合体）出资设立，也可以由政府和社会资本共同出资设立”。“本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业（上市公司除外）不得作为社会资本方参与本级政府辖区内的 PPP 项目”。

就上述规定中“政府”的内涵是否包括本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业？是否包括政府设立的 PPP 项目产业基金？若不包括，前述主体作为股东参与 PPP 项目时，其身份为何等问题，目前出台的 PPP 相关的法律、法规及规范性文件并未明确回答。

我们提示 PPP 项目法律顾问应时刻关注不断出台的 PPP 项目新规，并尝试与相关财政部门进行积极的沟通，以试图就上述问题寻找明确的答案，以便于更好的设置 PPP 项目公司股东出资比例，也可避免在招商程序中社会资本提出上述疑问影响项目进程。

六、 适用竞争性磋商程序、竞争性谈判、单一来源采购涉及之政府审批

《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》规定，达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用竞争性磋商采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，依法向设区的市、自治州以上人民政府财

政部门申请批准。

《政府采购非招标采购方式管理办法》规定，达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用非招标采购方式（本管理办法中所称的非招标采购方式指竞争性谈判、单一来源采购和询价采购方式）的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。

根据上述该规定，PPP 项目拟采用竞争性磋商、竞争性谈判、单一来源方式采购的，应履行报主管预算单位同意以及人民政府财政部门批准这两个政府审批程序。

我们理解，如果 PPP 项目采购人有预算主管单位¹的，则应履行上述主管预算单位同意以及人民政府财政部门批准这两个政府审批程序；如果 PPP 采购人本身即为一级财政预算单位的，则该采购人应仅需直接就适用竞争性采购方式作出决定并报设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准即可。我们曾就前述意见与某省财政厅进行沟通，其亦认可我们的上述看法。当然，考虑到不同地方财政部门对《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》的学习和理解程度不同，特定 PPP 项目拟采用竞争性磋商、竞争性谈判、单一来源方式采购的，我们建议应就如何操作此等方式所涉及之报主管预算单位同意以及人民政府财政部门批准两个程序向地方财政部门进行沟通和确认。

七、 评审专家的组成

¹ 根据 2012 年《行政单位财务规则》，第七条和第八条的规定，按照预算管理权限，行政单位预算管理分为下列级次：（一）向同级财政部门申报预算的行政单位，为一级预算单位；（二）向上一级预算单位申报预算并有下级预算单位的行政单位，为二级预算单位；（三）向上一级预算单位申报预算，且没有下级预算单位的行政单位，为基层预算单位。一级预算单位有下级预算单位的，为主管预算单位。各级预算单位应当按照预算管理级次申报预算，并按照批准的预算组织实施，定期将预算执行情况向上一级预算单位或者同级财政部门报告。

就评审专家的组成，《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》做出了明确规定：评审小组由项目实施机构代表和评审专家共 5 人以上单数组成，其中评审专家人数不得少于评审小组成员总数的 2/3。评审专家可以由项目实施机构自行选定，但评审专家中至少应当包含 1 名财务专家和 1 名法律专家。项目实施机构代表不得以评审专家身份参加项目的评审。

虽然管理办法规定评审专家可以由项目实施机构自行确定，但我们需要提示的是：

1. 在项目实施机构确定评审专家时，应遵守《政府采购评审专家管理办法》中关于评审专家回避的规定，即评审专家不得参加与自己有利害关系²的政府采购项目的评审活动；
2. 根据《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》及《政府采购非招标采购方式管理办法》的有关规定，采用竞争性磋商程序或竞争性谈判程序的 PPP 项目，采购代理机构人员不得参加本机构代理的采购项目的评审；
3. 如果 PPP 项目采用竞争性谈判方式或竞争性磋商方式的，根据《政府采购非招标采购方式管理办法》及《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》的有关规定，在自行确定评审专家之前，应履行经主管预算单位同意这一政府审批程序。

八、 项目资本金（PPP 项目公司注册资本）问题

因 PPP 项目公司注册资本直接关系到社会投资人就 PPP 项目的出资数额，故 PPP 项目公司注册资本之确定成为 PPP 项目筹备阶段需要重点考

² 根据《政府采购评审专家管理办法》的规定，有利害关系主要是指三年内曾在参加该采购项目供应商中任职（包括一般工作）或担任顾问，配偶或直系亲属在参加该采购项目的供应商中任职或担任顾问，与参加该采购项目供应商发生过法律纠纷，以及其他可能影响公正评标的情况。

考虑的法律问题之一。

虽然固定资产投资项目资本金与公司注册资本并非同一法律概念，但因在 PPP 项目实践操作中，PPP 项目一般会涉及固定资产投资且 PPP 项目一般实行项目公司制，即一个 PPP 项目设立一个 PPP 项目公司，在此等情形下，PPP 项目固定资产投资金额一般大体上等于 PPP 项目公司注册资本。故我们提示：

- (1) PPP 项目公司注册资本金额可参照 PPP 项目涉及之固定资产投资项目资本金数额设定；
- (2) 应结合不断变化的《关于固定资产投资项目试行资本金制度的通知》以及特定行业规定确定固定资产投资项目资本金数额。下图以轨道交通项目为例，列示了不断变化的项目资本金比例要求：

日期	规范性文件名称	内容
1996 年 8 月 23 日	《关于固定资产投资项目试行资本金制度的通知》（国发[1996]35 号）	交通运输 ，资本金比例为 35%及以上
2003 年 9 月 27 日	《关于加强城市快速轨道交通建设管理的通知》（国办发[2003]81 号）	原则上，城轨交通项目的资本金须达到总投资的 40%以上
2009 年 5 月 25 日	《国务院关于调整固定资产投资项目资本金比例的通知》（国发[2009]27 号）	城市轨道交通项目，最低资本金比例为 25%
2015 年 1 月 12 日	《国家发展改革委关于加强城市轨道交通规划建设管理的通知》（发改基础[2015]49 号）	城市轨道交通项目资本金比例不低于 40%

PPP 项目操作模式众多，不同项目各有特点且情况也不完全相同，以上内容为笔者结合实际操作过的 PPP 项目就招商筹备阶段涉及之法律实务问题进行的总结，难免挂一漏万，希望可以起到抛砖引玉的

作用，引发法律从业者更为广泛和深入地展开讨论、加深对 PPP 项目相关法律问题的理解，对全国范围内兴起的 PPP 热潮下具体 PPP 项目的合法合规操作起到一定程度的积极作用。

易 芳 合伙人 电话：86 021 2208 6293 邮箱地址：yif@junhe.com
赵 冲 律 师 电话：86 021 2208 6328 邮箱地址：zhaoch@junhe.com
李德庭 律 师 电话：86 021 2208 6214 邮箱地址：lidt@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”。

