

政府采购法律热点问题

浅析《政府采购法（修订草案征求意见稿）》对国内 PPP 项目的影

引言：

政府和社会资本合作（Public Private Partnership，简称“PPP”）项目社会资本方遴选与政府采购之间的关系问题，一直为业界所关注，实践中也对 PPP 项目采购和实施带来了一定的困扰。2022 年 7 月 15 日，财政部发布最新版本的《中华人民共和国政府采购法（修订草案征求意见稿）》（下称“《意见稿》”），再次向社会公众公开征求意见¹。《意见稿》共十章 125 条，其中明确提到政府和社会资本合作（PPP）内容的多达 14 条，《意见稿》中还包括其他一些虽未明确提及 PPP 但实质影响 PPP 采购或实施环节的条款，上述条款对 PPP 与政府采购的关系、PPP 项目采购方式、公平竞争条件、评分体系等做出了规范。

《意见稿》如最终通过，将对我国 PPP 项目采购及实施环节产生较为重要的影响。本文重点关注《意见稿》中可能对现行 PPP 项目采购和实施具有重要影响的条款，侧重于评析其对 PPP 采购规则的完善和推动 PPP 项目统一规范实施的积极作用及部分尚不十分明了的条款，而非对《意见稿》的全面梳理和分析。

一、《意见稿》涉及 PPP 项目的相关条款内容

（一）直接对 PPP 项目采购和实施予以规范的条款

章节	条款号	条款内容摘要	是否变更/补充现行 PPP 规定 ²
第一章总则	第二条【适用范围和定义】	本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位、团体组织和其他采购实体，为了自身履职或者提供公共服务的需要，使用财政性资金或者其他国有资产，以合同方式取得货物、工程和服务的行为， <u>包括购买、租赁、委托、政府和社会资本合作等。</u>	是
	第五条【政府采购绩效管理】	使用企业国有资产或者开展政府和社会资本合作的，应当有利于降低运营成本，提高公共服务质量和效率，促进国家经济社会发展，防范长期运营风险。	否
第二章政府采购参加人	第十二条【采购人】	政府和社会资本合作项目涉及多部门职责的，由人民政府授权的机关、事业单位作为采购人或者由相关部门组成联合采购人。	是
	第十三条【供应商】	政府和社会资本合作项目的供应商是指有意愿提供公共服务，承担项目投资、建设、运营风险的社会资本方。	否
第四章政府采购需求管理	第三十四条【分类分包】	创新采购、政府和社会资本合作项目等以解决方案为主要竞争内容的采购项目，遵循服务采购的有关规定。	是
	第三十五条	创新采购以及政府和社会资本合作等项目，采用竞争性	是

¹ 现行有效的《政府采购法》为 2014 年 8 月修正版。2020 年 12 月，为贯彻落实 2018 年 11 月中央全面深化改革委员会第五次会议审议通过的《深化政府采购制度改革方案》要求，财政部公开发布政府采购法修订草案征求意见稿并公开征求意见。本次《意见稿》是根据第一次社会公众反馈意见进一步修订完善的版本。

²就相关条款对现行 PPP 规定的变更和补充，本文第二、三部分会展开具体分析 and 讨论。

章节	条款号	条款内容摘要	是否变更/补充现行PPP规定 ²
	【确定采购方式】	谈判方式采购。	
	第三十九条【政府和社会资本合作采购】	政府和社会资本合作采购，包括涉及特许经营合作的采购以及不涉及特许经营的其他合作模式的采购。 采购人在采购活动开始前，应当完成项目规划、立项、供地方案、环境影响评价等前期工作；根据项目预期收益、投资运营成本、投资回报和财政补贴等因素合理确定合作期限；明确项目最低产出要求，最低质量标准，最高服务收费等基本内容。通过有效竞争，鼓励市场主体提出减少政府支出责任、提高项目运行绩效的解决方案。 采购方案和采购合同应当确定合理的风险分担机制。除根据法律、法规和国家有关规定，可以在合同中约定重大政策变化、自然灾害、通货膨胀、需求减少等外部风险外，不得向政府部门转移融资、运营等商业风险。	是
第五章政府采购方式与程序	第四十七条【评审因素及适用】	设计咨询服务、大型基础设施工程以及创新采购、政府和社会资本合作等项目，需要考虑供应商履约能力中的从业经验的，可以将业绩要求作为评审因素，但是采购人不得提出特定项目的业绩要求。	是
第六章政府采购合同管理	第七十一条【合同的法律适用】	政府采购合同适用民法典，但是创新采购合同、政府和社会资本合作合同适用行政协议的相关规定。	是
	第七十二条【合同定价方式】	通用货物、工程和服务采购，应当采用固定价格定价方式。创新采购合同、政府和社会资本合作合同可以采用成本补偿定价方式。采购人可以根据项目特点，采用固定价格、成本补偿与绩效激励相结合的组合定价方式。	是

章节	条款号	条款内容摘要	是否变更/补充现行PPP规定 ²
	第七十三条【政府采购合同条款】	政府和社会资本合作合同应当明确项目资产权属、风险分担、项目运营责任和回报、绩效考核标准、临时接管、直接介入以及合同变更、中止、解除情形等内容。	否
	第八十二条【长期合同的变更】	期限较长的创新采购、政府和社会资本合作等合同，符合下列情形之一的，双方当事人经协商一致可以变更合同，但是不得对合同内容进行实质性修改： (一)采购人在采购文件中明确可能引起合同变更的情形、需要变更的具体内容和变更程序，并在采购合同中载明的； (二)出现采购人或者供应商不可预见的情形，拟增加的采购金额不超过原合同金额百分之三十的。	是
	第八十三条【验收主体】	政府和社会资本合作项目，应当就项目运营情况开展年度审计，并根据验收方案中的分期考核要求分期验收。	是
第八章监督检查	第一百零一条【对重大投资项目的监督】	国家重大投资项目或者政府和社会资本合作项目的绩效目标实现情况和执行本法情况，应当经专项审计后纳入决算草案，提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准。	是

(二) 虽未明确涉及，但实质上对 PPP 项目采购进行规范的条款

除上表所列外，《意见稿》的部分条款，因涉及对现行政府采购制度规范要求的变更或补充，从而可能间接导致 PPP 项目采购和后续实施的规范相应变化。这些条款主要包括：(1) 采购估算价值和采购最高限价的规定（第 34 条）；(2) 竞争范围的适用的规定（第 42 条）；(3) 竞争性谈判程序的规定（第 60 条）；(4) 合同签订时间的规定（第 74 条）；(5) 合同分包的规定（第 78 条）。

二、《意见稿》对 PPP 项目采购环节的规范和影响

(一) 明确 PPP 与政府采购之间的关系

相较于现行《政府采购法》，《意见稿》在总则部分对政府采购的定义做了修订，明确规定“包括购买、租赁、委托、政府和社会资本合作等”，以列举方式将 PPP 包含在政府采购的范畴。

虽然如此，考虑到 PPP 项目可以根据不同标准或角度划分为多种具体类型，是否所有类型 PPP 项目均可按照该定义被归入政府采购，《意见稿》并未给出答案。例如，纯使用者付费或政府付费占比较小的 PPP 项目（以及政府付费占到多少比例才会被视为政府采购）、政府提供项目支持（如土地平整等）而使用到财政资金的项目等，能不能归入？故具体哪些 PPP 项目，符合何种边界条件才被认定为是政府采购项目，仍需进一步细化明确。我们理解，纯使用者付费的项目走政府采购流程从政府采购法理论角度可能存在一定争议，笼统规定所有 PPP 项目均属于政府采购的做法，可能会对 PPP 项目的采购和实施造成一定困扰。

结合《意见稿》的立法宗旨和目的，以及第二十九条对政策统一性要求的规定，政府采购管理体制下的统一大市场建设要求政府采购主体实施的政府采购项目纳入政府采购法的监督管理体系之下，主要监管部门统一为财政部门。PPP 项目采购环节，以及后续实施过程中的合同签订和履约环节，都可能据此纳入到政府采购监管体系之中。《意见稿》对明确 PPP 与政府采购二者的关系有利，也显露出统一 PPP 项目社会资本方遴选适用法规方面的意图。

(二) 对政府采购各方主体的规范完善

采购人方面，《意见稿》规定，如果 PPP 项目涉及多部门职责的，由人民政府授权的机关、事业单位作为采购人或者由相关部门组成联合采购人。联合采购人的概念在现行《政府采购法》和 PPP 相关法规都没有规定。通常情况下，PPP 项目由有权人民政府出具正式授权文件授权某一行业主管部门作为项目实施机构，而实施机构会作为项目遴选社会资本方的采购方。而上述授权文件也会作为 PPP 项目入库必须具备的核心文件之一予以公示，同时在项目实施方案中对该授权进行明确描述。PPP 项目

涉及多部门职责的情形在实践中并不少见，仅因此就授权多个部门同时作为实施机构（例如同一个项目跨不同领域或不同地域），也就是《意见稿》下联合采购人的情形，则非常少见。如做此规定，则相应的 PPP 合同的甲方会是多个主体，政府方承担的项目监管职责和 PPP 合同项下各项义务将由一个主体分散到多个主体，对 PPP 合同的履行可能会造成负面影响，不利于项目执行效率，并增加不确定性。从社会资本方角度，对联合采购的模式可能会存在较多反对意见。

供应商方面，《意见稿》规定以联合体形式参与政府采购的，联合体应当满足采购项目的全部要求，并在联合体协议中载明联合体各方承担的工作和义务。这与现行《政府采购法》最大的不同之处，在于原要求是要求联合体每一成员均应满足采购文件资格条件，而现在则仅需联合体满足项目全部资格要求即可，这一变化契合社会资本方组成联合体的初衷，也体现了提倡供应商之间优势互补、专业分工的制度导向。

(三) 明确 PPP 项目的政府采购方式

《意见稿》首次明确采购人应当根据采购项目特点按照本法规定的适用情形确定采购方式，并与现行《政府采购法》一样，列举了包括招标在内的几种采购方式。但就 PPP 项目，《意见稿》第三十九条明确规定以竞争性谈判方式进行采购，字面上容易理解为排除了其他采购方式的适用。如获通过，未来 PPP 项目的社会资本方遴选方式可能将仅限于竞争性谈判这一种方式，且谈判程序也要严格按照《意见稿》第六十条所明确的竞争性谈判流程进行。但是，《意见稿》第五十九条另外规定了竞争性谈判的适用情形，要求符合所列两种情形之一的，应当采用竞争性谈判方式采购，而这两种情形均未包含明确指向 PPP 项目的内容。这极易造成两个法条理解适用上的纠结：是 PPP 项目均要按第三十五条直接适用竞争性谈判（从而排除其他采购方式），而其他政府采购项目只能在满足第五十九条两种情形之一时适用竞争性谈判；还是 PPP 项目也必须在满足第五十九条两种情形之一时才适用竞争性谈判（从而在不满足时可以适用其他采购方式）？

不仅如此,《意见稿》还试图一并解决以特许经营名义实施 PPP 项目的情形下的采购方式问题,规定政府和社会资本合作项目采购,包括涉及特许经营合作的采购以及不涉及特许经营和其他合作模式的采购。即可以理解为,项目无论是否以特许经营名义实施,只要体现了政府和社会资本合作项目性质,就可能要按 PPP 项目进行采购,这对当前适用的特许经营项目投资人的选择方式和要求有直接影响,并与现行特许经营制度相关法规在某些方面存在一定的冲突。

(四) PPP 合同价格将受限于采购估算价值和采购最高限价

采购估算价值和采购最高限价是《意见稿》提出的全新且核心的两个概念。采购估算价值是采购合同的最大估计总价值;采购人可以在采购估算价值额度内合理设置采购最高限价。二者均是采购文件的必备内容,且作为设置竞标保证金(采购估算价值或采购最高限价的 2%)和履约保证金(采购估算价值或采购最高限价的 10%)的依据。

对于 PPP 项目而言,因为二者的存在,未来项目可研报告和两评一案下涉及的政府支出额度和责任,还要与采购文件中的采购估算价值和采购最高限价相匹配。一方面,PPP 合同签订的合同价格不能超过采购最高限价;另一方面,PPP 合同所预留的项目其他可能支出责任(如因项目改扩建或提标增产而产生而在现有合同下无法确定的支出、因特定事项发生的补偿相关的支出等)也会受到采购估算价值的限制。考虑到 PPP 项目与一般的政府采购项目存在本质上的差异,项目周期较长,存在投资、融资、建设、运营、期满、移交等各个环节,上述估算价值和最高限价的规定对 PPP 项目全生命周期的相关测算及评估提出了更高的要求,如果在项目采购阶段对相关情况预估不足,采购估算价值及最高限价可能对项目的落地及履行带来一定程度的负面影响,或者可能导致另外一个问题,即政府采购合同在订立之后,在何种情况下及范围内可以发生变更。而这也是政府采购领域中广为业界探讨和争议的问题之一。请一并参考我们在下述第三点第(二)条中的意见。

(五) 项目业绩要求将不被作为 PPP 项目采购条件

目前 PPP 项目的政府方实施机构在遴选社会资本方的采购文件中通常要求投标人提供特定行业或项目的具体业绩,并将其作为重要的评审条件。《意见稿》则对供应商资格条件做了简化,不再强调项目业绩要求,甚至限制提出“特定项目的业绩要求”。

《意见稿》第十四条以“正面条件+负面清单”的方式规定供应商资格条件。只要供应商“具备履行政府采购合同的能力,包括独立承担民事责任的能力、履行合同所必需的设备和专业技术能力”且不存在负面事项的,就满足条件。第四十七条第一款则明确规定“评审因素应当与采购标的直接相关”,第二款规定“PPP 项目需要考虑供应商履约能力中的从业经验的,可以将业绩要求作为评审因素,但是采购人不得提出特定项目的业绩要求”。供应商的过往业绩很难被视为“与采购标的直接相关”的评审因素,这样简化的结果可能为 PPP 项目实施机构选择社会资本方提供了更为广阔的空间,同时会鼓励更多潜在供应商参与 PPP 项目采购。

三、《意见稿》对 PPP 项目实施环节的规范和影响

(一) 明确 PPP 合同的性质

《意见稿》明确一般的政府采购合同适用民法典因而属于民事合同,但创新采购合同、PPP 合同这两类则适用行政协议的相关规定。如《意见稿》最终通过,则是在最高人民法院于审理行政协议案件的司法解释³之外,首次在成文法律层面确定 PPP 合同的性质属于行政协议,从而提供明确的法律依据。如合同履行出现纠纷,社会资本方将依法通过行政诉讼程序解决争议,选择通过民事诉讼或仲裁程序解决争议的机会愈加渺茫了。而 PPP 合同是否完全不存在民商事性质而完全属于行政协议的问题,长期以来广为业界争议,并无定论。

(二) 明确 PPP 合同变更的情形和要求

现行 PPP 法规和政策对 PPP 项目变更做出的规定很有限,对合同变更情形、条件和程序,主要是

³ 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》,最高人民法院,2019 年 12 月 10 日发布。

政府方和社会资本方在 PPP 合同中予以约定。但《意见稿》对 PPP 合同的变更情形直接做出了限定，即仅限于两类情形：（1）采购人在采购文件中明确可能引起合同变更的情形、需要变更的具体内容和变更程序，并在采购合同中载明的；（2）出现采购人或者供应商不可预见的情形，拟增加的采购金额不超过原合同金额百分之三十的。并且在满足上述情形之一的情况下，即便双方协商一致变更合同，也不得对合同内容进行实质性修改。

据此，无论是采购人还是供应商，只要不属于上述两种情形，那么即便双方协商一致希望变更合同，也可能因存在违反政府采购法的风险而无法进行。社会资本方可能需要尤其关注 PPP 项目采购文件中对合同变更情形和要求的相关内容，判断项目合同在长期履行过程中是否具备足够充足灵活的调整变通空间。

（三）明确 PPP 项目绩效监督要求

《意见稿》对 PPP 项目财政管理的监督要求，相比于财政部在 2016 年 9 月发布的《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》（财金[2016]92 号）中的规定更趋严格，引入了绩效目标实现情况和执行政府采购法情况的专项审计要求。《意见稿》第一百零一条规定，政府和社会资本合作项目的绩效目

标实现情况和执行本法情况，应经专项审计后纳入决算草案，提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准。未来 PPP 项目的绩效考核和合规情况将报本级人大常委会进行审查。

结语

本次《意见稿》如顺利通过且内容不发生实质性变化，将对 PPP 项目的性质界定、采购条件和方式、合同签订和履行、绩效考核等各方面产生深远影响，并一定程度上改变了 PPP 项目在现有法规体系下的项目准备和项目实施路径。与此同时，《意见稿》从某种意义上也试图为政府方和社会资本方提供一个更为清晰和统一的 PPP 项目实施与监管的适用规范，解决以往法规政策适用模糊乃至冲突的一些问题。我们理解，这是以统一规范和管理城市基础设施和公用事业特许经营项目以及政府和社会资本合作项目为目标，继特许经营法、政府和社会资本合作立法努力之后，所做的一个新的尝试，有点另辟蹊径的意思。期待《意见稿》能够吸纳特许经营和 PPP 多年的理论探索和实践经验所获得的有益成果，完成相关立法和司法解释未竟之志，为我国 PPP 项目的采购与实施提供统一、确定的法律依据。

袁家楠 合伙人 电话：86 10 8519 1228
程 远 合伙人 电话：86 10 8553 7638
丁兴镇 律 师 电话：86 10 8553 7813

邮箱地址：yuanjn@junhe.com
邮箱地址：chengyuan@junhe.com
邮箱地址：dingxzh@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”。