

PPP 项目招商方式法律架构介绍及分析

一、总述

2013年以前，我国政府和社会资本合作（PPP）模式项目招商方式的法律架构并不明晰。实践中，此类项目招商有从特许经营角度依据《市政公用事业特许经营管理办法》采用招投标方式进行的，或从特许经营角度依据地方政府市政公用事业特许经营条例采用除招标外其他方式（如招募等方式）进行的；也有从政府采购角度依据《政府采购法》、《政府采购货物和服务招标投标管理办法》采用招标方式（包括公开招标和邀请招标方式）进行的，或从政府采购角度依据《政府采购法》采用竞争性谈判或单一来源采购方式进行的。

2013年新一届政府执政以来，改变地方性政府负债管理模式、改变预算管理制度、加快政府职能转变是一项重要的政府工作目标。拓宽社会资本投资渠道、促进投资主体多元化、创新重点领域投融资机制、发展混合所有制经济是实现上述目标的重要路径和手段。这其中 PPP 模式是基础设施和公共服务领域实现前述目标的一项重要举措。

在这样的形势和背景下，人大常委会、国务院、国家发改委和财政部等相关部门自 2013 年起密集颁布了一系列法律、法规和政策（见附件一：2013 年至今政府和社会资本合作模式项目招商重要政策法规汇总），推动政府和社会资本合作模式，并对该种模式的实施主体、实施步骤、程序等操作问题作出了具体的规定，为政府和社会资本合作模式项目招商提供了依据和制度支撑。

虽然并无明确区分及界定，但从政策出台的角度及内容来看，笔者认为，目前我国逐步形成了 PPP 项目招商方式发改委体系及财政部体系两种并不完全一致的法律架构。其中，财政部体系从政府采购角度出发制定了相关规定，形成了相对完善的财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构；发改委体系主要从特许经营角度出发制定了相关规定。与体系较为完善的财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构相比，考虑到发改委下发的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（征求意见稿）目前尚处于征求意见阶段¹，发改委体系 PPP 项目招商方式法律架构可能尚存在一定程度的不确定性和不完善性。

两部委体系具体介绍及分析见下文。

二、财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构介绍及分析

1. 财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构

2013 年底至今，从政府采购角度出发，人大常委会、财政部等相关部门密集颁布了一系列法律、法规和政策，目前看来，已形成了相对完善和稳定的财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构。

财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构基本如下（见下图）：

¹ 就特许经营立法，此前全国人大法工委曾委托国家发改委牵头制定主要针对政府和社会资本合作的基础设施项目“特许经营法”，已经过了八次修改讨论，但尚无定论。日前，国家发改委下发了一份《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（征求意见稿）到各工商联及相关组织，要求 2014 年 12 月 3 日前对意见稿进行反馈，这次征求意见的不是“法”是“管理办法”，意味着层级的下降，有望很快出台。

《中华人民共和国政府采购法》（主席令第 14 号）
 效力级别：法律
 核心内容：规定政府采购包括政府采购货物、政府采购工程和政府采购服务；政府采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价、国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标应作为政府采购的主要采购方式。

PPP 模式定性— 政府采购服务

《财政部、民政部、工商总局关于印发〈政府购买服务管理办法（暂行）〉的通知》（财综[2014]96 号）
 效力级别：部门规范性文件
 核心内容：规定政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用；规定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。

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》
 效力级别：部门规范性文件
 核心内容：明确指出政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务。

《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》
 效力级别：国务院规范性文件
 核心内容：提出政府向社会力量购买服务，就是通过发挥市场机制作用，把政府直接向社会公众提供的一部分公共服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量承担，并由政府根据服务数量和质量向其支付费用。

政府采购服务招商方式
 （需要说明是，依据相关规定，询价仅限于政府采购货物范畴，不适用于政府采购服务，故此处不就此方式做过多介绍。）

招标（包括公开招标、邀请招标）：
 《政府采购货物和服务招标投标管理办法》（财政部令第 18 号）
 效力级别：部门规章
 核心内容：细化政府采购服务方式中招标的具体流程

竞争性谈判及单一来源采购：
 《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第 74 号）
 效力级别：部门规章
 核心内容：细化政府采购服务方式中的竞争性谈判、和单一来源采购的具体流程

竞争性磋商：
 《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）
 效力级别：部门规范性文件
 核心内容：首次提出 PPP 项目采购可通过竞争性磋商方式进行并细化此方式之流程。

中央

省级人民政府、财政厅 2014 年底出台的 PPP 相关政策文件。
 （考虑到本文篇幅有限，故不就各地方政府、财政厅出台的 PPP 相关政策进行展开分析。）

地方

2. 财政部体系 PPP 项目招商方式法律架构分析

2.1 政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务

将政府和社会资本合作模式定性为政府购买服务是通过一系列中央层面规范性文件提出并确定的。具体如下：

发布日期为 2013 年 9 月 26 日的《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》提出，政府向社会力量购买服务，就是通过发挥市场机制作用，把政府直接向社会公众提供的一部分公共服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量承担，并由政府根据服务数量和质量向其支付费用；发布日期为 2014 年 9 月 23 日的财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》进一步明确指出政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务；发布日期为 2014 年 12 月 15 日的《财政部、民政部、工商总局关于印发〈政府购买服务管理办法(暂行)〉的通知》再次明确规定政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用；规定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。

2.2 政府购买服务方式介绍

根据《政府采购法(2014 修正)》、《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》(下称“财政部 76 号文”)、《关于政府和社会资本合作示范项目有关问题的通知》(下称“财政部 113 号文”)、《关于政府和社会资本合作示范项目有关问题的通知》(下称“财政部 112 号文”)等政府采购方面的法律、法规及政策，政府和社会资本合作项目应根据《中华人民共和国政府采购法》及相关规章制度执行，具体方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购，且应根据项目采购需求特点，依法选择

适当采购方式。

考虑到招标方式(包括公开招标、邀请招标)实践中已经运用的较为成熟，单一来源采购方式适用的范围较为狭窄²，且受限于本文篇幅，本文仅就竞争性谈判、竞争性磋商方式进行介绍。

2.2.1 竞争性谈判方式

竞争性谈判方式为《政府采购法》明确规定的政府采购方式之一，《政府采购非招标采购方式管理办法》就竞争性谈判方式流程进行细化。根据前述管理办法规定，适用竞争性谈判方式应遵循以下流程：

(a) 财政部门批准

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。

(b) 供应商邀请

采购人、采购代理机构应当通过发布公告，从省级以上财政部门建立的供应商库中随机抽取，或者采购人和评审专家分别书面推荐的方式，邀请不少于 3 家符合相应资格条件的供应商参与竞争性谈判活动。

(c) 供应商编制及提交相应文件

供应商应当按照谈判文件的要求编制响应文件，并对其提交的响应文件的真实性、合法性承担法律责任。

(d) 谈判

谈判小组应当对响应文件进行评审，并根据谈判文件规定的程序、评定成交的标准等事项与实质性响应谈判文件要求的供应商进行

² 《政府采购法》第三十一条规定，符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法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。

谈判。谈判小组所有成员应当集中与单一供应商分别进行谈判，并给予所有参加谈判的供应商平等的谈判机会。在谈判过程中，谈判小组可以根据谈判文件和谈判情况实质性变动采购需求中的技术、服务要求以及合同草案条款，但不得变动谈判文件中的其他内容。实质性变动的内容，须经采购人代表确认。供应商应当按照谈判文件的变动情况和谈判小组的要求重新提交响应文件，并由其法定代表人或授权代表签字或者加盖公章。

(e) 最后报价

谈判文件能够详细列明采购标的的技术、服务要求的，谈判结束后，谈判小组应当要求所有继续参加谈判的供应商在规定时间内提交最后报价，提交最后报价的供应商不得少于 3 家。

谈判文件不能详细列明采购标的的技术、服务要求，需经谈判由供应商提供最终设计方案或解决方案的，谈判结束后，谈判小组应当按照少数服从多数的原则投票推荐 3 家以上供应商的设计方案或者解决方案，并要求其在规定时间内提交最后报价。

(f) 评审报告编写

谈判小组应当从质量和服务均能满足采购文件实质性响应要求的供应商中，按照最后报价由低到高的顺序提出 3 名以上成交候选人，并编写评审报告。

(g) 确定成交候选人

采购代理机构应当在评审结束后 2 个工作日内将评审报告送采购人确认。

采购人应当在收到评审报告后 5 个工作日内，从评审报告提出的成交候选人中，根据质量和服务均能满足采购文件实质性响应要求且最后报价最低的原则确定成交供应商，也可以书面授权谈判小组直接确定成交供应商。采购人逾期未确定成交供应商且不提出异议的，视为确定评审报告提出的最后报价最低的

供应商为成交供应商。

(h) 公告

采购人或者采购代理机构应当在成交供应商确定后 2 个工作日内，在省级以上财政部门指定的媒体上公告成交结果，同时向成交供应商发出成交通知书，并将竞争性谈判文件、询价通知书随成交结果同时公告。

(i) 签约

采购人与成交供应商应当在成交通知书发出之日起 30 日内，按照采购文件确定的合同文本以及采购标的、规格型号、采购金额、采购数量、技术和服务要求等事项签订政府采购合同。

2.2.2 竞争性磋商方式

财政部 113 号文首次提出了竞争性磋商程序并细化了操作流程。虽然竞争性磋商程序并非《政府采购法》列明的采购方式，但是根据《政府采购法》第 26 条，政府采购方式包括国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。该法第 13 条同时规定，各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门。有人认为，政府采购监督管理部门认定的其他采购方式主要针对的是小额采购。鉴于《政府采购法》没有将其他采购方式限定为小额采购，我们倾向于认为，财政部 113 号文中规定竞争性磋商程序是有法律依据的。并且，该等程序可以对应国际上通用的竞争性对话程序，根据国际惯例操作，竞争性对话尤其适用 PPP 等复杂项目，是 PPP 项目的优选。

根据《政府采购非招标采购方式管理办法》、《政府采购货物和服务招标投标管理办法》、财政部 113 号文等有关规定，适用竞争性磋商方式应遵循以下流程：

(a) 财政部门批准

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（包括竞争性磋商程序）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。

(b) 根据项目需要进行资格预审(非必经程序)

项目实施机构应根据项目需要准备资格预审文件，并在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布资格预审公告，邀请社会资本和与其合作的金融机构参与资格预审，验证项目能否获得社会资本响应和实现充分竞争，并将资格预审的评审报告提交财政部门（政府和社会资本合作中心）备案。

(c) 发布采购公告、接受响应文件之提交、组织现场考察或召开采购前答疑会

竞争性磋商公告（即采购公告）应在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。提交响应文件的时间自公告发布之日起不得少于 10 日。项目实施机构应组织社会资本进行现场考察或召开采购前答疑会，但不得单独或分别组织只有一个社会资本参加的现场考察和答疑会。

(d) 响应文件接收及评审。

项目实施机构应按照采购文件规定组织响应文件的接收和开启。已进行资格预审的，评审小组在评审阶段不再对社会资本资格进行审查。允许进行资格后审的，由评审小组在响应文件评审环节对社会资本进行资格审查。

评审小组对响应文件进行两阶段评审，第一阶段：确定最终采购需求方案。评审小组可以与社会资本进行多轮谈判，谈判过程中可实质性修订采购文件的技术、服务要求以及合同草案条款，但不得修订采购文件中规定的不可谈判核心条件。实质性变动的内容，须经项目实施机构确认，并通知所有参与谈判的社会资本。具体程序按照《政府采购非招标方式管理办法》及有关规定执

行。第二阶段：综合评分。最终采购需求方案确定后，由评审小组对社会资本提交的最终响应文件进行综合评分，编写评审报告并向项目实施机构提交候选社会资本的排序名单。具体程序按照《政府采购货物和服务招标投标管理办法》及有关规定执行。

(e) 成立谈判工作组进行确认谈判

项目实施机构应成立专门的采购结果确认谈判工作组。按照候选社会资本的排名，依次与候选社会资本及与其合作的金融机构就合同中可变的细节问题进行合同签署前的确认谈判，率先达成一致的即为中选者。确认谈判不得涉及合同中不可谈判的核心条款，不得与排序在前但已终止谈判的社会资本进行再次谈判。

(f) 签署确认备忘录并公示采购结果及合同文本

确认谈判完成后，项目实施机构应与中选社会资本签署确认谈判备忘录，并将采购结果和根据采购文件、响应文件、补遗文件和确认谈判备忘录拟定的合同文本进行公示，公示期不得少于 5 个工作日。合同文本应将中选社会资本响应文件中的重要承诺和技术文件等作为附件。合同文本中涉及国家秘密、商业秘密的内容可以不公示。

(g) 正式签署项目合同及公告

公示期满无异议的项目合同，应在政府审核同意后，由项目实施机构与中选社会资本签署。

需要为项目设立专门项目公司的，待项目公司成立后，由项目公司与项目实施机构重新签署项目合同，或签署关于承继项目合同的补充合同。

项目实施机构应在项目合同签订之日起 2 个工作日内，将项目合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告，但合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。

2.2.3 竞争性磋商方式与竞争性谈判方式比较

为方便PPP项目采购方从竞争性磋商方式和竞争性谈判方式中作出适当选择，我们列明以下表格，就两种方式进行总体对比说明：

	竞争性磋商	竞争性谈判
主要法律依据	财政部 113 号文	《政府采购非招标采购方式管理办法》
君合简评	<p>评审小组两阶段评审，一阶段为通过谈判确定最终采购需求方案；二阶段为综合评分。由评审小组对社会资本提交的最终响应文件进行综合评分，编写评审报告并向项目实施机构提交候选社会资本物的排序名单。项目实施机构成立专门的采购结果确认谈判工作组进行确认谈判</p> <p>分析：（1）需经历评审小组谈判以及采购结果确认谈判工作组谈判两次谈判，流程较为复杂、耗时较长；（2）通过引入综合评分法，在确定中选者时更为灵活。</p>	<p>谈判小组一次谈判后要求供应商做最后报价；谈判小组按照最后报价由低到高的顺序提出 3 名以上成交候选人，并编写评审报告采购人按照最后报价最低的原则确定成交供应商</p> <p>分析：（1）一次谈判后即按照最低价原则确定成交供应商，流程较为简便；（2）通过最低价原则有利于控制政府财政支出；（3）受限于最低价原则，在确定成交供应商时不灵活。</p>

三、 发改委体系 PPP 项目招商方式法律架构介绍及分析

1. 发改委体系 PPP 项目招商方式法律架构

从目前出台的法律、法规及政策来看，主要从特许经营角度出发，发改委体系 PPP 项目招商方式法律架构基本如下：

<p>《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）</p> <p>效力级别：部门规范性文件</p> <p>核心内容：将政府和社会资本合作的项目区分为经营性项目、准经营性项目、非经营性项目三类，并规定不同操作模式。</p>	<p>《市政公用事业特许经营管理办法》（建设部令第 126 号）</p> <p>效力级别：部门规章</p> <p>核心内容：提出市政公用事业特许经营项目，报直辖市、市、县人民政府批准后，向社会公开发布招标条件，受理投标。</p>
--	--

中央

<p>《杭州市市政公用事业特许经营条例》、《湖南省市政公用事业特许经营条例》等</p> <p>效力级别：地方政府法规</p> <p>核心内容：政府通过招标等公平竞争方式授予特许经营权。</p>	地方
--	----

2. 发改委体系 PPP 项目招商方式法律架构分析

《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》规定，PPP 模式主要适用于政府负有提供责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目城市轨道交通等交通设施，医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目，以及水利、资源环境和生态保护等项目均可推行 PPP 模式。同时该文规定，针对不同性质的项目应采用不同的操作模式。具体为：（1）经营性项目——对于具有明确的收费基础，并且经营收费能够完全覆盖投资成本的项目，可通过政府授予特许经营权，采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营—移交(BOOT)等模式推进；（2）准经营性项目——对于经营收费不足以覆盖投资成本、需政府补贴部分资金或资源的项目，可通过政府授予特许经营权附加部分补贴或直接投资参股等措施，采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营(BOO)等模式推进。要建立投资、补贴与价格的协同机制，为投资者获

得合理回报积极创造条件。(3) 非经营性项目——对于缺乏“使用者付费”基础、主要依靠“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。

在我们与国家发改委进行沟通的过程中了解到，国家发改委进行上述操作方式分类的思路是，就经营性项目、准经营项目，仍应通过政府授予特许经营权（准经营性项目附加部分补贴或直接投资参股等措施），采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营—移交(BOOT)（经营性项目）、建设—拥有—运营(BOO)（准经营性项目）等模式，依据中央层面的《市政公用事业特许经营管理办法》以及地方层面的特许经营条例进行；就非经营性项目，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，依据《政府采购法》等政府采购方面的法律、法规和政策进行。

具体到此类项目招商方式选择上，以《杭州市市政公用事业特许经营条例》为例，此类项目招商应可采用招标方式或招募方式确定特许经营者。《杭州市市政公用事业特许经营条例》规定，特许经营权的授予应通过招标等公平竞争方式选择经营主体，对于特别复杂的市政公用特许经营项目，采用招标方式无法确定特许经营者的，可以采用招募方式确定特许经营者。市政府或者其授权的部门应当将拟授权经营的项目进行公告，并向不少于两个申请人发出邀请，通过审慎调查和意向谈判，确定经营者候选人，提交专门设立的评审委员会确定优先谈判对象，通过谈判确定经营者。杭州地铁1号线项目，即是采用招募方式进行项目招商、提出优先谈判对象，并通过谈判确定经营者的。

考虑到国家发改委下发的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（征求意见稿）目前尚处于征求意见阶段，此管理办法一旦出台，则很有可能对发改委体系PPP项目招商方式法律架构产生重要影响，故目前来看，与体系较为完整的财政部体系PPP项目招商方式法律架构相比，发改委体系PPP项目招商方式法律架构尚存在一定程度的不确定性和不完善性。

四、总结

考虑到国家发改委和财政部两部委设置各自PPP项目招商方式法律架构的角度并不一致、具体规定也存在相冲突或不一致的情况，且目前并无法律、法规和政策就PPP项目招商阶段应适用发改委体系或财政部体系的规定作出明确说明，故我们理解，律师在就PPP项目招商提供法律服务过程中，应密切关注不时出台的PPP项目方面的法律、法规及政策（包括中央层面和地方层面），并结合项目具体特点，审慎地就PPP项目招商方式适用提供法律分析意见。

（需要特别说明的是，本文中提出的财政部体系PPP项目招商方式法律架构和发改委体系PPP项目招商方式法律架构，并非现行法律、法规和政策作出的明确界定，而是笔者依据本文提及之现行有效的法律、法规和政策、并结合具体项目中国家发改委、财政部的有关意见，自行总结的，意图从总体上说明现行PPP项目招商方式法律架构。本文中建立的体系仅供各位读者参考，也期待各位读者提出批评与指正。）

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



附件一 2013 年至今政府和社会资本合作模式项目招商重要政策法规汇总

1. 《关于印发<政府购买服务管理办法（暂行）>的通知》(财综[2014]96 号)
2. 《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)
3. 《关于政府和社会资本合作示范项目实施有关问题的通知》(财金〔2014〕112 号)
4. 《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)
5. 《政府采购非招标采购方式管理办法》(财政部令第 74 号)
6. 《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》(国发〔2014〕60 号)
7. 《国务院关于发布政府核准的投资项目目录(2014 年本)的通知》(国发〔2014〕53 号)
8. 《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》(国发〔2014〕43 号)
9. 《财政部关于印发<地方政府存量债务纳入预算管理清理甄别办法>的通知》(财预〔2014〕351 号)
10. 《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》(财金〔2014〕76 号)
11. 《国务院关于深化预算管理制度改革的决定》(国发〔2014〕45 号)
12. 《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(国办发〔2013〕96 号)
13. 《国务院关于加强城市基础设施建设的意见》(国发〔2013〕36 号)