

PPP 合同设计大全（下篇）

2015-09-18 PPP 金融标准化课题组

【PPP 项目的主要风险】

根据前述 PPP 模式的主要原则和国家法律法规之规定，按照风险分配优化、风险收益对等和风险可控等原则，综合考虑政府风险管理能力、项目回报机制和市场风险管理能力等要素，在政府和社会资本间合理分配项目风险，以实现社会治理和经济发展的目的。

下文扼要分析一下 PPP 项目的主要风险以及 PPP 合同面临的主要问题：

（一）政治风险

基于政治、政府和官员的风险，足以导致项目失败、合同的变更或失效，主要有以下几点：

1、审批延误风险

审批延误风险主要是指由于项目的审批程序过于复杂，导致立项周期过长和项目成本过高，且批准之后对项目的性质和规模进行必要的商业调整非常困难，给项目的正常运作带来威胁，比如某些行业里一直存在的成本价格倒挂现象。

2、政治决策失误风险

政治决策失误是指由于政府的决策程序不规范、官僚作风、缺乏 PPP 项目运作经验和能力、前期准备不足和信息不对称等导致项目决策失误的风险。

3、政治反对风险

政治反对风险是指由于各种原因导致公众利益得不到保护或受损，从而引起指正甚至公众反对项目建设所造成的风险。

4、政府信用风险

政府信用风险是指政府不履行或拒绝履行合同约定的责任和义务而给项目带来直接或间接危害的风险，以及项目相关的基础设备、配套设备不到位引发的风险。

5、政府官员腐败风险

政府官员腐败风险是指政府或官员或其代表利用其权力影响力要求或索取不合法的财物，直接增加项目公司在关系维持方面的成本，并加大了政府在将来的违约风险。

（二）法律风险

基于法律体系不完善或法律法规变更所带来的风险，主要包括：

1、法律及监管体系不完善

PPP 项目涉及的法律法规比较多，我国 PPP 项目还在起步阶段，现有的 PPP 立法，层次较低、效力较差、相互之间存在某些冲突、可操作性差、部门利益之争等原因造成的风险。

2、法律变更风险

由于执行、颁布、修订、法律解释、政策改变等导致项目的合法性、市场需求、收费、合同的有效性等变化，从而危害到项目的正常建设和运行，甚至导致项目终止或失败。

3、民事、行政、刑事责任风险

在项目中的一些不法行为所导致的法律风险，比如环境污染、滥用职权、安全事故等。

（三）市场风险

在市场层面，由于项目的周期性，也会存在一定的风险，导致合同相应问题，主要是：

1、项目唯一性风险

指政府或其他投资人新建或改建其他相似项目，导致对该项目形成实质性商业竞争而产生的风险，从而引发市场需求变化风险、市场收益风险、信用风险等一些列后续风险。

2、融资风险

指由于融资结构不合理、金融市场不健全、融资的可及性等因素引起的风险，其中最主要的表现形式是融资困难，如逾期未能完成融资，可能导致中标资格被取消等后果。

3、市场收益不足风险

指项目运营后的收益不能收回投资或不能达到预定水平的风险。

4、市场需求变化风险

指由于经济环境、社会环境、人口变化、法律法规调整等因素使市场需求发生变化，导致市场预测与实际需求之间出现差异而产生的风险。

5、收费变更风险

指由于 PPP 产品或服务的收费价格过高、过低或者收费调整不弹性、不自由导致项目公司的运营收入不如预期而产生的风险。

（四）不可抗力风险

指合同一方无法控制，在签订合同前无法合理防范，情况发生时又无法回避或克服的事件或情况，如自然灾害或事故、战争、禁运等。

（五）税收、利率、外汇、通货膨胀、环保等社会管理风险

指包括中央或地方政府的税收政策变更、市场利率变动的不确定性、外汇汇率变化和兑换风险、物价上升或货币购买力下降、政府或社会团体对项目的环保要求提高等导致的风险。

上述是对 PPP 项目的主要风险的简要列举，这些类型的风险足以带来一系列的 PPP 合同问题，且一个 PPP 项目不止于一份 PPP 合同，一个项目的失败往往不是单一风险作用的结果。从微观分析，PPP 项目的风险，贯穿于 PPP 项目的从设计、融资、建造、运营、维护至移交的全生命周期，广泛存在于项目识别、项目准备、项目采购、项目执行、项目移交的完整周期和过程之中。

【PPP 合同面临的主要问题】

基于前述 PPP 项目之风险分析，PPP 合同管理对于运用 PPP 模式需要特别注意的问题包括以下六大方面：

一、主体稳定性问题

PPP 项目的合作主体是政府与社会资本，由于项目周期与监管问题、市场风险与不可抗力因素等可能导致履约主体的能力变更或者主体退出，势必影响 PPP 合同的稳定性和执行力，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》对此已有规定：“依托各类产权、股权交易市场，为社会资本提供多元化、规范化、市场化的退出渠道。”

在 PPP 合同内容与合同管理方面，必须对主体稳定性及相关问题作出明确约定。

二、政府债务问题

PPP 项目通常包含政府对社会资本长期付费承诺或因分担项目风险而产生的显性或

隐性担保责任，尽管政府财政预算机制与政府资产负债管控措施日渐建立并开展，但并未有效建立，且存在政治风险无法避免的情况，PPP 项目仍然可能突破财政承受能力而导致政府债务风险。在 PPP 合同中应当对实际履约能力作出明确的可执行的操作模式。

三、项目选择问题

PPP 项目通常由政府发起，其对于 PPP 融资功能的依赖容易导致对项目前景过于乐观的估测，在风险分担的项目中社会资本无足够动力对项目进行严谨的分析，从而导致项目选择的错误。此外，PPP 项目的规划和筛选有可能受到腐败或政治利益考虑的影响。

四、有效竞争问题

公共资产和公共服务的提供通常具有排他性，在一些行业或领域存在垄断属性，导致 PPP 项目的竞争压力通常来自于社会资本准入阶段，但由于 PPP 类项目的多样性、复杂性和长期性特点，不同社会资本提供的价值、承担的风险和要求的回报难以在选择阶段进行有效的直接比较，政府无法通过现有的政府采购程序有效甄选出最具竞争力的社会资本方

五、履约管理问题

当签署 PPP 项目协议后，政府和社会资本即进入项目履约阶段。一方面，由于履约阶段缺少竞争压力，政府在缺少相称资源和技能的情况下很难对社会资本的履约能力和履约情况进行有效监管；另一方面，由于缺乏有限的争议解决机制，在政府履约情况不佳时，社会资本也难以采取实际有效措施保护自身权益。

六、定纷止争机制问题

PPP 模式不仅是一种项目融资方式，更是一种提高政府对整个社会资源管理效率的方式，具有投资额巨大、投资周期长、价格受监管、投资回报期长等特点，其合同内容的可执行性、项目实施的可控性、财物核算与纠纷解决机制非常重要，决定了项目运作的价值和成败。

PPP 模式是基于完备合同下的契约精神，要求政府和社会资本应作为平等的合作双方，共同分配风险、分担责任和分享利益。PPP 模式比较复杂，涉及到多方利益，协调利益分配是实施 PPP 项目的关键，PPP 项目的核心是合同管理。

成功推广 PPP 模式，促进民间资本进入公共品与服务领域，需要建立一个行之有效的保障机制。PPP 项目提供法律服务，主要集中在两个阶段，其一，为 PPP 项目前期筹备阶段。其二，为 PPP 项目建设阶段、运营阶段、移交阶段，需要着重解决以下主要方面：

首先，制定法律、法规，保障社会资本的利益。

公共产品与服务项目通常前期投资额高，回报周期长，影响项目的因素多，收益不确定性大，社会资本在参与这些项目时会考虑进入后的风险。如果没有相应法律、法规保障社会资本方的利益，PPP 模式就难以有效推广。通过立法等形式，对社会资本的利益予以保障，方能吸引更多民间资本进入，符合现在国家允许 PPP 项目公司通过基金、私募等方式筹集资本金，并允许项目公司发行公司债、企业债、各种非金融性融资产品等原则。

其次，完善风险分担机制。

政府部门对政治风险、法律变更的承受能力强，而融资、经营等风险，与企业经营活动直接相关，根据项目具体情况在政府和社会资本之间分配风险，建立合理公平的风险分担机制。

最后，协调好参与方利益。

在 PPP 项目中，政府主要任务是授权和监管，对社会资本的经营和利润进行调节，代表公众利益的同时保证社会资本方能够得到合理收益。在签订合同时，制定好收益分配规则，

均衡各方收益。如果社会资本从 PPP 项目获得利润较低时，政府根据合同对其进行补贴以保证合作继续，反之，若社会资本从 PPP 项目中获得超额利润时，政府可根据合同控制其利润水平。

未来，国家政策层面应细化、完善现有“中期评估、项目变更、项目退出、监督审计、公众利益保护”等机制，为地方政府和社会各界设计、创新 PPP 投融资模式提供政策依据并规范行为边界。PPP 模式项目，必须执行公正、公平、公开的合作原则。国际组织和各国政府在 PPP 模式合作中的共同经验表明，成功 PPP 模式合作的先决条件是：

- (1) 坚实的法律框架；
- (2) 明确的政府职能；
- (3) 能干的执行团队；
- (4) 透明的规定程序；
- (5) 科学的操作方法。

随着政府层面和社会资本层面对 PPP 的法律健全和认识加深，中国必将迎来 PPP 项目发展繁荣的推进政治和经济体制改革的新时代。

【PPP 项目合同设计】

政府和社会资本合作 PPP 项目合同是指政府方(政府或政府授权机构)与社会资本方(社会资本或项目公司)依法就 PPP 项目合作所订立的合同。在 PPP 项目中，除项目合同外，项目公司的股东之间，项目公司与项目的融资方、承包商、专业运营商、原料供应商、产品或服务购买方、保险公司等其他参与方之间，还会围绕 PPP 项目合作订立一系列合同来确立和调整彼此之间的权利义务关系，共同构成 PPP 项目的合同体系。PPP 项目合同是整个合同体系的基础和核心，政府方与社会资本方的权利义务关系以及 PPP 项目的交易结构、风险分配机制等均通过 PPP 项目合同确定，并以此作为各方主张权利、履行义务的依据和项目全生命周期顺利实施的保障。

PPP 从行为性质上属于政府向社会资本采购公共服务的民事法律行为，构成民事主体之间的民事法律关系。同时，政府作为公共事务的管理者，在履行 PPP 项目的规划、管理、监督等行政职能时，与社会资本之间构成行政法律关系。因此，我国 PPP 项目合同相关法律关系的确立和调整依据，主要是现行的民商法、行政法、经济法和社会法，包括《民法通则》、《合同法》、《预算法》、《政府采购法》、《公司法》、《担保法》、《保险法》、《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《民事诉讼法》、《仲裁法》、《行政诉讼法》、《会计法》、《招标投标法》、《土地管理法》、《建筑法》、《环境保护法》等，并涉及部分《公务员法》、《刑法》、《刑事诉讼法》之规定。

根据上述法律规定以及《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》(国发[2014]43号)、《国务院关于深化预算管理制度改革的决定》(国发[2014]45号)、《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)、《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)、《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)、《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南的通知》(财金[2014]113号)、《关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》(财金〔2014〕156号)有关要求，参考国家发展改革委在 2014 年 12 月 2 日发布《政府和社会资本合作项目通用合同指南》和财政部 2014 年 12 月 30 日发布之《PPP 项目合同指南(试行)》，结合国内外各方 PPP 项目实践，编制本 PPP 项目合同参考范本，

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。

本章作者在 PPP 项目合同参考范本的编制过程中坚持了几点编制原则：

1、合同各方主体地位平等原则

PPP 项目合同的各方当事人均是平等主体，以市场机制为基础建立互惠合作关系，通过合同条款约定并保障权利、义务。

2、合法、合规原则

在 PPP 框架下，项目合同要与相关法律法规和技术规范做好衔接，确保内容全面、结构合理、具有可操作性，并能够有效促进 PPP 项目合同的各环节的执行。

3、提高公共服务质量和效率原则

政府基于 PPP 架构，通过引入社会资本和市场机制，促进重点领域建设，增加公共产品和公共服务的有效供给，提高公共资源配置效率和社会价值。

4、公开透明原则

在 PPP 模式下，基于法律法规和政策规定，针对项目建设和运营的关键环节，明确政府监管职责，发挥专业机构作用，提高信息公开程度，确保项目在阳光下运行。

5、社会资本获得合理回报原则

充分利用社会资本在国家建设和公共服务中的积极价值，鼓励社会资本在确保公共利益的前提下，降低项目运作成本、提高资源配置效率、获取合理投资回报。

6、风险最优分配原则

PPP 模式致力于在政府和社会资本之间实现最优的风险分配，在受制于法律约束和社会公共利益的前提下，根据公平公正原则，将风险分配给对政府而言能够以最小成本、最有效管理它的一方承担，并给予风险承担方选择如何处理和最小化该类风险的权利。

7、国际经验与国内实践相结合原则

在 PPP 项目中，要广泛借鉴国外先进经验，及时总结国内各类实践，促进各类项目的健康、有效发展，促进社会公共服务。

8、鼓励创新原则

PPP 并不是一个具体、确定的投融资模式，要把握 PPP 项目的实质内容，以 PPP 项目合同体系的视野，积极探索、务实创新、灵活约定，推进深化投融资体制改革的现实需要。

对 PPP 项目合同参考范本的设计内容简介如下：

PPP 项目合同参考范本，由合同正文和合同附件组成，对 PPP 项目合同通常所包含的具有共性的条款和机制作原则性介绍，主要反映合同的一般要求，采用模块化的编写框架，共设置 21 个模块、115 项条款，说明各主要参与方在 PPP 项目中的角色及订立相关合同的目的，阐述 PPP 项目合同的主要内容和核心条款，分析合同条款中的风险分配原则、基本内容和权利义务安排。适用于不同模式合作项目的投融资、建设、运营和服务、移交等阶段，具有较强的通用性，并不能适用所有 PPP 项目的特点和个性需求。

原则上，所有模式项目合同的正文都应包含 10 个通用模块：总则、合同主体、合作关系、项目前期工作、收入和回报、不可抗力和法律变更、合同解除、违约处理、争议解决，以及其他约定。同时本参考范本还从付费机制和行业领域两个方面，剖析不同类型 PPP 项目合同中的核心要素和特定条款。

PPP 项目兼具长期性、复杂性与多样性，项目所处地域、行业、市场环境等情况的不同，各参与方合作意愿、风险偏好、谈判能力等方面的差异，最终表现为合同内容上的千差万别。实践中，PPP 项目各参与方应当结合项目客观需要和谈判结果，充分借助专业力量，因地制

宜地订立 PPP 项目合同。各行业可参考本《PPP 项目合同参考范本》分别研究制定相应行业的标准合同范本，并及时总结开展政府和社会资本合作中的经验教训，不断细化、完善合同文本。鉴于我国 PPP 工作尚处于起步阶段，法律制度、机构能力和实践经验等方面均有待进一步加强和丰富，今后将及时对本参考范本进行修订和完善，以飨读者。

【在新趋势背景下，金砖城市投行基于新预算法下政府财政预算规划和预算编制，由财政科学领域预算专家为项目各方提供咨询，包括预算政策法规培训、预算规划编制调整和优化、财政预算编制、财政资产负债表规划与编制、政府建设性项目投资预算编制、财政资金使用效率方案优化、PPP 项目立项的物有所值定量定性评价、财政承受能力认证、合同设计、采购招标文件与评选方式设计等。】