

“政府和社会资本合作新机制下特许经营 相关规则”业务交流会 业务综述

——基础设施特许经营管理办法（征求意见稿）的新变化

近期国家发展和改革委员会发布《基础设施和公用事业特许经营管理办法（修订征求意见稿）》（下称《征求意见稿》）的公告，为深入研究相关问题，政府与社会资本合作（PPP）法律专业委员会（下称“PPP委”）于2024年3月20日下午举办“政府和社会资本合作新机制下特许经营相关规则”业务交流会，交流关于政府和社会资本合作新机制下特许经营相关规则的重点及实务注意事项，本次交流会嘉宾为北京远诚恒川工程咨询有限公司华中分公司总经理彭胜，以及泰和泰（深圳）律师事务所律师、深圳市律师协会政府与社会资本合作（PPP）法律专业委员会秘书长叶海。PPP委委员、干事、律师同行及PPP行业从业者等积极参加本次业务交流会。本次交流会由PPP委主任马浩然主持。现将交流会内容综述如下：

2023年11月8日，国务院办公厅转发国家发展改革委、财政部《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见（国办函〔2023〕115号）》（以下简称“115号文”），意味着自2023年2月开始被全面叫停的PPP模式终于摁下

了重启键，发改委主导的特许经营模式成为新阶段政府和社会资本合作实施的新机制。115号文从准确把握新机制的总体要求、规范推进建设实施、切实加强运营监管、加大政策保障力度四个方面阐释PPP项目监管新机制。通过聚焦使用者付费项目，全部采用特许经营模式，最大程度鼓励民营企业参与，压实经营主体责任，确保项目规范运营，开启了我国PPP业务发展的新阶段。此次发布的《征求意见稿》，可以看作是对115号文中出现的部分条款的进一步深化，为基础设施和公用事业项目规范发展、阳光运行保驾护航。

本次《征求意见稿》主要由总则、特许经营协议订立、特许经营协议履行、特许经营协议变更和终止、监督管理和公共利益保障、争议解决和法律责任七大部分组成，通过对比其与原《管理办法》进行的调整，归纳总结出十一个核心要点：

一、鼓励民营企业参与基础设施建设项目

《征求意见稿》在总则的第一条加入“激发民间投资活力”的表述，强调了鼓励民营企业参与PPP项目的观点，115号文及其附件《支持民营企业参与的特许经营新建（含改扩建）项目清单（2023年版）》，要求市场化程度较高、公共属性较弱的项目，应由民营企业独资或控股。民营企业参与国计民生、公共属性较强项目的股权占比原则上不低于35%。少数涉及国家安全、公共属性强且具有自然垄断属性的项目，

应积极创造条件、支持民营企业参与。从这些举措可以看出，重启后的 PPP 模式将最大程度鼓励民营企业参与政府和社会资本合作新建（含改扩建）项目，优先选择民营企业参与今后的 PPP 项目，激发民营企业的活力，为民营经济发展提供了良好的外部环境。

新机制多处提到提高效率，民企因更善于发现市场需求、识别市场化的项目，在项目运营方面具有先天的优势，运营效率也更高一些。但相比国企，民企在资金实力、信用水平、融资能力方面略逊一筹。

二、重塑 PPP 项目概念，厘清争议

与新机制 115 号文相匹配，《征求意见稿》第四条明确指出，“基础设施和公用事业特许经营是基于使用者付费的 PPP 模式，不新设行政许可”。该规定同时重塑了特许经营和 PPP 的概念，其实是将特许经营（不含商业特许经营）与 PPP 画上等号，即“特许经营就是 PPP，PPP 就是特许经营”，自此以后关于“特许经营与 PPP 之辨”的论争便再无意义了。此前，学界和司法实践都有“特许经营属于行政许可”的观点。如今特许经营与 PPP 概念挂钩，更多地强调政府与社会资本的合作关系，区别于《行政许可法》对行政许可系一种行政机关单方授益性行政行为的定性，同样平息了特许经营与行政许可关系的辩难。

三、聚焦使用者付费项目

PPP项目实施过程中，政府付费和可行性缺口补助类项目中均含有“可用性服务费”，此类费用以投资建设成本为基础，在政府向社会资本方支付的费用中的占比较高。第二十二条明确规定，“在项目建设期对使用者付费项目给予政府投资支持；政府付费只能按规定补贴运营、不能补贴建设成本。除此之外，不得通过可行性缺口补助、承诺保底收益率、可用性付费等任何方式，使用财政资金弥补项目建设和运营成本。”从这些规定中可以看到，“可用性服务费”已经成为历史。未来的政府支出将仅以两种形式呈现：一种是资本金注入方式来补偿建设成本，这类项目需按照《政府投资条例》的有关规定执行；另一种是针对运营成本给予付费补贴，如果不需要资本金注入，项目则需要按照《企业投资项目核准和备案管理条例》的有关规定实施。

同时，《征求意见稿》第六条规定“基础设施和公用事业特许经营应当聚焦使用者付费项目，明确收费渠道和方式，项目经营收入具备覆盖建设投资和运营成本并获取一定投资回报的条件，不因采取特许经营而额外新增地方财政未来支出责任”。单从此条表面理解，特许经营项目的营业收入应能实现自平衡，无需政府额外支出，但结合第二十二条中“政府付费只能按规定补贴运营”的描述来看，第六条所用“经营收入”不等于“营业收入”，此处“经营收入”应是

包括了营业收入和政府补贴收入在内的现金流入（根据《建设项目经济评价方案与参数》（第三版），项目经营活动净现金流量中的现金流入包括营业收入、增值税销项税额、补贴收入和其他流入），未来的运营补贴可能更多来自中央预算内投资补助和专项资金补助。本次《征求意见稿》第六条中“经营收入”一词如何把控以及第二十二条中“补贴运营”的具体方式，后续还有待相关部门进行明确。

四、调整特许经营运作模式，BTO 模式走入故纸堆

本次《征求意见稿》第七条明确，特许经营项目根据项目实际情况，合理采用建设—运营—移交（BOT）、转让—运营—移交（TOT）、改建—运营—移交（ROT）、建设—拥有一运营—移交（BOOT）、设计—建设—融资—运营—移交（DBFOT）等具体实施方式，采用的运作模式均以“运营+届满移交”为核心，并要求在合同中明确约定建设和运营期间的资产权属，清晰界定各方权责利关系。与原《管理办法》中的运作模式相比较，“建设—移交—运营（BTO）”方式被删除，新增了“转让—运营—移交（TOT）”方式，同时明确规定，禁止在建设工程完成后直接将项目移交政府，或者通过提前终止协议等方式变相逃避运营义务，进一步将BTO模式堆入故纸堆。值得注意的是，115号文提及的B00模式，在征求意见稿中并没有体现。

五、明确责任主体

本次《征求意见稿》第九条明确规定，由国务院发展改革部门牵头做好基础设施和公用事业特许经营模式推进工作，加强政策指导；地方各级发展改革部门发挥综合协调作用，严格把关项目实施领域、范围、方案等，依法依规履行项目审批、核准或者备案职责，推动项目落地实施；各级财政部门严格执行预算管理制度，加强地方政府债务管理。据此，进一步凸显了国家发展改革委对 PPP 的牵头职责。譬如，原银保监会曾独自印发《银行保险机构进一步做好地方政府隐性债务风险防范化解工作的指导意见》（银保监发〔2021〕15号）对银行保险机构参与 PPP 项目融资提出要求，而在 PPP 新机制时期，若国家金融监管总局再印发类似文件，应当先征得国家发展改革委的同意或者联合发文。

六、重新梳理特许经营方案审批流程，项目识别、采购更趋规范

《征求意见稿》第十二条、第十三条、第十五条明确指出，实施机构根据授权，参照可行性研究报告编写规范，牵头编制特许经营方案。实施机构可以委托具有相应能力和经验的第三方机构，开展特许经营可行性论证，完善实施方案。投资主管部门或者其他有关部门对特许经营方案进行审批，必要时可以委托专业咨询机构进行评估。《修订征求意见稿》承袭《PPP 新机制意见》规定实施机构应当“通过招标、谈

判等公开竞争方式选择特许经营者”。《征求意见稿》第二十六条规定，“完成审批、核准或备案手续的项目如发生变更建设地点、调整主要建设内容、调整建设标准等重大情形，应报请原审批、核准机关重新履行项目审核程序，或者重新备案，必要时应重新开展特许经营模式可行性论证与特许经营方案审核工作。”从此条来看，重新履行项目审核程序或备案，并非一定重新开展特许经营模式可行性论证和特许经营方案审核，此处的“必要时”如何把握，还有待征询有关部门进一步明确。

对比原《管理办法》与《征求意见稿》中关于特许经营方案审批流程的规定，可以看出，《征求意见稿》在保留实施方案的基础上，并未对原PPP项目的“两评”文件（即物有所值评价和财政承受能力论证）提出明确要求。然而，从增加的可行性论证相关要求来看，其论证事项与物有所值评价相似，而“各级财政部门严格执行预算管理制度，加强地方政府债务管理”的规定，在一定程度上可视为对地方能否承担财政支出进行判断。因此，尽管删除了“两评”的具体形式，实际上仍需论证采取特许经营模式相对于传统模式的优势，以证明项目是否适合采用特许经营模式。

七、对特许经营者退出机制加以限制

根据《征求意见稿》第二十一条新增规定，选定的特许经营者及其投融资、建设运营责任不得调整。若确需调整，

需重新履行特许经营者选择程序。原 PPP 项目对投资人股权变更存在一定限制，例如在建设期或运营期满几年内股权不得变更，如需变更需经政府方同意等。但股权变更本身并未被绝对禁止，也未要求重新招标。经过本次调整，投资人通过项目公司股权变更退出项目或改变运营责任比重的方式已经不可行。如发生股东变动等情形，均需通过重新招标方式进行。这一规定避免了因股权变更、投融资变化等可能引发的风险和不确定性，对项目的稳定性和可持续性具有重要意义。

八、延长特许经营最长期限

《征求意见稿》第八条将特许经营最长期限从原《管理办法》规定的“最长不超过 30 年”修改为“最长一般不超过 40 年”，个别投资规模大、回报周期长的特许经营项目可以根据实际情况适当延长，但应在特许经营方案中充分论证并随特许经营方案一并报请批准。

该变化主要是基于新机制下的特许经营项目必须是有经营性收益、可财务自平衡的项目，在脱离了财政资金补贴项目建设投资和运营成本的情况下，通过适当延长经营年限来实现项目投资者的盈亏平衡。

九、融资渠道多元化，放宽项目实施方式

《征求意见稿》第二十七条在《管理办法》第二十三条的基础上新增“鼓励保险资金通过债权、股权、资产证券化

产品等多种方式为特许经营项目提供多元化资金支持”，第二十八条新增“积极支持符合条件的特许经营项目发行基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）”，新增“债权、股权、资产证券化等融资方式”，“鼓励发行项目收益票据、不动产信托资产支持票据和资产证券化产品等”，同时也对融资方式提出新的要求，即“特许经营项目融资应当依法保护各方合法权益，稳妥处置债权债务关系。不得承诺以各类财政资金担保或者作为还款来源，防止新增地方政府隐性债务。”此外，《修订征求意见稿》第二十八条规定，鼓励符合条件的特许经营项目公司进行结构化融资，发行项目收益票据（PRN）、不动产信托资产支持票据（CMBN）和资产证券化产品等，表明资产证券化并未被遗忘，在将来协同其他结构化融资方式为PPP项目提供有力的融资支持。

需要注意的是，与《管理办法》相比，《修订征求意见稿》关于特许经营项目融资方式的一大变化是“国家鼓励通过设立产业基金等形式入股提供特许经营项目资本金”“可以探索与金融机构设立基础设施和公用事业特许经营引导基金”的规定被删除。政府产业基金和PPP引导基金等在前十年经历过高歌猛进的阶段，如财政部会同建设银行等国内10家大型金融、投资机构发起设立的中国政企合作基金（1800亿元）和新疆维吾尔自治区PPP政府引导基金（1000亿元）等，但都难逃发展失序、增长动力不足和民间资本参

与程度有限等问题，甚至有被审计部门“点名”要求整改者。

《PPP新机制意见》以遏制地方政府隐性债务风险和激发民营企业投资活力为主基调，依照该意见的《修订征求意见稿》不再提及政府产业基金和引导基金倒也有迹可循。至于未来二者是否会在经过规范后再回归特许经营项目的融资渠道，有待后续观察。

十、规定争议解决方式

自特许经营模式诞生以来，关于特许经营协议的法律性质是属于行政协议还是民事合同，一直是争议不断的话题。2019年11月27日，《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》的发布，使得“行政协议”的法律性质得到了主流认可，相应的仲裁机构也以此为由对一些社会资本方的仲裁请求进行了驳回，争议解决渠道有所限缩。115号文件第十四条明确规定，因特许经营协议引发的各类争议，可根据争议性质，选择申请仲裁、申请行政复议或提起行政、民事诉讼。同时，《征求意见稿》第五十四条进一步区分了不同情况下的争议解决方式选择，对于社会资本方认为行政机关不依法订立、不依法履行、违法变更特许经营协议的情况，可以通过行政复议或提起行政诉讼的方式解决；对于协议各方因协议约定的权利义务产生的民商事争议，则可以通过仲裁或民事诉讼的方式解决。也就是说，《修订征求意见稿》并未打破行政机关“官告民”的桎梏，特许经营协议争

议仍将通过行政复议和行政诉讼解决。这种处理方式充分认可了特许经营协议同时具备行政协议双方权利地位的不平等性和民事合同的平等主体性，并提出可采取具体问题具体分析的方式，更加灵活地处理纠纷。

十一、建立更全面的监管方式和更完备的惩戒体系、法律责任体系

《征求意见稿》第五十七、五十八、五十九条通过大篇幅条文列举的方式，明确对公职人员在特许经营管理服务过程中因导致特许经营协议无法履行或者不正常中止，影响公共产品或者公共服务持续性、稳定性的，应给予的处分。《修订征求意见稿》较之《管理办法》对“法律责任”一章做了较大篇幅修订，将公职人员和政府方的责任前移，还新增三条规定加重公职人员和政府方的法律责任（政务处分乃至刑事责任）。可以看出，《修订征求意见稿》的相关规定都是为了贯彻落实《PPP新机制意见》保护特许经营者合法权益、激发民间投资活力的举措。另外，第五十九条规定，违规收取用户付费款额，导致未能按约向特许经营者支付服务费的，相关负责人将面临行政处分，实施机构应补足欠款并承担赔偿责任。第六十三条增加社会公众对项目的监督作用：“社会公众、特许经营者认为特许经营项目参与方违反本办法规定的行为损害自身合法权益的，可以自知晓或者应当知晓其合法权益受到损害之日起60日内，依法向负有监督管理职

能的有关行业主管部门投诉”，通过建立更全面的监管方式和更完备的惩戒体系，确保政府与社会资本合作项目的阳光、规范运行。