# 贸易法委员会
# 公私伙伴关系立法指南

联合国

进一步资料可向以下地址索取：

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

电话：(+43-1) 26060-4060　　传真：(+43-1) 26060-5813
网站：uncitral.un.org　　电子邮件：uncitral@un.org

联合国国际贸易法委员会

# 贸易法委员会
# 公私伙伴关系立法指南

联合国
2020年，维也纳

## 注

联合国文件都用英文字母加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

联合国出版物
e-ISBN 978-92-1-005756-1

© 联合国，2021年5月。版权所有。

本出版物所用名称及其材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对于任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位或对于其边界或界限的划分表示任何意见。

出版制作：联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

# 前言

《公私伙伴关系示范立法条文》和《公私伙伴关系立法指南》由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）编写并在第五十二届会议（2019年7月8日至19日，维也纳）上通过。[1] 除委员会成员国的代表之外，其他许多国家和一些国际组织的代表，包括政府间组织和非政府组织的代表，也积极参加编写工作。《示范立法条文》将《立法指南》所载建议中给出的咨询意见转化为立法语言。

《示范立法条文》旨在协助建立一个有利于公私伙伴关系的立法框架。《示范立法条文》遵从《立法指南》中的相应说明，这些说明就有关主题领域出现的财政、监管、法律、政策和其他问题作出分析性介绍。建议使用者在阅读《示范立法条文》参阅《立法指南》，其中提供了背景信息，以加深对立法建议的理解。

《示范立法条文》处理在专门涉及公私伙伴关系的立法中应当处理的事项。这些条文不涉及其他法律领域，正如《立法指南》所述，这些法律领域也对公私伙伴关系产生影响。另外，公私伙伴关系的成功实施除需要建立适当的立法框架外，通常还要求采取各种措施，例如适宜的行政结构和办事程序、组织能力、技术专门知识、适当的人力和财力资源以及经济稳定。

《示范立法条文》和《立法指南》修订、扩充并取代贸易法委员会先前编写的两个案文，即贸易法委员会第三十三届会议（2000年6月12日至7月7日，纽约）通过的《私人融资基础设施项目立法指南》[2]和贸易法委员会第三十六届会议（2003年6月30日至7月11日，维也纳）通过的《私人融资基础设施项目示范立法条文》。[3]

[1]《大会正式记录，第七十四届会议，补编第17号》(A/74/17)，第三章和附件一。
[2]《大会正式记录，第五十五届会议，补编第17号》(A/55/17)，第372段。
[3]《大会正式记录，第五十八届会议，补编第17号》(A/58/17)，第171段。

# 目录

前言 ..... iii
大会通过的决议 ..... xii

导言和公私伙伴关系的背景信息 ..... 1
A. 导言 ..... 1
1. 《指南》的编排和范围 ..... 2
2. 《指南》中使用的术语 ..... 4
B. 公私伙伴关系的背景信息 ..... 8
1. 私人投资和基础设施政策 ..... 8
2. 基础设施部门的结构调整 ..... 10
3. 私营部门参与公私伙伴关系项目的形式 ..... 14
4. 公私伙伴关系的融资结构和融资来源 ..... 16
5. 实施公私伙伴关系项目所涉及的主要当事方 ..... 20

一. 一般性法律和体制框架 ..... 25
A. 概述 ..... 25
B. 公私伙伴关系法律框架的指导原则和备选办法 ..... 25
1. 公私伙伴关系法律框架的一般指导原则 ..... 25
2. 宪法与公私伙伴关系 ..... 33
3. 一般性立法和具体部门立法 ..... 34
C. 订立公私伙伴关系的权力范围 ..... 35
1. 获授权的机构和有关的活动领域 ..... 36
2. 公私伙伴关系的目的和范围 ..... 36
D. 管理基础设施服务的权力 ..... 38
1. 管理机构的部门权限和任务 ..... 39
2. 机构机制 ..... 39
3. 管理机构的权力 ..... 40
4. 管理机构的组成、工作人员和预算 ..... 41
5. 管理过程和程序 ..... 42
6. 对管理机构所作决定的申诉 ..... 43
7. 公共服务提供者之间争端的解决 ..... 44

二. 项目规划和准备 ..... 45
A. 概述 ..... 45
B. 项目评估和备选办法 ..... 46
1. 物有所值（“经济性和效率”） ..... 46
2. 财政影响评估 ..... 49
3. 福利和社会影响评估 ..... 51
4. 环境影响评估 ..... 52
5. 对竞争的影响 ..... 53
C. 项目风险和风险分配 ..... 54
1. 项目风险主要类别概述 ..... 55
2. 风险分配和减轻的合同安排 ..... 58
D. 行政协调 ..... 61
1. 准备措施的协调 ..... 62
2. 挑选私人伙伴的准备工作 ..... 62
3. 便利颁发执照和许可证的安排 ..... 64
E. 政府支持 ..... 65
1. 与政府支持有关的政策考虑 ..... 65
2. 政府支持的形式 ..... 66
F. 国际金融机构提供的担保 ..... 75
1. 多边贷款机构提供的担保 ..... 75
2. 多边投资担保机构提供的担保 ..... 77
G. 出口信贷机构和投资促进机构提供的担保 ..... 79

三. 授予合同 ..... 81
A. 概述 ..... 81
1. 《指南》涵盖的授标程序 ..... 82
2. 授标程序的一般目标 ..... 82
3. 公私伙伴关系授标程序的特点 ..... 86
4. 授标程序的准备工作 ..... 89
B. 投标人的预选 ..... 91
1. 预选程序邀请书 ..... 92
2. 预选标准 ..... 93

3. 关于投标联合体参加的问题 ..... 95
4. 预选与国内优惠 ..... 96
5. 分担参加授标程序的费用 ..... 97
6. 预选程序 ..... 97
C. 征求建议书的程序 ..... 98
1. 程序的结构和阶段 ..... 98
2. 建议征求书的内容 ..... 103
3. 澄清和修改 ..... 110
4. 评审标准 ..... 110
5. 建议书的提交和开启 ..... 114
6. 与投标人对话 ..... 115
7. 最后谈判和授予合同 ..... 116
D. 通过直接谈判授予合同 ..... 117
1. 特批情形 ..... 118
2. 提高通过直接谈判授予合同做法的透明度的措施 ..... 119
E. 非应标建议书 ..... 121
1. 政策考虑 ..... 122
2. 处理非应标建议书的程序 ..... 124
F. 保密 ..... 129
G. 授予项目的通知 ..... 129
H. 合同授予程序的记录 ..... 130
I. 复审程序 ..... 133

四. 公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同 ..... 135
A. 公私伙伴关系合同的一般规定 ..... 135
1. 立法做法 ..... 135
2. 公私伙伴关系合同的管辖法律 ..... 136
3. 公私伙伴关系合同的订立 ..... 137
B. 私人伙伴的公司结构 ..... 139
C. 项目场地、资产和地役权 ..... 142
1. 项目资产的所有权 ..... 142
2. 执行项目所需土地的购置 ..... 145

3. 地役权.....146
D. 财务安排.....147
1. 私人伙伴的财政义务.....147
2. 付款来源和付款方法.....148
E. 担保权益.....156
1. 有形资产担保权益.....157
2. 无形资产担保权益.....158
3. 贸易应收款担保权益.....159
4. 项目公司担保权益.....160
F. 私人伙伴转让权利.....160
G. 项目公司控股权益的转移.....161
H. 建造工程.....163
1. 建造计划的审查和批准.....164
2. 建造条款的变动.....164
3. 订约当局的监督权力.....166
4. 保证期.....167
I. 基础设施的运营.....167
1. 技术或服务标准.....168
2. 服务的扩展.....169
3. 服务的连续性.....170
4. 平等对待客户或用户.....170
5. 相互连接和接入基础设施网络.....171
6. 披露要求和透明度义务.....172
7. 私人伙伴的执行权.....173
J. 一般性合同安排.....173
1. 分包.....174
2. 对用户和第三方的赔偿责任.....176
3. 履约担保和保险.....177
4. 条件变化.....182
5. 免责障碍.....188
6. 违约和补救方法.....191

五. 公私伙伴关系合同的期限、展期和终止 ..... 195
A. 概述 ..... 195
B. 公私伙伴关系合同的期限 ..... 195
C. 公私伙伴关系合同的展期 ..... 197
D. 终止 ..... 199
1. 订约当局终止 ..... 200
2. 私人伙伴终止 ..... 206
3. 任一当事方终止 ..... 208
E. 公私伙伴关系合同期满或终止的后果 ..... 208
1. 移交与项目有关的资产 ..... 209
2. 终止时的财务安排 ..... 211
3. 收尾和过渡措施 ..... 217

六. 争端的解决 ..... 223
A. 概述 ..... 223
B. 订约当局与私人伙伴之间的争端 ..... 225
1. 预防和解决争端的方法的一般性考虑 ..... 225
2. 预防和解决争端的常用方法 ..... 226
C. 项目促成人之间以及私人伙伴与其放款人、承包商和供应商之间的争端 ..... 242
D. 涉及基础性设施客户或用户的争端 ..... 242

七. 其他有关的法律领域 ..... 245
A. 概述 ..... 245
B. 其他有关的法律领域 ..... 245
1. 投资促进和保护 ..... 246
2. 与财产有关的法律 ..... 247
3. 担保权益 ..... 248
4. 知识产权法 ..... 250
5. 强制征购私有财产的规则和程序 ..... 252
6. 公共合同 ..... 253
7. 私人合同 ..... 255

8. 公司法.....255
9. 税法和跨境税收问题.....257
10. 清关和关税.....259
11. 会计规则和方法.....259
12. 预算批款和会计规则.....260
13. 环境保护与公私伙伴关系.....261
14. 消费者保护法.....263
15. 破产法.....264
16. 反腐败措施.....265
17. 劳工法律和标准.....266
18. 利益攸关方参与公私伙伴关系.....266
C. 国际协定.....267
1. 国际金融机构的成员地位.....267
2. 关于便利和促进贸易的一般协定.....268
3. 关于特定产业的国际协定.....268

索引.....271

# 大会于2019年12月18日通过的决议

[根据第六委员会的报告(A/74/423)通过]

## 74/183. 联合国贸易法委员会公私伙伴关系示范立法条文

大会,

回顾其1966年12月17日第2205 (XXI)号决议设立联合国国际贸易法委员会, 其任务是促进国际贸易法的逐渐协调和统一, 并在这方面念及各国人民, 尤其是发展中国家人民在国际贸易广泛发展中的利益,

又回顾其2003年10月31日第58/4号决议, 其中通过了《联合国反腐败公约》, [1]

还回顾其2015年9月25日第70/1号决议, 其中通过了《2030年可持续发展议程》, 以及其2015年7月27日第69/313号决议, 其中核可了《第三次发展筹资问题国际会议亚的斯亚贝巴行动议程》,

深信公私伙伴关系可在改善基础设施和公共服务的提供和妥善管理并支持政府为实现可持续发展目标所做的努力方面发挥重要作用,

[1] 另见联合国, 《条约汇编》, 第2349卷, 第42146号。

关切没有适当的法律框架和缺乏透明度可能阻碍对基础设施和公共服务的投资，并导致发生腐败和公共资金管理不善的更大风险，

强调必须为授予公私伙伴关系合同提供有效和透明的程序，必须通过提高透明度、公平性和长期可持续性并消除对私营部门参与基础设施和公共服务开发和运营的不合理限制的规则来促进项目的实施，

回顾委员会通过其《私人融资基础设施项目立法指南》[2]和随附的《私人融资基础设施项目示范立法条文》[3]为会员国建立这方面的有利法律框架作出了宝贵贡献，以及大会在2003年12月9日第58/76号决议中建议各国在修订或通过与私人参与公共基础设施的开发和运营有关的立法时适当考虑这些案文，

深信委员会提供的咨询意见将进一步协助各国，特别是发展中国家促进善治和为公私伙伴关系项目建立适当立法框架，

1. 表示赞赏联合国国际贸易法委员会最后审定并通过[4]《公私伙伴关系示范立法条文》[5]和《公私伙伴关系立法指南》；

2. 请秘书长以联合国六种正式语文发布《示范立法条文》和《立法指南》，包括以电子方式发布，并向各国政府和相关国际政府间组织和非政府组织、私营部门实体和学术机构广泛传播；

[2]联合国出版物，出售品编号：E.01.V.4。

[3]《大会正式记录，第五十八届会议，补编第17号》(A/58/17)，附件一。

[4]同上，《第七十四届会议，补编第17号》(A/74/17)，第三章。

[5]同上，附件一。

3. 建议所有国家在修订或通过与公私伙伴关系有关的立法时适当考虑《示范立法条文》和《立法指南》，并请已使用《示范立法条文》的国家向委员会通报相关事宜。

*2019*年*12*月*18*日
第*51*次全体会议

# 导言和公私伙伴关系的背景信息[1]

## A. 导言

1. 公共部门和私营部门在发展基础设施方面所起的作用随着时间推移发生了巨大变化。公共服务可追溯至十九世纪，如街道煤气照明、电力分配、电报电话、蒸汽火车和有轨电车等。私营部门曾为早期的许多道路或运河项目供资，国际项目融资也曾迅速发展，包括发行国际性债券，用来筹集铁路或其他重大基础设施所需的资金。

2. 然而，在二十世纪的大部分时间，世界性趋势转向由公共部门发展基础设施和其他服务。基础设施运营者往往被国有化，或者经历了兼并和收购以减少竞争。在许多国家，私营公司提供公共服务需要政府颁发执照或给予特许权。世界经济的开放程度在此期间也有所倒退。只有在较少几个国家，基础设施部门始终实行私人运营，通常没有什么竞争，甚至完全没有竞争可言。在许多国家，公共部门提供基础设施服务的优先权载入了宪法。

3. 1980年代初开始出现相反趋势，即私营部门参与基础设施部门并相互竞争的趋势。推动这种发展的因素包括重大的技术革新；债务累累和预算严重拮据限制了公共部门满足日益增长的基础设施需求的能力；国际和当地资本市场的发展改善了获取私人融资的条件；有私营部门参与和竞争的基础设施取得成功的国际经验

[1] B节提供《指南》从立法角度审查的事项的一般性背景信息。关于更深入的政策和技术信息，尤其请读者参阅其他国际组织编写的出版物，如联合国工业发展组织编写的《通过建设－运营－移交(*BOT*)项目发展基础设施准则》（工发组织出版物，出售品编号：UNIDO.95.6.E）（以下简称《工发组织*BOT*准则》）；世界银行及其伙伴编写的《公私伙伴关系参考指南——第3版》（国际复兴开发银行/世界银行，2017年）；《理事会关于公私伙伴关系公共治理原则的建议》，经合组织，2012年5月。

越来越多。许多国家通过了新的法律，以便不仅规范这些交易，而且改变此类交易所在部门的市场结构和竞争政策。

4. 《指南》的目的是协助建立或调整法律框架，通过公私伙伴关系这种形式，促进私人参与公共基础设施、设施和服务的开发，以便提高公共基础设施和服务的效率和质量。《指南》中提出的咨询意见力求平衡兼顾促进公私伙伴关系和保护公共利益。《指南》讨论了一些涉及公共利益的根本性问题，多数法律制度都认识到这些问题，只是政策和立法处理办法有很多差异。

5. 涉及公共利益的问题包括，例如：提供公共服务的持续性；项目的长期可持续性和可负担性；环境保护、卫生、安全和质量标准；对公众收费标准的公平性；对顾客或用户一视同仁；充分披露关于基础性设施运营的信息；应对条件变化的灵活性，包括扩展服务以满足更多的需求和定期审查合同条款和条件；决策者问责制和监测项目的执行情况。另一方面，私营部门关心的根本性问题通常包括：东道国法律和经济环境的稳定性；法律规章的透明度及其实施方面的可预测性和公正性；财产权的可执行性，以及保证私人财产受到尊重，并且不受干涉，除非出于公共利益，并且已经给予补偿；当事方商定可确保所投入资本得到与私人投资者所承担风险相称的合理回报的商业条件的自由。《指南》对这些问题并不提供单独的一套示范解决办法，而是协助读者评估现有的各种不同做法，并选出最适合本国或本地情况的做法。

### *1. 《指南》的编排和范围*

6. 《指南》由立法咨询意见和建议组成，这些咨询意见和建议以说明的形式分析本专题领域提出的关键的金融、管理、法律政策和其他问题。说明之后酌情载列示范立法条文，举例说明立法者如何将《指南》中的咨询意见和建议转化为立法语言。建议使用者在阅读示范立法条文时参阅说明部分，其中提供了背景信息，有助于加深理解。

7. 示范条文处理应当在专门涉及公私伙伴关系的法律中处理的事项。这些条文不涉及其他法律领域，正如《指南》所述，这些法

律领域也对公私伙伴关系产生影响。另外，公私伙伴关系的成功实施除需要建立适当的立法框架外，通常还要求采取各种措施，例如适宜的行政结构和办事程序、组织能力、技术专门知识、适当的人力和财力资源以及经济稳定。虽然这些事项中有些已在说明部分提及，但并未在示范条文中述及。

*8.* 《指南》旨在供国家当局和立法机构在拟订新法律或审查现有法律是否适当时作为一份参考材料使用。为此目的，《指南》协助查明与公私伙伴关系最密切的法律领域，并讨论这些法律中有利于吸引本国和外国私人资本的内容。《指南》简单提及可以专门针对公私伙伴关系颁布的或者在建立公私伙伴关系立法或管理框架时应当予以考虑的其他法律领域，包括例如投资的促进和保护、物权法、担保权益、强制征购私有财产的规则和程序、一般合同法、公共合同、税法、环境保护法和消费者保护法（见第七章，“其他有关的法律领域”）。《指南》无意就如何起草实施公私伙伴关系的协议提供咨询意见。不过，《指南》确实讨论了与似宜在立法中论及的事项有关的一些合同问题（例如，在第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”；和第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”）。

*9.* 《指南》涵盖多种各种公私伙伴关系安排，特别是涉及私人伙伴承担设计、建设、维护和运营一个新的设施或系统或修复、更新、扩建、维护和运营一个现有设施或系统的义务的公私伙伴关系。这些设施或系统可由私人伙伴运营以向公众提供服务或货物，可以开放供公众在私人伙伴控制下使用，也可由政府用来满足自身的需要或支持一项公共服务的提供。《指南》涵盖私营部门就基础性设施或系统的使用或就其产生的服务或货物向公众或公共当局（或两者）收取价款从而收回投资的公私伙伴关系，以及仅由订约当局或其他政府机构为根据公私伙伴关系合同提供的设施、货物或服务付费的公私伙伴关系。虽然公私伙伴关系有时与涉及政府职能或财产“私有化”的其他交易归为一类，但《指南》并不关注与开发和运营公共基础设施、设施和服务无关的“私有化”交易。此外，《指南》也不涉及自然资源开采项目，如根据东道国公共当局

颁发的某种“特许权”、“执照”或“许可”而进行的采矿、石油或天然气开采项目。

### *2. 《指南》中使用的术语*

10. 以下段落解释在《指南》中频繁出现的某些用语的含义和用法。至于下面没有提到的术语，如金融和商业管理著作中使用的一些行业术语，请读者另外参考与本主题有关的其他资料来源，如联合国工业发展组织（工发组织）编写的《通过建设–运营–移交(BOT)项目发展基础设施准则》。[2]

*(a)* “公共基础设施”和“公共服务”

*11.* 《指南》中的用语“公共基础设施”，系指直接或间接向公众提供基本服务或用来向公众提供基本服务的有形设施。这种意义上的公共基础设施，可在各个部门找到实例，可包括各种类别的设施、设备或系统：发电厂和配电网络（电力部门）；本地和长途电话通信系统和数据传输网络（电信部门）；脱盐工厂、废水处理厂、配水设施（水部门）；废物收集及处理设施和设备（环境卫生部门）；以及用于公共运输的有形设施和系统，如市区和城市间铁路、地下铁路、公共汽车线路、公路、桥梁、隧道、港口、航线和机场（运输部门）。“基础设施”一语也涵盖政府或其他公共当局为履行自身职能所需要的设施或系统（如法院用房、办公楼）——不管是否向公众开放或公众可否进入——或者用来提供公共服务的设施，如学校、保健设施或教养院。

12. 作为一项公共政策，每个国家必须划定公共所有和私人所有基础设施之间的界线。例如，有些国家的机场由政府所有，另一些国家的机场则由私人所有，但须服从管理，或服从与公共主管当局订立的协议的条款。医院和医疗设施以及监狱和教养设施，视某一国家的偏好而定，可以掌握在公共部门或私人手中。电力和电信设施往往但并非一定由私营实体运营，但分配始终掌握在公共部门手中。《指南》对于特定国家应当如何划定这种界线不表示任何看法。

[2] 工发组织出版物，出售品编号：UNIDO.95.6.E，以下简称《工发组织*BOT*准则》。

13. 公共基础设施和公共服务这两个概念在一些国家的法律传统中已得到普遍接受，有时由一部称作“行政法”的专门的公法来管辖（见第七章，“其他有关的法律领域”，第25-28段）。然而，在另一些国家，除须服从专门的条例外，公共服务被视为与其他类型的商业并无内在的差异。《指南》中使用的“公共服务”和“公共服务提供者”两个用语不应按任何特定法律制度赋予的专门含义来理解。

*(b)* “公私伙伴关系”和相关用语

14. 在实践中，“公私伙伴关系”一语用来指代公共和私营部门为了一个共同目的而相互合作的多种合同安排或联合经营，并没有一个国际承认的法律定义可以涵盖所有可能的不同形式。《指南》使用“公私伙伴关系”一语专门指代上文第11段所提及的广义上的公共当局和为公共基础设施的私人融资而出资的私营实体之间的长期安排。

15. 公私伙伴关系不是一种特殊的新的类别的政府合同。事实上，公私伙伴关系可以使用各种众所周知的合同结构（租约、特许权、服务合同、统包合同、设计–建设–融资–运营合同）。《指南》所涵盖的公私伙伴关系安排可分为两大类。首先，《指南》涵盖私人伙伴凭政府颁发的执照或“特许权”（见第18段）运营基础设施并向公众收取价款的公私伙伴关系（也称作“特许权公私伙伴关系”）。其次，《指南》涵盖私人伙伴承担与基础设施或设施有关的某项工作（设计和建造、翻修、扩建、维护或管理，参与其中任何工作）或与服务系统有关的某项工作（信息或电信、客户服务），但不直接向公众收取任何费用，而是从订约当局或其他政府机构那里接收付款的公私伙伴关系（“非特许权公私伙伴关系”）。

16. 后一种情况类似于有些法律制度下所称的“基础设施伙伴关系”或“伙伴关系合同”，这是一种创新安排，它允许通过在合同有效期内付款而采购某项工作或服务，不必预先承付公共资金。根据这些安排，私人伙伴往往承担基础性设施的融资和建造，并在完工后将其交付订约当局或订约当局指定的一方。这种安排经常用于建造由订约当局用来直接提供公共服务的设施，而私人伙伴在

公私伙伴关系协议整个期限内始终负责设施的运营和维护。无论采用哪一类安排，《指南》通常将订立公私伙伴关系的公共当局称为“订约当局”，而将执行公私伙伴关系项目的私营实体称为“私人伙伴”。订约当局和私人伙伴之间的协议载列公私伙伴关系项目的范围、条款和条件，在《指南》中称作“公私伙伴关系合同”。

17. 在上下文要求时，《指南》有时使用“项目公司”一语专门指代为执行特定公私伙伴关系项目而设立的独立的法律实体。

*(c)* “特许权”和相关用语

18. 在许多国家，公共当局以外的实体提供“公共服务”通常需要得到政府主管机构授予的某种授权文书。各国法律和一些法律制度使用不同的用语来界定此类授权文书；可能使用各种不同的用语指代不同类别的授权。常用的用语包括“特许权”、“专营权”、“执照”或“租赁”（“承租”）。在某些法律制度中，尤其是属于大陆法传统的法律制度中，某些形式的基础设施项目归类为明确界定的类别（例如，“公共工程特许权”或“公共服务特许权”）。在上下文要求时，《指南》使用“特许权”一词统指这种授权文书，但该词并不具有任何特定法律制度或国内法可能赋予的专门含义。

19. 在上下文要求时，《指南》使用“特许公司”一词专门指代根据东道国公共当局颁发的特许权执行基础设施项目的实体。《指南》未使用一些法律制度中可能用来指代某些形式公私伙伴关系安排的其他用语，如“特许权协议”或“特许权合同”。

*(d)* 关于国家当局的提法

*20.* 《指南》中使用的“政府”一词包括东道国在国家、省或地方级别负责行政或决策职能的各公共当局。“公共当局”一语用来指代尤其是政府行政部门中的实体或与政府行政部门相关的实体。“立法机构”和“立法者”用来专门指代东道国行使立法职能的机关。

21. “订约当局”一语在《指南》中一般用于指代东道国对项目负全面责任并以其名义授予项目的公共当局。此种当局可以是国家当局、省当局或地方当局（见下文，第71-72段）。

22. “管理机构”一语在《指南》中用于指代获授权发布和实行关于项目开发和运营的规则和条例的公共当局。可通过颁布法规来设立管理机构，专门管理特定公共基础设施部门。

*(e)* “建设–运营–移交”和相关用语

23. 本《指南》称作公私伙伴关系的各类项目有时按私人参与的不同方式或按有关基础设施的所有权等划分为几类，如下文所述（另见第48-55段关于私营部门参与公私伙伴关系的各种方式的讨论）：

*(a)* 建设–运营–移交*(BOT)*。下述情况下，一个项目称作BOT项目：订约当局选择一个私人伙伴提供融资和建设一个基础性设施或系统，并给予该私营实体在一定期限内对其进行维护和（或）商业运营的权利，该期限终了时，设施的所有权移交订约当局；

*(b)* 建设–移交–运营*(BTO)*。下述情况下，一个项目称作BTO项目：订约当局选择一个私人伙伴提供融资以及规划、设计和建设一个基础性设施或系统，设施或系统在完工时立即成为订约当局的财产，而私人伙伴在一定期限内保留维护和运营该设施的权利；

*(c)* 建设–租借–运营–移交*(BROT)*或“建设–租赁–运营–移交”*(BLOT)*。这些均是BOT或BTO项目的变式，其中，除BOT项目中常见的义务和其他条款外，私人伙伴在协议期限内将设施所在地点的有形资产租借给订约当局，并承诺对其进行维护和运营；

*(d)* 建设–拥有–运营–移交*(BOOT)*。在这些项目中，私人伙伴承担特定基础性设施的规划、筹资、设计、建造、运营和维护，为此而取得向该设施的使用者收取使用费和其他费用的权利。在这种安排下，私营实体在将该设施移交订约当局之前，一直拥有该设施及其资产；

*(e)* 建设–拥有–运营*(BOO)*。该用语系指私人伙伴永久拥有设施且没有义务将其交还订约当局的项目。

24. 除以不同的缩略语强调特定的所有权制度外，还可能使用另一些缩略语强调私人伙伴的某一项或几项义务。在有些项目中，将现有基础性设施移交给私营实体，由其进行更新或翻修，并且永

久或在一段时期内进行运营和维护。视私人伙伴是否拥有此类基础性设施而定，这些安排有的可称作“翻修－运营－移交”(ROT)或“更新－运营－移交”(MOT)，这属于一种情况；有的可称作“翻修－拥有－运营”(ROO)或“更新－拥有－运营”(MOO)，这属于另一种情况。有时使用“设计－建设－融资－运营”(DBFO)一语，以强调私人伙伴另外负有设计该设施并为其建造而筹措资金的责任。

## B. 公私伙伴关系的背景信息

25. 在已通过私人投资建设新的基础设施的大多数国家，公私伙伴关系是满足本国公共设施需求的重要手段。国家政策的基本内容包括每个基础设施部门寻求达到的竞争水平、如何安排该部门的结构以及采用何种机制来确保基础设施或公共服务市场的妥善运行。在促进基础设施私人投资的国家政策之外，往往还采取措施以在公共服务提供者之间引入竞争，或者在竞争不可行的情况下，防止滥用垄断地位。

26. 在制定促进私营部门投资开发和运营公共基础设施和服务的方案时，一些国家发现有必要重新审视据以确立公共部门垄断的一些假设，包括促使建立此种垄断的历史和政治状况，以期：

*(a)* 查明仍然保持自然垄断特征的活动；

*(b)* 评估在某些基础设施部门实行竞争的可行性和可取性。

### *1. 私人投资和基础设施政策*

27. 为执行在各基础设施部门促进竞争的政府政策，需要采取的措施主要取决于当前的市场结构。形成特定市场结构的主要因素包括：妨碍竞争者进入的经济、法律、技术障碍和其他性质的障碍，横向或纵向一体化的程度，市场上开展业务的公司的数目，以及是否有替代产品或服务。

*(a)* 竞争政策和垄断

28. “垄断”一词严格意义上系指某一市场只有一家供应商。然而，纯粹的垄断和完全的竞争代表着事物的两个极端。多数商品市场

或服务市场的竞争程度位于这两个极端之间的某个位置。一般来说，垄断可分为自然垄断、法定垄断和事实上的垄断；每一种垄断都需要不同的政策办法：

*(a)* *自然垄断*。这些经济活动使得单独一个提供者供应整个商场的成本低于两个或多个提供者共同供应的成本。这种情况一般见于这种经济活动，即需要大量投资和较高固定成本，但是，为响应需求增长而每增产一个服务单位（例如增产一立方米的水）的生产成本可以递减。自然垄断往往需要预付大量前期固定投资，这一特点使一个尚无相当规模经济的新公司难以挤进市场并抢去现有公司的生意；

*(b)* *法定垄断*。法定垄断是由法律确立的，所涉部门或活动有的属于自然垄断，有的不属于自然垄断。在后一类别中，垄断的存在可能仅仅是因为不允许竞争。许多国家确立法定垄断往往出于这样一种考虑：将基础设施交给自由市场，是无法充分满足国家对基础设施的需求的，无论是在质量还是数量方面；

*(c)* *事实上的垄断*。这些垄断不一定由经济基本因素也不一定由法律规定造成，而只是由于缺乏竞争，原因在于例如基础设施公司属于一体化公司，有能力控制至为重要的设施，排除其他供应商的进入。

29. 虽然有时候实行垄断具有正当的法律、政治或社会理由，但垄断会对经济产生不利影响。在垄断条件下运营的服务提供者一般能够确定高于竞争情况下的要价的价格。由于无充分竞争而得到的剩余利润，意味着财富从消费者手中转到生产者手中。人们还发现，垄断造成经济福利方面的净损失，这是因为人为的低产量导致价格膨胀、创新速度下降以及不作出充分努力来降低生产成本。此外，尤其是在基础设施部门，有可能对其他市场产生次生效应。（例如，电信部门缺乏竞争和效率产生不利影响，因为整个经济的成本因此而增加。）

30. 尽管对经济产生不利影响，但有时在缺乏自然垄断的状况下仍然保留了某些垄断和对于竞争的其他规章障碍。为保留某些垄断而列举的理由之一，是可以用垄断达到某些政策目标，例如确保在某些区域提供服务，或以低价甚至低于成本向某些类别的消费

者提供服务。这种价格低于成本的服务的例子包括救生电话、水和电力服务、对某些类别旅行者(例如学生或老年公民)的折扣价运输，以及对低收入或农村用户的其他服务。垄断性服务提供者能够通过来自其他地区或对其他类别消费者提供的其他盈利服务的内部“交叉补贴”，为提供这种低价服务供资。

31. 对于在缺乏自然垄断条件下仍然保持法定垄断，有时列举的另一个理由是为了让该部门对私人投资者更有吸引力。私人运营者可能坚持得到提供某种服务的专营权，目的是降低其投资的商业风险。然而，必须将这一目标与消费者利益和整个经济的利益相平衡。对授予专营权被视为是激励私人投资的必要手段的国家而言，似可考虑限制竞争，虽然只是暂时限制竞争(见第二章，“项目规划和准备”，第21-22段)。

*(b)* 不同部门的竞争范围

32. 直到最近，垄断状况仍普遍存在于多数基础设施部门，有的因为该部门属于自然垄断，有的因为规章障碍或影响进入或运营的其他障碍(例如，公共服务提供者的纵向一体化结构)妨碍了有效竞争。然而，一些因素扩大了基础设施部门的潜在竞争范围，促使多数国家的立法者和监管者纷纷通过立法，废除垄断和其他进入障碍，改变基础设施部门的组织方式，并建立促进有效竞争的监管框架，从而促进不同基础设施部门的竞争。这些因素包括技术进步和创新、需要越来越多的基础设施供资和融资、政府收入有限以及需要更加高效地开发和运营公共基础设施等等。在多大程度上可以实现有意义的竞争，这取决于具体的部门、市场规模和其他因素。

### *2. 基础设施部门的结构调整*

33. 在许多国家，私人参与基础设施的发展是在基础设施部门实行结构调整措施之后发生的。立法行动一般首先是取消禁止私人参与基础设施的规则，并消除非出于公共利益的影响竞争的所有其他法律障碍。但是，应当指出，特定部门可以在多大程度上开放竞争，这种决定是根据一个国家的总体经济政策而作出的。有些国家，特

别是发展中国家，也许从其正当利益出发，需要促进发展当地工业的某些部门，因而可能选择某些基础设施部门不开放竞争。

34. 垄断状态如果不是经济和技术基本条件所造成，而是法律禁令的结果，则引进竞争需要采取的主要立法行动是消除现有的法律障碍，同时，作为强化措施，也许还应制定一套竞争规则（例如禁止相互串通、卡特尔、掠夺性定价或其他不公平交易做法）并加以管理监督（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第37-60段）。然而，对于某些活动而言，要想实现有效的竞争，也许不仅仅要消除法律障碍，同时还应当采取立法措施来调整有关部门的结构。有些国家暂时保持着垄断，仅仅是为了有一段时间作为从垄断性结构迈向竞争性市场结构的过渡期，以利于渐进式、有条不紊和较易为社会接受的过渡。

*(a)* 基础设施部门的分析

35. 市场参与者包括基础设施公司的纵向或横向一体化，[3] 可大大削弱市场竞争。一体化公司可能滥用其市场地位，包括挤出竞争者或排斥其他公司进入市场。这种情况对竞争造成不利影响，这种影响因为一些基础设施服务存在垄断因素而变得更加严重，如单一的铁路或公路基础设施。不过，与此同时，一体化也可以提高效率，从而促进竞争。因此，一般需要逐案进行经济评估，以确定综合而言特定类别或程度的一体化有利于竞争还是不利于竞争。无论如何，鉴于有些类别的基础设施难以引入竞争，一些国家发现有必要将特定基础设施部门（例如能源生产）中的垄断成份（例如用于供电的电网）与竞争性成份相分开。

36. 不过，需要认真考虑这种变革的成本和效益。成本可能包括与变革本身有关的成本（例如，交易和过渡成本，包括因新制度的实施而失去利益或失去受保护地位的公司所遭受的损失），以及实施新制度所产生的成本，尤其是例如由于更为复杂的网络规划、技术

[3] 纵向一体化是对处于不同生产阶段的两个企业—例如，一家电力设备制造商和一家提供电网工程和安装业务的公司——实行共同控制。横向一体化是将处于相同生产阶段的两个公司如两个运输公司合并在一起。

标准化或管理而带来的更高的协调成本。另一方面，效益可能包括新的投资、更好的或新的服务、更多的选择和更低的经济成本。

*(b) 最近在主要基础设施部门的经验*

*(i) 电力*

37. 各国在最近颁布的电力法要求分拆电力部门，将电力生产、输送和分配分开。有些情况下，还将供应与分配分开，以便仅留下带垄断性质的活动（例如通过电线输送公众使用的电力）进行垄断经营。在这些国家，电力输送和分配公司并不买电或卖电，只是按规定的费率输送电力。电力交易是以生产者或经纪人为一方，以使用者为另一方进行的。在一些相关国家，竞争仅限于大用户，或只是有步骤地逐渐实施。

38. 凡是选择在电力和煤气部门引入竞争的国家，新立法促成了新的市场结构，规定必须在多大程度上分拆市场（有时还规定必须在打破现有垄断基础上创建多少个公共服务提供者），或消除进入市场的障碍。新的电力法还确立了具体的竞争规则，不管是着眼于结构方面（例如，禁止市场不同部分的公司之间的交叉所有权，如生产、运输和分配之间或煤气和电力销售和分配之间的交叉所有权），还是着眼于行为方面（例如，第三方准入规则、禁止结盟或其他串通安排）。建立了新的机构和管理机制，使新的能源市场得以运行，如电力联营机构、调度机制或能源管理机构。最后，必须结合这些变革修改能源法律和政策的其他方面，包括石油、煤气、煤炭和其他能源市场管理规则。

*(ii) 水和环境卫生*

39. 水和环境卫生部门实行的市场结构改革多数属于横向分拆。有些国家在以前只有一家自来水公司的地方创立了多家自来水公司。这种情况尤其常见于但又不限于拥有相互间并不连接或连接不多的几个单独网络的国家。在实践中，人们发现横向分拆办法有利于比较各服务提供者的绩效。

40. 例如，一些国家邀请私人投资者为一家自来水公司大批量供水，或者建设和运营水处理厂或脱盐工厂。在这种纵向分拆过程

中，通常是根据合同向自来水公司提供私人服务（和所需的各项投资），这种服务并不从根本上改变市场结构的垄断性质：这些工厂之间通常并不相互竞争，并且通常不得越过自来水公司直接向客户供水。有些国家对大量用水的供应和输送实行了竞争；某些情况下，已经有了活跃的水市场。在另一些地方，竞争只局限于昂贵的瓶装水、罐车水和私人水井。

*(iii)* 运输

41. 一些国家在采取结构调整措施时将运输基础设施与运输服务区分开来。前者可能经常具有自然垄断特征，而运输服务一般具有竞争性。运输服务的竞争不应仅局限于单一运输方式，还应考虑各种运输方式，因为火车、卡车、公共汽车、航空公司和船舶往往会争夺客源和货源。

42. 对于铁路，有些国家选择的做法是将基础设施（例如，铁道、信号系统和车站）的拥有和运营同铁路运输服务（例如客运和货运）区分开来。采用这种做法时，法律不允许铁道运营者同时经营运输服务，运输服务由常常是相互之间存在竞争关系的其他公司经营。另一些国家让一些一体化公司同时运营基础设施和服务，但规定了第三方使用基础设施的权利，这种权利有时又称“铁道使用权”。在这些情况下，运输公司，无论是另一铁道公司还是运输服务公司，有权按某种条件使用铁道，而控制着铁道的公司有义务准予使用。

43. 在许多国家，港口直到最近仍由公共部门垄断企业进行管理。在开放该部门供私人参与时，立法者考虑了不同模式。在地主港办法下，港口管理局负责基础设施以及港口活动的全面协调，但不对船舶和商品提供服务。在服务型港口，该实体同时运营基础设施和服务。在地主港办法下，各服务提供者（例如拖船、装卸和仓储）之间的竞争较易建立和保持。

44. 关于机场的立法可能也需要作出变革，以允许私人投资，或允许机场之间或机场范围内的竞争。机场运营与空中交通管理之间的联系可能也需要给予认真考虑。在机场范围内，许多国家已在各种服务项目中引进了竞争：装卸服务、餐饮供应和针对飞机的其

他服务，还有旅客服务，例如零售商店、餐馆和停车场等等。在某些国家，在现有机场新建和运营航站楼是委托新的运营者进行的，从而促成航站楼之间的竞争。在另一些国家，以BOT方式建设了新的机场，并将现有机场改为私人所有。

*(c) 过渡措施*

45. 从垄断到市场的过渡需要认真管理。出于政治、社会或其他因素，一些国家采取了渐进式或分阶段实施办法。由于技术和其他外部力量总在不断变化，一些国家实行了可以根据上述情况的变化而加快步伐或调整步伐的部门改革。

46. 一些国家认为不应当马上实行竞争。在这种情况下，立法就临时专营权、限制公共服务提供者数目和其他限制竞争措施作出规定。这些措施意在给予现有公司充分时间以便为竞争作好准备并调整价格，另一方面，充分激励该公共服务提供者进行投资和扩大服务。另一些国家则列入了要求对此种限制定期加以修订（例如，在重新审查价格时）的规定，以便查明当初使得理所当然实行限制的那些情况是否依旧普遍存在。

47. 另一项过渡措施，至少对于由政府所有的企业提供公共服务的一些国家而言，是调整现有服务提供者的结构或使之私有化。在已将提供公共服务的国有企业私有化的大多数国家，多数情况下自由化是伴随着或先于私有化进行的。有些国家则不是这样，它们将享有重要专营权的公司私有化，目的往往是增加私有化的收益。不过，它们会发现，在较后阶段再去取消、限制或缩短为私营或私有化的公共服务提供者提供保护的专营权或垄断权十分困难，有时代价很高。

### *3. 私营部门参与公私伙伴关系项目的形式*

48. 公私伙伴关系可以采取多种不同形式，从公有公营基础设施，直至完全私有化的项目。究竟特定形式是否适合特定类别的基础设施或服务，需由政府来考虑，在此过程中需要顾及本国发展基础设施和服务的需求，同时还需要评估哪种方式对开发和运营某些

类别基础设施和服务设施最有效率。在特定部门，可以使用不止一种办法。

*(a)* 公有公营

49. 在希望实行公有制和公共部门控制的情况下，为实现私人直接融资以及按商业原则运营基础设施和服务，可以建立一个由政府控制的单独法人实体来拥有和经营该项目。这种实体可以作为一个独立的私营商业企业来管理，遵行适用于私营公司的相同规则和商业原则。有些国家在通过此类公司运营基础性设施方面已有长期传统。允许私人投资于这种公司的资本，或利用这种公司的能力来发行债券或其他证券，可以为吸引私人投资于基础设施创造机会。

50. 私人参与公有公营基础设施的另一种形式，可能是谈判达成“服务合同”，公共运营者根据这种合同将某些运营和维护活动承包给私营部门。政府也可将多种运营和维护活动委托给私人实体，由其代表订约当局开展业务。按照这种有时称作“管理合同”的安排，对私人运营者的补偿与其绩效挂钩，通常采用一种利润分享机制，不过也可按固定费率给予补偿，在各当事方认为难以建立起大家均可接受的机制来评估运营绩效时尤其如此。

*(b)* 公有私营

51. 另一种做法是将公共基础设施和服务设施的全部运营移交给私人实体。一种可能的方法是授权私人实体通常在某一时期内使用某一设施、提供有关服务并收取这一活动产生的收入。此种设施可以是已经存在的，也可以是由有关私人实体专门建设的。这种公有与私营相结合的方式具有某些法律制度中可称为“公共工程特许权”或“公共服务特许权”的安排的基本特点。

52. 公私伙伴关系的另一种形式是，由订约当局挑选一个私人实体来运营某个由政府建设或以政府名义建设或利用公共资金建造的设施。按照这种安排，运营者负有运营和维护基础设施的义务，并被赋予就其所提供服务收取费用的权利。在这种情况下，运营者有义务将基础设施产生的收入的一部分付给订约当局，订约当

局用这笔收入来分期偿还建造费用。在有些法律制度中，这种安排称为“租赁”或“承租”。

(c) 私有私营

53. 第三种做法是，私人实体不仅运营设施，而且拥有与之有关的资产。如何对待这些项目，各国的法律也可能存在重大差别，例如，订约当局是否保留收回设施所有权的权利，或是否对其运营承担责任（另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第22-28段）。

54. 如果设施是凭政府执照来运营的，则有形资产（如电信网）的私人所有权往往是可以与向公众提供服务（如长途电话服务）的执照相分开的，因为公共主管当局在某些情形下可以撤回执照。因此，设施的私人所有权并不一定意味着拥有无限期提供服务的权利。

55. 还有一些公私伙伴关系做法是将设施的管理与向公众提供服务相分开。这些类别的公私伙伴关系一般用于非商业部门（即与有偿向公众提供货物或服务无关）所用设施的建造、扩建、翻修或管理，与利润较低的公共活动有关。在这些安排中，提供公共服务的责任本身并没有转嫁给私人伙伴，而仍由订约当局或其他政府实体承担。由于私人伙伴不因公众使用设施而收取使用费或通行费，唯一或主要的报酬来源是订约当局或其他政府实体。

### 4. 公私伙伴关系的融资结构和融资来源

(a) 项目融资概念

56. 建造新的基础性设施的大型公私伙伴关系项目通常由项目促成人专门为之成立的新法人实体负责实施。这种新实体通常称作“项目公司”，负责为项目筹措资金。因为项目公司缺乏现成的信用或放款人可依赖的既有资产负债表，所以开发新基础设施时倾向使用的融资方法称作“项目融资”。在项目融资交易中，提供多少信贷，取决于放款人在多大程度上相信可以主要依靠项目的现金流量和收入，作为偿还项目公司所借贷款的资金来源。其他担保要么没有，要么仅针对某些有限的风险。为此目的，项目的资产

和收入以及与项目有关的权利和义务都是独立估算的，而且与项目公司各股东的资产严格分开。

57. 由于对项目公司股东无追索权，所以项目融资也称作“无追索权”融资。但是在实践中，放款人很少愿意仅凭项目的预计现金流量或资产就承付基础设施项目所需的巨额款项。为了减少风险，放款人可能要求在项目文件中写入一系列后备或二级担保安排，以及得到项目公司股东、政府、购买方或其他有关第三方提供的其他形式的信用支持。这种办法通常称作“有限追索权”融资。

*(b)* 公私伙伴关系项目的融资来源

58. 传统公共融资办法之外的其他办法正在基础设施发展中起着越来越大的作用。近年来，各国新的基础设施投资之中就有完全或主要使用私人资金的项目。两种主要的融资办法是债务融资和股权投资，前者通常采用从商业市场获得贷款的方式。然而，融资来源并不限于这些方式。

*(i)* 股权资本

59. 公私伙伴关系股权资本首先来自项目促成人或其他有意持有项目公司股份的个人投资者。然而，这种股权资本通常只占基础设施项目总成本的一部分。为了获得商业贷款或利用其他资金来源满足项目的资本需要，项目促成人和其他个人投资者必须表示愿意优先偿还放款人和其他供资者，因而同意在偿还这些其他供资者的款项之后才收回自己的投资。因此，项目促成人一般来说承担的财务风险最大。同时，一旦初期投资得到偿付，它们在项目利润中所占份额也最大。放款人和政府通常都欢迎项目促成人投入大量股权投资，因为这样不仅有助于减轻利用项目公司的现金流量偿债的负担，而且还可作为项目促成人对项目的承诺的保证。

*(ii)* 商业贷款

60. 债权资本常常是公私伙伴关系的主要资金来源。项目公司从金融市场获得债权资本的主要渠道是从本国或外国的商业银行获得贷款，商业银行的资金通常来自短期至中期存款，银行对此种存

款支付浮动利率。因此，商业银行的贷款通常也采用浮动利率，贷款到期的期限一般短于项目期限。但是，在考虑到金融市场条件的情况下，如果可行且经济，银行可能更愿意筹措和发放固定利率的中期至长期贷款，以避免自己和项目公司长期受利率浮动的影响，而且减少套期保值交易的必要性。放款人在提供商业贷款时通常提出的条件是，在偿付的安排上它们的贷款应优先于借款人的任何其他债务。因此，商业贷款被称为“非附属”贷款或“优先”贷款。

*(iii)* “附属”债务

61. 这些项目通常使用的第三类资金是“附属”贷款，有时也被称为“夹层”资本。在偿还贷款的先后次序上，这类贷款先于股权资本，但后于优先贷款。这种附属地位既可以是一般性的（普遍低于任何优先债务），也可以是具体的，即在贷款协议中具体指明其地位低于哪类债务。提供附属贷款通常采用固定利率，一般高于优先债务的利率。作为吸引这种资本的另一种方式，或有时作为避免更高利率的替代办法，可能向附属贷款的提供者提供可直接分享资本收益的前景，办法包括发行优先股或可转换股或发行公司债券，有时则提供以优惠价认购项目公司股份的选择。

*(iv)* 机构投资者

62. 除了由项目促成人或公共金融机构提供的附属贷款外，还可以从融资公司、投资基金、保险公司、集体投资安排（例如共同基金）、养恤基金和其他所谓的“机构投资者”那里获得附属债务。这些机构通常拥有大量可用于长期投资的资金，因此可作为公私伙伴关系项目的补充资本的重要来源。这些机构之所以肯承担风险，向公私伙伴关系项目提供资本，主要原因是有望得到回报，而且投资多样化对其有利。

*(v)* 资本市场融资

63. 公私伙伴关系项目也利用资本市场融资，通过将优先股、债券和其他流通票据投放到某个得到认可的证券交易所而筹措资金。一般情况下，流通票据的公开发行须经管理部门批准，并且须遵守有关法域的相关要求，例如要求在招股书中提供某些信息，某些法

域需要事先登记这些信息。债券和其他流通票据的发行可以仅凭发行者的一般信用，无需其他担保，也可以以具体财产的抵押或其他质权作担保。

64. 已有公认商业信誉的现有公用事业部门比起专门为建设和运营一个新的基础设施而成立的、尚未进行必要信用评级的公司可能更容易进入资本市场。事实上，许多证券交易所都要求那些发行证券的公司必须拥有一段最低期限内的良好信用记录，才能获准发行流通票据。

*(vi) 伊斯兰金融机构注资*

65. 另外一类潜在的资本提供者是伊斯兰金融机构。这些机构的运营遵循源自伊斯兰法律传统的规则和惯例。根据这些规则开展的银行业务，一个最突出的特点是不支付利息，或对收取利息的权利作出严格限制，因此对所借款项确立了其他形式的对价，例如金融机构分享利润，或直接分享客户的交易结果。由于采用这种运营方法，伊斯兰金融机构可能会比其他商业银行更倾向于考虑直接或间接参与某个项目的股权投资。

*(vii) 国际金融机构注资*

66. 国际金融机构也可起到重要作用，为公私伙伴关系提供贷款、担保或股本。世界银行、国际金融公司或其他区域开发银行曾联合为一些项目注资，它们积极推动以公私伙伴关系形式开展这类项目。

67. 国际金融机构还在促进组成为项目提供贷款的“银团”方面发挥重要作用。其中某些机构制订了特别贷款方案，在这些方案下，它们成为项目唯一的“记录在案的放款人”，并根据具体的协议，或者依据其作为优先债权人可享有的其他权利，代表自己和各个参与银行出面，负责处理各参与者的拨款事宜，并负责事后收取和分配从借款人处收到的还贷款项。有些国际金融机构还对专门投资于基础设施运营者所发行证券的资本市场基金进行投资，从而提供股权资本或夹层资本，最后，国际金融机构可对各种政治风险提供担保，这有利于项目公司在国际金融市场筹集资金（见第二章，“项目规划和准备”，第87-98段）。

*(viii)* 出口信贷机构和投资促进机构的支持

68. 出口信贷机构和投资促进机构可通过贷款、担保或两者相结合的形式为项目提供支持。出口信贷机构和投资促进机构的参与具有各种优点，例如：利率低于商业银行和贷款期较长，有时采用固定利率（见第二章，“项目规划和准备”，第99-101段）。

*(ix)* 公私融资结合

69. 除商业银行和国家或多边公共金融机构提供的贷款和担保以外，在许多情况下，公共资金也与私人资本相结合，共同为新项目提供资金。这类公共资金可能来自政府收入或主权借款，可与私人资金合在一起作为初始投资或长期款项，也可采取政府赠款或担保的形式。基础设施项目可由政府以参股项目公司的方式共同出资，从而减少需从私人来源得到的股权资本和债权资本数额（见第二章，“项目规划和准备”，第66和第67段）。

### *5. 实施公私伙伴关系项目所涉及的主要当事方*

70. 公私伙伴关系项目的当事方视所涉部门、私营部门的参与方式和项目融资采用的安排而有很大差异。以下段落列出了实施一个典型的公私伙伴关系项目的主要当事方，该项目涉及建设一个新的基础性设施，是按“项目融资”方式实施的。

*(a)* 订约当局和其他公共当局

71. 公私伙伴关系项目的实施往往需要东道国的国家、省或地方级别一系列公共当局的参与。订约当局是政府内负责有关项目的主要机构。另外，实施项目除了订约当局以外，还需要同级或另一级政府中其他公共当局的积极参与（例如发放执照或许可证）。这些公共当局在公私伙伴关系的实施中起着重要作用。

72. 订约当局或另一公共当局一般根据其有关部门发展基础设施的政策来确立项目（见一般性论述，第二章，“项目规划和准备”），并确定私营部门以何种方式参与可实现该基础性设施的最有效运营（见上文第48-55段）。然后，订约当局即着手一系列工作，其结

果是将合同授予选定的私人伙伴(见第三章,“授予合同”)。另外,在项目的整个寿命期内,政府可能需要提供各种形式的支持——立法、行政、管理方面的支持,有时还包括财政支持——以确保有关设施成功建设和妥善运营(见第二章,“项目规划和准备”,第56-86段)。最后,在某些项目中,政府有可能成为设施的最终拥有者。

*(b) 项目公司和项目促成人*

73. 公私伙伴关系项目通常由若干公司组成的一个联合企业实施,其中包括有兴趣成为项目主要承包商或供应商的建筑工程公司和重型设备供应商。在《指南》中,参与这种联合企业的各公司称作项目“促成人”。这些公司将在项目的初始阶段密切参与项目的开发,它们是否能够相互合作并促使其他可靠的伙伴参与,对于工程能否及时和顺利完成至关重要。此外,一个对运营所建类别设施拥有经验的公司的参与,是确保项目长期可行性的一个重要因素。如果同多数项目那样,由项目促成人设立一个独立的法人实体,则有些本来不参与项目的其他股权投资者(通常是机构投资者、投资银行、双边或多边放款机构,有时还有政府或政府拥有的公司)也可能参与项目。在东道国法律要求成立项目公司的情况下(见第四章,“公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同”,第13-20段),有时政府也鼓励当地的投资者参与投资。

*(c) 放款人*

74. 在项目融资中,无论是无追索权还是有限追索权融资,放款人承担的风险远远高于传统交易。假如所涉及的有形资产(例如公路、桥梁或隧道)因缺乏易于变卖的“市场”而难以兑现其担保价值,或这种担保价值成为回收或重新占有的障碍,则风险就更大。这种情况不仅影响提供贷款的条件(例如,项目融资通常成本较高,条件繁多),而且还影响到资金可获性这个实际问题。

75. 由于公私伙伴关系项目需要巨额投资,提供的贷款往往是以“银团”贷款形式组织的,即由一个或多个银行牵头,代表其他参与投资的金融机构(主要是商业银行)谈判融资文件。有些专门

对某些行业提供贷款的商业银行一般不愿意承担它们不熟悉的风险(关于项目风险和风险分配的讨论,见第二章,“项目规划和准备”,第23-45段)。例如,长期放款人可能不愿意为基础设施建设提供短期贷款。因此,在大型项目中,常常有不同的放款人参与项目的不同阶段。为了避免由于各个放款人采取相互冲突的行动而引发争议,或放款人之间为贷款的支付发生争议,对大型项目提供资金的放款人有时订立一项共同的贷款协议。在根据分别的贷款协议提供各种信贷便利时,放款人之间通常谈判达成一项所谓的“债权人之间的协议”。债权人之间的协议通常含有处理如下一些事项的规定:关于按比例或按某种优先顺序拨付款项的规定;宣布违约事件和信贷提前到期的条件;在取消项目公司所提供担保的赎回权问题上进行协调。第四章“公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同”E节(担保权益)第二小节(无形资产担保权)以及第七章“其他有关的法律领域”B节(其他有关的法律领域)第3小节(担保权益)也讨论了放款人所要求的法律保护的关键因素。

*(d)* 国际金融机构与出口信贷机构和投资促进机构

76. 国际金融机构与出口信贷机构和投资促进机构对项目的担心与其他放款人大致相同。除此之外,这些机构特别关心的是确保项目的实施和运营不会与这些机构的特别政策目标发生冲突。国际金融机构越来越重视基础设施项目的环境影响及其长期可持续性。为项目提供贷款的国际金融机构还将仔细考虑用来选定私人伙伴的方法和程序。许多全球和区域金融机构及国家开发供资机构对于使用其提供的资金进行采购都制定了准则或其他要求,这些要求通常载于其标准贷款协议中(另见第三章,“授予合同”,第17段;另见《贸易法委员会公共采购示范法》)。

*(e)* 保险人

77. 一般来说,基础设施项目涉及为其工厂和设备投的意外保险、第三方责任保险和劳工赔偿保险。其他可能的保险类别包括对营业中断、现金流量中断和费用超支的保险(见第四章,“公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同”,第128和第129段)。

这些类别的保险通常可在商业保险市场购买，不过针对当事方无法控制的某些特别事件（例如，战争、暴乱、故意破坏他人财产、地震或飓风）的商业保险则非常有限。对于防范某些类别的政治风险，如撕毁合同、公共当局不履行合同义务或不合理地收回独立担保，私人保险市场正在发挥日益重要的作用。有些国家的承保人安排综合性质的一揽子保险，旨在避免各单项保险单之间的空白导致有些风险未包括在内。除私人保险外，世界银行、多边投资担保机构和国际金融公司等国际金融机构、区域开发银行或出口信贷机构和投资促进机构，也可提供针对政治风险的担保（见第二章，“项目规划和准备”，第87-101段）。

*(f)* 独立的专家和顾问

78. 独立的专家和顾问在公私伙伴关系项目的各个阶段起着重要作用。有经验的公司通常保留外部专家和顾问的服务，以此作为公司本身技术专门知识的补充，这些外部专家和顾问包括金融专家、国际法律顾问或建筑工程咨询公司等。商业银行和投资银行往往担任项目促成人的顾问，安排融资和拟定有待实施的项目，此种活动虽然对项目融资十分重要，但与融资本身截然有别。独立专家可就例如评估特定东道国的项目风险向项目放款人提供咨询意见。他们还可协助公共当局拟订针对个别部门的基础设施发展战略和制定适当的法律规章框架。另外，独立的专家和顾问可协助订约当局编写可行性报告和其他初步研究报告，编拟建议征求书或标准合同条款和规格，评价和比较建议书，或谈判公私伙伴关系合同。

79. 除私人实体外，一些政府间组织（例如工发组织和经济及社会理事会各区域委员会）和国际金融机构（例如世界银行和区域开发银行）也有一些特别方案，在这些方案下，它们可直接向政府提供这种技术援助，或者协助政府物色合格的顾问。

# 一． 一般性法律和体制框架

## A． 概述

1. 公私伙伴关系是政府可用来开发基础设施或采购提供公共服务所需要的或供公共实体使用的设施或系统的备选办法之一。要吸引私人投资于政府认为值得以公私伙伴关系形式实施的项目，需要有一个适当的法律框架。有些国家考虑通过新的法律，有些国家已经有此类法律框架，这两类国家均应当确保相关的法律规章措辞明确，符合良好治理和可持续发展的基本原则，全面而又足够灵活，可以响应本国的基础设施发展目标和政策，并跟得上各个基础设施部门的技术和市场发展情况。本章处理为实现上述目标，国内立法者在建立或重新审查公私伙伴关系法律框架时应当考虑的一些一般性问题。B 节（第 2-28 段）讨论公私伙伴关系法律框架的指导原则和备选办法；C 节（第 29-36 段）处理以公私伙伴关系形式开展项目的权力范围；D 节（第 37-60 段）概述管理基础设施部门的体制和程序安排。

## B． 公私伙伴关系法律框架的指导原则和备选办法

2. 本节讨论可能有助于建立公私伙伴关系法律框架的一般指导原则。本节还指出东道国宪法可能对实施其中一些项目产生的影响。最后，本节简要讨论就一国可能需要颁布的文书的级别和类别及其适用范围可以采用的各种办法。

### *1. 公私伙伴关系法律框架的一般指导原则*

3. 《可持续发展目标》表达了联合国会员国的承诺，即除其他以外，“发展优质、可靠、可持续和有抵御灾害能力的基础设施，包括

区域和跨境基础设施，以支持经济发展和提升人类福祉，重点是人人可负担得起并公平利用上述基础设施。”[1] 公私伙伴关系法律框架是一国可用来实施其公共基础设施和服务发展战略的政策工具之一，应当以符合该国战略并有利于实现其目标的方式来制定和执行。

4. 因此，在考虑颁布有利于实施公私伙伴关系的法律规章或审查现有法律框架是否适宜时，国内立法者和监管者似宜考虑国际公认的一些良好治理和可持续发展原则。例如，联合国大会认识到“公平、稳定和可预见的法律框架对于促成包容、可持续和公平的发展、经济增长和就业，对于拉动投资和促进创业精神，都具有重要意义”。[2] 同样，在几乎得到普遍通过的《联合国反腐败公约》[3] 第五条第一款，各缔约国承诺“制订和执行或者坚持有效而协调的反腐败政策，这些政策应当促进社会参与，并体现法治、妥善管理公共事务和公共财产、廉正、透明度和问责制的原则”。这些原则和专门目的在于从公私伙伴关系中获取最大益处的其他原则对于各国的立法行动具有启发意义，下述段落对这些原则加以简要讨论。

*(a)* 公共利益

5. 公私伙伴关系是用来实施一国基础设施和公共服务发展战略和政策的一种工具，公私伙伴关系法律框架必须促进和保护公共利益。就公私伙伴关系而言，公共利益是指政府一方面作为基础设施和公共服务的提供者和管理者，另一方面作为公私伙伴关系下开发的设施或系统的购买者、使用者也可能还有拥有者或运营者或者公私伙伴关系合同的当事方的利益。其中每一个方面都需要立法者予以适当考虑。虽然《指南》侧重于订约当局作为公私伙伴关系合同当事方的作用（将对这一点作广泛讨论，尤其是在第四

[1]《变革我们的世界：*2030*年可持续发展议程》（联合国大会2015年9月25日第70/1号决议），目标9.1。

[2]“我们确认，公平、稳定和可预见的法律框架对于促成包容、可持续和公平的发展、经济增长和就业，对于拉动投资和促进创业精神，都具有重要意义。在这方面，我们赞扬联合国国际贸易法委员会在协调国际贸易法并使之现代化方面所做的工作。”（《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》，大会2012年9月24日第67/1号决议）。

[3]《公约》由联合国大会2003年10月31日第58/4号决议通过，于2005年12月14日生效。

章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，和第五章，“公私伙伴关系的期限、展期和终止”），但《指南》也注意到政府作为基础设施和公共服务管理者（尤其见本章，第37-60段）以及公共财产和公共资源的管理人和受托人的作用（尤其见第三章，“授予合同”）。

6. 公私伙伴关系中的公共利益还指国家的公民和公司作为基础设施的使用者、作为基础设施所产生的服务或货物的消费者和使用者，以及作为在公私伙伴关系下所开发设施或系统的支持下提供的公共服务的最终受益人的利益。最后，指的是项目开发或实施可能直接影响的群体，特别是对于大型基础设施项目而言。从这个角度来看，公私伙伴关系立法框架必须考虑到特定基础设施或服务部门的具体监管制度，并与该制度相协调（尤其见本章第37-60段；以及第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第88-106段）以及关于消费者保护的一般规则（见第七章，“其他有关的法律领域”，第50和第51段）。

*(b)* 透明度

7. 透明的法律框架具有以下特点，即明确和容易获得的规则，以及实施这些规则的高效程序。透明的规则和行政程序产生可预期性，使私营部门能够估计其投资的成本和风险，从而提出最有利的条件。透明的规则和行政程序也可通过要求公布行政决定的条款来促进公开性，这些条款酌情包括说明这些决定所依据的理由并披露与公众有关的其他信息的义务。透明的规则和行政程序还有助于防止订约当局或其官员的任意或不适当行动或决定，从而有助于增进对一国公私伙伴关系方案的信心。

8. 透明的规则和程序为在实施公私伙伴关系项目时行使裁量权提供了框架。透明的规则和程序在适当情况下限制裁量权的行使，允许裁量权受到监督，并在必要情况下受到质疑。透明的规则和行政程序是促进对政府所采取行动或所作出决定问责的一个关键因素，从而有助于廉正和公信度。规划和实施公私伙伴关系方面

一套透明的规则和行政程序便利按照期待的结果对一国的公私伙伴关系方案和具体项目进行评价。

9. 在公私伙伴关系整个寿命期内，规则和行政程序都需要保持透明，从规划和项目开发，到基础设施的运营和向公民提供服务，均包括在内。透明的公私伙伴关系法律框架可能要求，例如，公布关于项目实施的重要决定，包括在具体案例中选用公私伙伴关系的理由，其中考虑到订约当局对项目进行强制性审查和评估（见第二章，“项目规划和准备”，第1-4和5-22段）。透明度对于授予公私伙伴关系合同尤其重要，对此，《指南》强调了五个关键方面：公开披露法律框架；发布合同机会；事先确定和公布据以评估报价的合同关键条款；按照规定的规则和程序透明地开展程序；以及存在着用来监测适用的规则得到遵守并在必要时强制执行这些规则的制度（见第三章，“授予合同”，第14-16、27、75-76、133-143段）。基础设施运营期间保持透明还可能需要订约当局或管理机构向公众披露有关私人伙伴的有针对性信息，例如财务报表或绩效报告文件（见第15-49段；另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第103和第104段）。

*(c)* 公平性、稳定性和可预测性

10. 与透明度原则密切相关的是要求有一个公平、稳定和可预测的公私伙伴关系法律框架。法律规章是政府规范并确保向其公民提供公共服务的手段。与此同时，法律规章向公共服务提供者及其客户提供保护自身权利的手段。公平的法律框架考虑到政府、公共服务提供者及其客户的不同（有时可能相互冲突的）利益，并寻求在这些利益之间实现公平的平衡。私营部门的商业考虑、用户（无论在质量还是价格方面）得到适当服务的权利、政府对于确保持续提供基本服务的责任及其在促进国家基础设施发展方面的作用，这些只是法律应当予以适当承认的利益中的几项。

11. 考虑到基础设施项目一般期限较长，稳定的法律框架对于公私伙伴关系尤为重要。私人伙伴需要能够预测和评价在项目周期内的风险和可能的变化，以便调集所需资源，并采取必要措施减轻预期风险的后果。订约当局和公众也应当能够依赖服务的连续性

和提供服务的条件。当然，公私伙伴关系法律框架必须能够进行调整，以满足不断变化的需要（见第28段；另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第88-102段）。然而，不合理、不及时或任意改动法律规章会导致私人伙伴的表现不稳定，损害成功的公私伙伴关系所需要的互信基础，并最终危害政府的基础设施和公共服务发展目标和政策。

12. 稳定的公私伙伴关系法律框架将有助于增强涉及授予和实施公私伙伴关系项目的行政或司法裁决的可预测性。这会对有关各方产生积极影响。例如，项目实施期间需要办理各种行政手续（建筑和规划许可证、技术性检查或监管决定），私人伙伴如果能够依赖这些行政手续可预测的结果，就能够更加高效地规划和管理项目。订约当局本身可能也会受到其他当局所作决定的后果的影响，同样会受益于可预测的程序。如果提供公共服务是一项公私伙伴关系的标的，而公众可以预期，例如，与提供公共服务的条件有关的决定将遵循一种符合适用法律和政策的可预测模式，而不是出于不相干的考虑，则公众也会对这样的制度感到欣慰。健全和明确的规则与行政程序的效率和负责执行法律框架的人员拥有资格和受过培训一样，是确保可预测性的一个条件。

*(d)* 妥善管理、廉正和问责

13. 依项目类型或相关设施或系统的性质而定，公私伙伴关系可能涉及公共财产的管理、公共资金的拨付或者同时涉及这两者。因此，适用的法律规章必须载列适当的保障措施，以防止管理不善、挪用或以其他方式不当管理公共财产或资金。这方面的多数规定载于管辖公共财产或行政程序、预算和会计控制的法律规章中以及刑法中（见第七章，“其他有关的法律领域”，第55-57段）。无论如何，鉴于一些公私伙伴关系项目规模很大，政府应当确信相关行政法和刑法适用于公私伙伴关系，不得滥用公私伙伴关系以逃避适用的管制。至于管辖公私伙伴关系或管辖可订立公私伙伴关系的基础设施部门的专门法律，有必要确保有关公私伙伴关系规划、授予合同、合同内容和基础性设施或系统运营的条款将促进公共财产和资金管理方面的最佳做法，不留会助长不当行为的漏洞。

14. 与必须避免对公共财产或资金管理不善密切相关，需要确保公私伙伴关系合同授予和履行过程中的廉正。这里，通常也是由其他法律来规定一些旨在维护廉正的实体规则，如采用刑法条款、行政法标准和行为守则等形式。为促进廉正，一个核心问题是需要在公私伙伴关系的所有主要阶段防止利益冲突：从规划阶段，到投标阶段，一直到项目收尾。许多公私伙伴关系项目规模巨大，往往期限很长，需要政府官员、订约当局的代理人和私人伙伴的雇员或代理人之间不断互动，这些情况可能助长贿赂、勒索或其他腐败行为，并为这些行为创造很多机会。有必要确保订约当局的官员不能直接或间接从项目中获益或通过与私人伙伴打交道而获益。私人伙伴也不应当对参与项目设计、选择、实施或管理的任何官员施加不当影响。应在项目设计阶段通过开展独立研究（见第二章，“项目规划和准备”，第5-22段和第49-52段）、在授予合同阶段通过竞争性程序（见第三章，“授予合同”，第85-86、92和103-104段）和在执行阶段通过适当的监测和监督（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第103和第104段）各个阶段提供适当的保障措施。除经济和财政损失外，公私伙伴关系中的腐败行为可能给广大公众带来严重的消极后果，尤其是公私伙伴关系涉及提供公共服务或涉及管理公众使用的基础设施时。事实上，腐败行为往往导致不当的宽松，容忍较低的安全、安保或质量标准，这会成为有可能造成财产损失或危及公民健康或生命的事故或其他危害的原因。

15. 必须通过有效的问责制度来实施旨在维护廉正的有效制度。在这方面，预期也会在其他法律领域找到一些重要机制，尤其是在刑法和行政法以及管辖刑事案件侦查和审判的规则中（见第七章，“其他有关的法律领域”，第55-57段）。专门管辖公私伙伴关系的法律规章可通过以下办法促进问责制：规定适当的披露和报告要求，订约当局或其他相关政府机构可以审计账目或以其他方式合理地要求私人伙伴提供相关资料（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第103和第104段）。

*(e)* 经济性和效率

16. 法律和规章框架，包括预算和批款程序，应当确立确保公私伙伴关系在整个寿命周期内具有经济性和效率的必要条件（见第七章，

“其他有关的法律领域”，第44-46段）。在开始挑选项目伙伴之前，需要订约当局进行严格的规划和可行性评估，尤其是审查公私伙伴关系在多大程度上可以优化资源利用以实现相关项目的预期影响（或“物有所值”测试标准）。只有在这些测试标准证明下列条件得到满足的情况下，才应当推进公私伙伴关系项目：*(a)*项目可以实现成本、时间和其他资源以及项目标的的质量之间的最佳关系；*(b)*如果采用公私伙伴关系结构，与不采用公私伙伴关系结构相比，预期项目将以较低的成本、较少的时间和其他资源提供所要求的服务水平，同时不降低这些服务的质量；*(c)*与不利用公私伙伴关系相比，公私伙伴关系将提供高于要求水平的服务，或者在成本、时间和其他资源方面实现项目投资的更好回报（见第二章，“项目规划和准备”第6-16段）。

*(f)* 长期可持续性

17. 国家基础设施发展政策的重要目标包括确保公共服务的长期提供，不断提高基础设施的质量，以及实现经济、环境和社会可持续性。公私伙伴关系是一国可用来落实其政策的手段之一，因此，专门处理公私伙伴关系的法律规章应当有助于促进这些目标。适当的规划和准备是确保基础设施项目具有可持续性所不可或缺的，尤其是这类项目以公私伙伴关系形式实施时。从一般政策角度，积极的步骤包括制定基础设施发展包括公共服务的总体规划，并根据社会经济考虑、财务影响、对可持续发展的影响和其他相关因素，确定优先的部门、项目或项目类别。

18. 具体项目的适当规划和准备要求根据订约当局的财力和其他能力，认真选择项目的类别（即无论是公共采购和运营，还是任何特定类别的公私伙伴关系）。对公私伙伴关系模式的益处或成本抱有不切实际的假想，可能使通过公私伙伴关系发展基础设施的预期落空，应当通过早期阶段的认真规划和项目评估尽量予以避免（见第二章，“项目规划和准备”，第5-22段）。事实上，拙劣的规划或糟糕的规则或程序可能导致公共基础设施运营和维护方面的合同安排或管理安排不当，严重限制所有基础设施部门的效率，降低服务质量，并提高政府或用户的成本。从立法角度来看，重要的是确保东道国拥有机构能力，能够履行赋予受权订立公私伙伴关

系的公共当局在公私伙伴关系的所有实施阶段的各种任务（见第二章，“项目规划和准备”，第46-55段）。政府可通过一种办法确定其机构是否准备就绪，可以处理公私伙伴关系项目，即对其公共投资能力进行评估，包括审查负责制定国家和部门计划、编制投资预算、评估和选择项目以及管理和监测项目实施情况的机构和程序。一个国家的总体体制和行政资源具有效率，对于确保公私伙伴关系项目的可持续性非常重要，国家似宜考虑采用反映最佳做法的适当工具，评估这些资源对于确保公私伙伴关系项目的可持续管理而言是否适宜。[4]

*(g) 竞争*

19. 在国家基础设施政策范围内加强公私伙伴关系长期可持续性的另一项措施，是实现以竞争方式和垄断方式运营基础设施和提供公共服务的恰当平衡。竞争可以降低总成本，为基本服务提供更多的后备设施。在某些部门，竞争还有助于提高基础设施投资的生产率，加强对客户需要的响应能力，并获得更优质的公共服务，从而改善所有经济部门的营商环境（另见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第27-44段）。

20. 就与公私伙伴关系直接相关的法律规章而言，竞争有两个层面。一方面，相关部门或活动的竞争余地是订约当局在项目规划阶段需要审查的要素之一（见第二章，“项目规划和准备”，第21和第22段）。订约当局的评估应当作为依据，用于确定私人伙伴在公私伙伴关系下是否应当享有运营基础设施或提供相关服务的独家经营权，或相关部门或市场可否从竞争中受益（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第28-32段）。另一方面，竞争通常是公共采购制度的一个结构性因素，目的是公共部门实现最大限度的经济性（或“物有所值”）。对公私伙伴关系合同的竞争，即潜在投资者和私营实体参与激烈竞争，以求获得被授予公私伙伴关系合同的机会，可以减少总体费用和其他资源需求，提高基础设施投资的生产率，加强对客户需求的响应度，从而获得更优质的公共服务。竞争具有以下潜

[4] 例如，国际货币基金组织开发了公共投资管理评估工具，以帮助各国评价各种公共投资管理做法的优势（见http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5）。

力：既能使公私伙伴关系更物有所值，又能提高相关项目实现预期结果的可能性。根据《联合国反腐败公约》第九条第一款，竞争也是国内公共采购制度的指导原则之一。因此，《指南》强烈建议使用竞争性程序授予公私伙伴关系合同（见第三章，“授予合同”，第1、2、17和18段）。促进潜在的投资者和私营实体参与公私伙伴关系，是为获得公私伙伴关系合同而开展竞争的关键前提条件。不过，《指南》所建议的采购程序认识到，就复杂的基础设施项目而言，限制参与者数目可使竞争最为有效。有两个理由支持这一明显的悖论：首先，多数公私伙伴关系项目在技术、商业和金融方面非常复杂，因此，如果订约当局必须审查可能数目很多的建议书，对于订约当局而言将过于繁琐、耗费时间和资源；其次，参与相关程序成本高昂，私营实体因而不愿参与，除非私营实体评估它们有合理的机会赢得最终合同。因此，《指南》建议的采购程序首先是确定有限数目的优质的潜在合作伙伴（见第三章，“授予合同”，第34-50段）。

### *2. 宪法与公私伙伴关系*

21. 许多国家的宪法提到国家确保提供公共服务的责任。有些国家具体列出了应由国家负责的基础设施和服务部门，另一些国家则规定由立法者确定这些部门。有些国家的宪法规定，只能由国家或专门设立的公共实体来提供某些公共服务。但另一些国家的宪法则允许国家让私营实体开发和运营基础设施和提供公共服务。有些国家对外国人参与某些部门有所限制，或者规定国家应在提供公共服务的公司中参股。

22. 希望利用公私伙伴关系发展公共基础设施和服务的国家需要确定现有的宪法规则是否对实施公私伙伴关系施加可能的限制。有些国家实施公私伙伴关系的法律依据具有不确定性，这种情况可能会拖延甚至阻碍公私伙伴关系的实施。对于公私伙伴关系可能会违反关于国家垄断或关于提供公共服务的宪法规则的担心曾引发司法争端，给公私伙伴关系项目的实施带来消极影响。

23. 还应当考虑关于土地所有权或基础性设施所有权的宪法规则。一些国家的宪法对私人拥有土地和某些生产手段有某些限制。在

另一些国家，私人财产得到承认，但宪法宣布所有或某些类别的基础设施为国有财产。这种性质的限制可能会对执行有关基础设施由私人运营或者私人运营和拥有的项目构成障碍（另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第22-28段）。

### *3. 一般性立法和具体部门立法*

24. 法律在增进对公私伙伴关系的信心方面发挥核心作用。在立法者和政府作出的政策选择的基础上，公私伙伴关系法律框架通常包括基本的法律或法律组合、次级条例或法令、内部规则和指导意见。法律通常规定据以授予和实施项目的一般性规则，体现一种政治承诺，提供特定的法定权利，也是对法律和管理制度稳定性的一种重要保证。关于授予和实施公私伙伴关系项目的法律，包括具体部门立法，通常由关于各种其他事项的法律规章加以补充，并应当与这些法律规章相互协调，其中包括国家关于税收或投资保护的国际义务（见第七章，“其他有关的法律领域”，第4-6段）。

25. 有些国家按照其宪法或立法惯例，可能需要通过有关具体项目的特定立法。有些国家则有授予私营部门以提供公共服务的特许权的固有传统，这些国家的一般性立法允许政府将某种原由公共部门开展的具有经济价值的活动转给私营部门，这种经济价值使其可以交由私营实体开发利用。这种一般性立法为统一处理各基础设施部门公私伙伴关系常见的问题建立了一个框架。

26. 然而，一般性立法由于其本身的性质，通常不适合处理各个部门的所有特定要求。即使在通过了管辖跨部门事项的一般性立法的国家，也可看到补充性的具体部门立法使立法者能够制定考虑到各个部门的市场结构的规则（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第28-44段）。应当注意的是，在许多国家，具体部门立法是在国家基础设施的相当一部分甚至全部由国家垄断之时通过的。对于有意促进私营部门投资于基础设施的国家而言，似宜重新审查现有的具体部门立法，以便确定其对公私伙伴关系是否合适。考虑通过关于公私伙伴关系的一般性法律的国家似宜借此机会，酌情审查和修正现有的具体部门法律，以确保这些法律与关于公私伙伴关系的一般性法律相一

致, 或以其他方式明确表明遇有冲突时哪个案文优先(见第四章, "公私伙伴关系的实施: 法律框架和公私伙伴关系合同", 第5-8段)。

27. 具体部门立法还可在建立管理具体基础设施部门的框架方面发挥重要作用(见下文, 第40-60段)。对处于建立或发展国家管理能力的初期阶段的国家来说, 立法指导特别有用。这种立法是一种有益的保证, 保证管理者在履行职能时并非拥有无限裁量权, 而必须受到法律规定的有关标准的约束。但是, 一般而言, 似宜避免处理实施公私伙伴关系的合同事宜的立法规定较为死板或过于详细, 因为这样的立法在多数情况下不能适应公私伙伴关系的长期性(另见第四章, "公私伙伴关系的实施: 法律框架和公私伙伴关系合同", 第2-4段; 和第五章, "公私伙伴关系合同的期限、展期和终止", 第2-6段)。

28. 许多国家利用立法确立关于基础设施部门的组织和基本政策、机构和管理框架的总体原则。然而, 法律可能并不是确定详细的技术和财务要求的最佳手段。许多国家倾向于颁布条例, 为实施本国法律中关于公私伙伴关系的一般规定订立较详细的规则。人们认为条例较容易根据环境的变化加以修改, 无论这种变化起因于向市场规则过渡, 还是起因于新技术或者经济或市场条件发生变化等外部动态。正如《指南》先前所强调(见上文, 第11段), 法律框架具有稳定性对于增进对一国公私伙伴关系政策的信心至关重要。选择仅利用授权性立法确立总体原则并利用条例就详细事项作出规定的国家, 应当避免太过频繁地修改条例, 或者条例与作为条例基础的法律互不一致, 这些情况正是公私伙伴关系有不确定性和发生争端的常见原因(另见第四章, "公私伙伴关系的实施: 法律框架和公私伙伴关系合同", 第131-134段)。无论使用什么文书, 清晰性和可预测性都是必不可少的。

## C. 订立公私伙伴关系的权力范围

29. 为实施公私伙伴关系, 可能需要颁布专门的立法或条例, 明确授权国家委托私人实体开发基础设施或提供公共服务。具备明确的立法授权可能是一个重要条件, 有利于增进本国或外国的潜在投资者对通过公私伙伴关系促进私营部门投资于基础设施的国家政策的信心。

### *1. 获授权的机构和有关的活动领域*

30. 在有些法律制度中，若事先没有立法授权，是不能将政府发展基础设施或提供公共服务的责任委托他人的。对有意通过公私伙伴关系发展公共基础设施或服务的国家而言，特别重要的是在法律中明确规定将提供某些公共服务的权利委托给东道国公共当局以外的其他实体的权力。在公共服务由政府垄断的国家或在考虑由私人实体提供曾经免费向公众提供的某些服务的国家，这种一般规定可能尤其重要（另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第41和42段）。

31. 如果采用一般性立法，还应当明确规定哪些公共当局或哪些级别的政府有权授予基础设施项目和担任订约当局。为避免不必要的拖延，尤其应当制定可据以确定有权代表订约当局（和酌情代表其他公共当局）在谈判的不同阶段作出承诺和签署公私伙伴关系合同的个人或部门的规则。考虑中央政府以外其他当局为实施其职权范围内的项目可能需要的权力范围是有益的。有些项目涉及不同级别政府（例如国家、省或地方）的部门或机构，不可能提前确定涉及的所有相关部门和机构，对于这些项目，可能需要采取其他措施，以确保在这些部门和机构之间进行适当的协调（见第二章，“项目规划和准备”，第46-55段）。

32. 为了明确起见，似宜在这种一般性立法中确定在哪些部门可授予公私伙伴关系合同。或者，如果认为授予公私伙伴关系合同不可行或不可取，法律可以确定哪些活动不可以作为公私伙伴关系合同的标的（例如，与国防或国家安全有关的活动）。

### *2. 公私伙伴关系的目的和范围*

33. 法律似宜界定本国可以订立公私伙伴关系的项目的性质和目的。一种可能的做法可以是根据私人伙伴享有的权利和承担的义务的程度来界定各类项目（例如“建设–运营–移交”、“建设–拥有–运营”、“建设–移交–运营”和“建设–移交”）。然而，鉴于在私人投资于基础设施方面可能采用多种多样的办法（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第23和第24段），这种做法并不可取。

另一种做法是，法律可以笼统地规定，可以为发展任何或特定类别的公共基础设施或服务订立公私伙伴关系。法律可以澄清，公私伙伴关系可能涉及私人伙伴根据主管当局授予的特许权直接向公众提供服务，或者涉及管理和运营订约当局或其他政府机构为提供公共服务或为开展自己的活动而使用的基础设施。法律可以进一步澄清，私人伙伴的报酬可以采取以下形式：对使用设施或场所或因它所创造的服务或货物收取价款的权利，或者当事各方商定的其他付款或报酬。最后，法律似宜进一步澄清，可以为建造和运营新的基础性设施或系统，或维护、修理、翻修、现代化更新、扩建和运营现有基础性设施和系统，或仅仅为管理和提供公共服务而使用公私伙伴关系。

34. 另一个重要问题涉及赋予私人伙伴的权利的性质，尤其是提供服务的权利是独家经营权还是私人伙伴将面临其他基础性设施或服务提供者的竞争。独家经营权可能涉及在特定地理区域提供公共服务的权利（如社区供水公司），或者包括整个国家领土（如国家铁路公司）；也可涉及将特定类型的货物和服务提供给某一特定客户（如对输电和配电公司来说，电力公司是享有独家经营权的地区供应商）或有限的客户群体（例如国家长途电话运营人向地方电话公司提供通路）的权利。

35. 在决定是否对某一个项目或某一类项目授予独家经营权时，应当考虑到东道国对相关部门的政策。如上所述，竞争余地在不同的基础设施部门有很大差异。某些部门或其中某些部分具有自然垄断性质，因而公开竞争往往不是一种在经济上可行的做法，但另一些基础设施部门已经成功地开放供自由竞争（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第37-44段）。

36. 因此，似宜以灵活的方式处理独家经营权问题。较为可取的做法不是排除或事先规定公私伙伴关系享有独家经营权，而是由法律授权在认为符合公共利益的情况下授予独家经营权，例如可以为了确保项目在技术和经济上的可行性而授予独家经营权。订约当局应当在按规定在开始挑选私人伙伴的程序之前进行的评估和研究中陈述赋予独家经营权的理由（见第二章，“项目规划和准

备”，第21和第22段）。具体部门法律也可以适合特定部门的方式规范独家经营权问题。

## D. 管理基础设施服务的权力

37. 涉及私人伙伴直接向公众提供服务或货物的公私伙伴关系（“特许权公私伙伴关系”）通常与受到特殊管理的部门或活动有关。适用的管理制度可能包括实质性规则、程序、工具和机构。这一框架是实施政府对有关部门的政策的一种重要手段（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第25-47段）。视有关国家的体制结构和各级政府之间的权力划分而定，省级或地方立法可以独立管辖或与国家立法一道管辖一些基础设施部门。

38. 对基础设施服务的管理涉及很多一般性问题和具体部门特有的问题，这类问题往往因每个东道国社会、政治、法律和经济现实的不同而可能有很大差别。《指南》虽然偶尔也讨论不同部门在类似情况下遇到的一些主要管理问题（例如见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第43-50和91-106段），但无意详尽无遗地阐述在管理各个基础设施部门方面产生的所有法律问题或政策问题。“管理机构”一词系指为实施和监测基础设施运营人活动管理规则所需要的机构机制。因为适用于基础设施运营的规则常常允许有某种程度的裁量权，所以需要有一个机构来解释和适用这些规则，监督遵守情况，实施制裁，并解决规则实施过程中产生的争端。管理机构的具体管理任务和裁量权的大小将由有关规则确定，这方面可能差异很大。

39. 《指南》假定，选择授权在任何这些部门实施公私伙伴关系的国家已经确信，本国已有实施公私伙伴关系所需要的适当的体制和行政机构和人力资源。但为了帮助各国立法机关考虑建立管理机构以监测公共服务提供情况的必要性和适宜性，本节讨论这方面可能出现的一些主要体制和程序问题。本节的讨论列举了为建立公私伙伴关系管理框架而在国家立法措施中采用的各种不同办法，但《指南》并不因此而主张建立某种特定的模式或行政结

构。有关实际资料和技术咨询，可向实施方案以协助成员国建立适当管理框架的国际金融机构（例如世界银行和各区域开发银行）索取。

### *1. 管理机构的部门权限和任务*

40. 管理职责既可按部门安排，也可跨部门安排。选用部门办法的国家在许多情况下决定将密切相关的几个部门或这些部门的某些部分置于同一个管理结构之下（例如由一个共同的管理机构负责电力和煤气，或负责机场和航空公司）。有些国家则采取跨部门办法安排管理职责，在有些情况下，由一个管理实体管理所有的基础设施部门，而在另一些情况下，则由一个实体管理公用事业（水、电、煤气、电信），另一个实体管理运输。在有些国家，管理机构的权限还可能扩展到某个区域的若干部门。

41. 管理机构的权限局限于某个具体部门通常会促进本部门特有的技术专门知识的发展。实行具有部门针对性的管理可便利制定符合该部门需要的规则和措施办法。但是，究竟是实行具有部门针对性的管理还是实行跨部门管理，部分取决于本国的管理能力。在基础设施管理方面专门知识和经验有限的国家可能会发现减少独立结构的数目并努力实现规模经济更胜一筹。

42. 建立管理机制所依据的法律往往规定用以指导管理机构行动的一系列总目标，例如促进竞争，保护用户的利益，满足需求，本部门或公共服务提供者的效率，其财政维持能力，维护公众利益或为公共服务义务提供保障，以及保护投资者的权利。确定一两项首要目标有助于明确管理机构的任务并为有时相互冲突的目标确立优先次序。明确的任务也可加强管理机构的自主权和信誉。

### *2. 机构机制*

43. 管理基础设施部门的机构机制多种多样。有些国家将管理职能交给政府机关（例如政府的有关部委或部门），有些国家则选择在政府之外设立自主的管理机构。有些国家决定某些基础设施部门由自主和独立的机构管理，而将其余的基础设施部门留给某个

部委直接管理。有时候，也可能是自主的管理机构与政府共同行使权力，颁发执照通常便属于这种情况。从立法的角度来看，需要在考虑到本国政治、法律和行政传统的情况下制定管理职能的机构安排，确保管理机构有适当的效率。

44. 管理制度的效率主要取决于是否能够客观地作出管理决定。这就要求管理机构应该能够在没有来自基础设施运营人和公共服务提供者的干扰或不适当压力的情况下作出决定。为此，一些国家的立法规定要求管理决定的决策过程具有独立性。为了达到预期的独立程度，似宜将管理职能与运营职能分开，取消公共服务提供者可能仍然拥有的任何管理职能，将这些职能交给一个在法律上和职能上独立的实体。管理的独立应辅之以防止利益冲突的规定，例如禁止管理机构的工作人员在所管辖的公司、其母公司或子公司兼职，接受礼品，以及缔结合同或有任何其他关系（直接或通过家庭成员或其他中间人）。

45. 这就引出一个有关的问题，即如果某个机构在其管辖的部门还拥有企业，或某个机构行事以政治考虑而不是技术根据为依据，就需要尽量减少这种机构作出决定或影响决策的风险。一些国家认为，管理机构需要具有相对于政府政治机关的一定程度的自主权。独立性和自主权不应仅仅基于管理职能的机构地位，还应基于其职能自主权来考虑（即拥有充足的财力和人力资源以充分履行职责）。

### *3. 管理机构的权力*

46. 管理机构可拥有决定权、咨询权或纯属协商性的权力，或视所涉主题事项的情况而兼具这些不同级别的权力。在一些国家，管理机构最初只拥有有限的权力，但在管理机构建立了独立性和专业能力方面的记录之后，享有的权力随之扩大。立法中往往具体规定哪些权力属于政府，哪些权力属于管理机构。这方面的明确性至关重要，可避免不必要的冲突和混乱。应让投资者、消费者以及其他有关各方都知道向哪些部门提出各种要求、申请或投诉。

47. 例如，挑选公共服务提供者在许多国家是一个既涉及政府又涉及管理机构的过程。如果授予项目的决定涉及政治性而非技术性的广泛判断（基础设施私有化往往便属于这种情况），最终责任往往在于政府。但是，如果授予项目的标准主要是技术性的（如同发电或电信服务自由许可制那样），许多国家往往将决定权委托给一个独立的管理机构。在其他情况下，政府在授予合同之前还需征求管理机构的意见。另一方面，也有一些国家不允许管理机构直接参与授予项目的过程，理由是这样可能影响到管理机构日后对有关服务的提供进行管理的方式。

48. 管理机构的管辖权通常包括对所辖部门所有企业的管辖，不论是私营企业还是公共企业。法律可能规定有些管理权或手段的使用只限于该部门占支配地位的公共服务提供者。例如，管理机构可能只对现有的或占支配地位的公共服务提供者拥有价格监督权，而允许新加入的公司自由定价。

49. 管理机构必须就一系列事项作出决定，其中包括：从制定规范的责任（例如关于授予合同的规则、设备验证合格的条件）到实际授予合同；审批所管理实体提出的合同和决定（例如关于入网的时间安排或合同）；确定和监督提供某项服务的义务；对公共服务提供者的监督（特别是监督遵守许可证条件、规范、性能指标的情况）；为了透明起见，向公众披露与私人伙伴有关的有针对性的财务信息（例如其股权结构或项目中使用的基准财务模式）；价格的确定或调整；审查所实行的补贴、豁免或可能影响本部门正常竞争的其他优越条件；制裁措施；解决争端。

### *4. 管理机构的组成、工作人员和预算*

50. 在建立管理机构时，少数国家选用的办法是一个机构只由一名官员构成，而多数国家则采用管理委员会的形式。委员会形式可提供更严密的保障，抵制不适当的外来影响或游说，还可减少草率作出管理决定的风险。另一方面，单人管理机构可以较快作出决定，责任更加分明。为改进管理委员会决策过程的管理，委员会成员人数通常保持为少数几名（一般为三名或五名）。通

常避免偶数，以防止陷入僵局，虽然委员会主席可以投决定性一票。

51. 为扩大管理机构的自主权，各种不同的机构都可参与提名。在一些国家，管理机构由国家元首根据国会提出的名单而任命；有些国家则是由政府的行政部门任命管理机构，但须经国会确认，或根据国会、用户协会或其他机关提出的名单任命。对于管理机构的官员，通常要求有最低限度的专业资历，同时不能有利益冲突，否则会使他们丧失资格。管理机构成员的任期可适当错开，避免发生大换班并由同一届政府任命所有成员的现象；任期的交错还可促进管理决策的连续性。成员的任期往往采取定期制；可规定不得连任；任期届满之前可以撤换，但只能因为某些有限的理由（例如被宣判有罪、精神失常、严重渎职或玩忽职守）而撤换。管理机构常常要同富有经验的律师、会计师或为所辖行业效力的其他专家打交道，因此管理机构本身也需具备同样水平的专门知识、技能和专业水平，除机构内部人员外，必要时还可聘用外部顾问。

52. 稳定的经费来源对管理机构充分发挥作用至关重要。在许多国家，管理机构的预算经费来自对所辖行业的收费和其他收缴项目。收费可定为公共服务提供者营业额的一个百分比，或从颁发执照、合同或其他授权中收取。在一些国家，管理机构的预算必要时由年度财政法中规定的预算拨款来补充。但这会产生不确定因素，从而削弱机构的自主权。

### *5. 管理过程和程序*

53. 管理框架一般包含程序性规则，其中规定负责各种管理职责的机构如何行使其权力。管理过程要取得人们的信任，必须要有透明度和客观性，无论管理权是由某一政府部门或部长还是由某个自主的管理机构来行使。规则和程序应该是客观的、明晰的，以便确保管理机构公正不偏，及时采取行动。为达到透明度，法律应要求公开有关的规则和程序。作出的管理决定应陈述所依据的理由，并应通过出版物或其他适当方式供有关各方查阅。

54. 按照一些法律的要求，由管理机构每年发表有关部门的年度报告可进一步提高透明度，包括例如公布工作中作出的决定、发生的争端以及解决争端的方式等等。这种年度报告还可列出管理机构的账目以及独立审计员对账目的审计。许多国家的立法还要求将年度报告提交国会的一个委员会审查。

55. 管理决定可能对不同群体的利益产生影响，包括所涉及的公共服务提供者、其目前的或潜在的竞争者，以及企业或非企业用户。在许多国家，管理过程包括就重大决定或建议举行协商的程序。在有些国家，这种协商采取公开听证会的形式，在另一些国家则采取协商文件的形式征求有关群体的意见。有些国家还建立了由用户和其他有关各方组成的协商机构，并要求须在作出重大决定和提出重大建议前征求其意见。为增加透明度，协商过程中提出的意见、建议或观点需加以公布或提供公众查阅。

### *6. 对管理机构所作决定的申诉*

56. 东道国管理制度的另一个重要因素是公共服务提供者可据以请求对管理决定进行复审的机制。如同整个管理过程一样，高度的透明度和可信性至关重要。为了具有可信性，复审权应委托给一个独立于作出原决定的管理机构、东道国政治当局和公共服务提供者的实体。

57. 对管理机构的决定进行复审往往属于法院的管辖权，但在有些法律制度中，对管理机构所作决定的申诉属于只处理行政问题的专门法庭的专属管辖权，在有些国家，这样的法庭独立于司法体系。如果对复审过程心存担忧（例如，担心可能的拖延或者法院对管理决定所涉复杂经济问题作出评价的能力），那么可以至少是在向法院或行政法庭提出最终申诉前先将复审职能委托给另一机构。在有些国家，复审请求由一个独立的高级跨部门监督机构审议。也有些国家由掌管特定的司法和学术职能的人组成的小组来听取复审请求。许多情况下对复审请求所依据的理由有所限制，特别是限制受理的上诉机构以自己对事实的自由裁量评估取代其决定正接受复审的机构所作评估的权利。

### *7. 公共服务提供者之间争端的解决*

58. 相互竞争的私人伙伴(例如两个移动电话系统运营人)之间或在同一基础设施部门的不同部分提供服务的私人伙伴之间可能会产生争端。这些争端可能涉及不公平贸易做法(例如低价倾销)、不符合国家基础设施政策的非竞争性做法(见"导言和公私伙伴关系的背景资料",第25-36段)或违反公共服务提供者的特定义务(见第四章,"公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同",第91-104段)等指控。在许多国家,人们发现为了建立解决这些争端的适当框架,立法规定是必要的。

59. 首先,当事各方相互之间可能没有可以提供适当的解决争端机制的合同安排。即使有可能建立一种合同机制,东道国也可能想让一个特定机构解决涉及某些问题(例如,进入特定基础设施网络的条件)的争端,以便确保有关规则的适用相互一致。另外,公共服务提供者之间的某些争端可能涉及根据东道国法律被认为不能通过仲裁解决的问题。

60. 国内法往往规定处理公共服务提供者之间争端的行政程序。一般来说,公共服务提供者可以向管理机构或向负责实施据称遭到违反的规则的另一政府机构(例如,负责执行公平竞争法律规章的政府机构)提出申诉,在有些国家,这种政府机构有权就这类事项作出有约束力的决定。这类机制即使是强制性的,也不一定妨碍受害人求助于法院,虽然在有些法律制度中,法院可能仅仅有权裁定有关决定是否合法(例如是否遵守适当程序),而无权裁定有关决定的是非曲直。

# 二． 项目规划和准备

## A． 概述

1. 公私伙伴关系是政府用来发展提供公共服务或支持某一政府实体的职能所需基础设施或系统的手段之一。若妥善设计和实施，公私伙伴关系可提供机会，有助于减少在发展基础设施或提供公共服务方面投入的公共资金和其他资源。公私伙伴关系还可以将一些风险转移给私营部门，与政府相比，私营部门也许能够以更有效或更经济的方式控制或减轻此类风险。

2. 这些预期益处在多大程度上能够变成现实取决于各种因素。这些因素包括：总体法律和管理框架的适足性和稳定性（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第10-12段）、挑选合格的私人伙伴（见第三章，“授予合同”，第6-9段）、项目在技术和商业上的可行性、合同安排合理并且适合整个项目周期（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第130-144段）。虽然构成这个方程式的一些因素可能超出当事各方的控制，但公私伙伴关系取得成功的一个重要前提是规划和准备阶段全面、严格并且专业，该阶段将测试关于项目的各种假设，并预期公私伙伴关系整个寿命周期的各种风险和突发情况。

3. 正如在B节中所讨论的，公私伙伴关系法律框架因此应当要求强制性审查各种项目假设并提供这方面的机制，以便主管当局准确评估，与政府直接采购、融资和管理相比，公私伙伴关系是否是发展相关基础设施或服务的适当选择（第5-22段）。此类初步研究还应当分析公私伙伴关系遇到的主要风险，包括合同通常对风险分配的解决办法，以及高效分配项目风险所需要的灵活度（见C节，第23-45段）。D节（第46-55段）讨论了项目准备和协调涉及

的体制和行政方面。E节(第56-86段)阐述了政府在考虑在多大程度上向基础设施项目提供直接的政府支持时似宜考虑的政策因素，如执行任何特定项目所涉及的公共利益程度，以及避免政府承担无限或过分或有负债的必要性。最后，F节(第87-98段)和G节(第99-101段)概述了可由出口信贷机构和投资促进机构提供的担保和支持措施。

4. 《指南》其他章节论及东道国政府的法律制度中与项目的信贷和风险分析有关的各个方面。特别建议读者参阅第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”；第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”；第六章，“争端的解决”；和第七章，“其他有关的法律领域”。

## B. 项目评估和备选办法

5. 确保公私伙伴关系项目成功实施的一项重要措施是要求有关公共当局对项目的可取性和可行性进行初步评估，包括经济和财务方面，例如项目预期的经济效益、估计成本和基础性设施运营后预期的潜在收入以及项目的社会和环境影响。订约当局编写的研究报告尤其应当明确确定项目的预期产出，提出需要投资的充足理由，提议私营部门参与的方式并说明要达到产出要求的特定解决办法。如果妥善开展此类研究，其作用应当不仅仅局限于证实就公私伙伴关系的项目类型和合同授予程序的结构作出的政策选择。实际上，彻底的项目评估和规划阶段应考虑公私伙伴关系项目的整个生命周期，并为合同设计和合同管理(包括合同监测和调整机制)方面的关键决定提供基础。

### *1. 物有所值(“经济性和效率”)*

6. 授予公共合同的任何制度的主要目标之一是经济性和效率的最大化，这也是例如《贸易法委员会公共采购示范法》关心的一个核心问题。在这方面，《示范法颁布指南》解释说，“经济性”(往往称作“最大价值”)系指支付的价格与采购标的的质量等其他要素之间的最佳关系，其先决条件是公共采购方的需要实际上得到了满足。采购中的

“效率”是指每一采购程序的交易成本和行政管理时间与采购的价值之间的关系是相称的。“效率”还包括这样一个概念：整个采购系统的成本也与通过该采购系统进行的所有采购的价值相称。应用于公私伙伴关系项目时，经济性和效率体现在称作“物有所值”的概念中。

7. 做到物有所值是所有公私伙伴关系项目的核心关切。其中一些项目可能属于一般公共采购法的范畴，尤其是订约当局承诺直接付款给私人伙伴的项目。不过，其他类别的公私伙伴关系项目并不涉及向项目伙伴拨付公共资金，订约当局作为总体项目管理人的作用与政府在传统的公共采购中的作用可能不大相同。这意味着适用于公私伙伴关系的物有所值的概念比在狭义的公共采购中具有更加广泛的含义。

8. 的确，在公私伙伴关系中，政府主要关注的并非就私人伙伴实施的工程或服务支付的价款，而是需要能够证明，与例如公共采购工程或服务或公共运营基础设施或服务相比，以公私伙伴关系形式实施项目是一种不仅更加经济而且更加高效的办法。考虑不周或设计错误的公私伙伴关系项目可能导致项目失败、公共服务中断、费用超支或者对于牺牲公共利益而由私营部门赚取不适当利润的担心。为了确保透明度和良好治理，订约当局需要表明，以公私伙伴关系形式实施项目最物有所值。因此，法律应当要求彻底评估项目是否物有所值，以此作为任何拟议项目批准过程中一个强制性步骤，并作为订约当局着手为挑选项目伙伴做准备的前提条件。

9. 一般而言，测试标准应当包括对项目的成本、效益和质量进行的定量和定性分析，这种分析确定性地表明，以公私伙伴关系形式实施项目是可以采用的最佳选择。只有以公私伙伴关系形式运营项目与用任何其他方法或安排开展项目或提供类似的结果相比，可以以更低的成本提供更好的质量，才能认为一个公私伙伴关系项目物有所值。甚至在投标程序之后重复该测试也是有益的，以确保计算方法和结果始终如一（见第三章，“授予合同”，第30和第31段）。

10. 订约当局可以利用各种工具进行物有所值评估。一个常见和广泛使用的工具是所谓的“公共部门比较基准”。这一测试包括，

一个公共部门项目如由政府实施，其整个寿命期内的假定成本估计数。公共部门比较基准以拟议的产出说明和拟议的风险分配为基础，将公私伙伴关系办法与通过公共部门以最高效的项目执行方式实施项目、提供预期由私营部门提供的相同水平和质量的服务时假定的项目成本相比较，并考虑到项目整个寿命周期的风险。起点往往是公共部门实施时实施项目的资本成本和寿命周期运营和维护费用的最佳估计数。

11. 进行物有所值测试的方法和确切地说需要考虑哪些因素，可能根据项目的性质而有所不同，也可能随着时间推移而发生变化。如果有一个负责批准、协调或咨询的中央当局（见第46和第47段），东道国也许考虑建立专门的机构，定期或系统地审查所采用的方法并确定这种方法使用的适当参数。不过，应当指出，物有所值评估是否有用和准确，取决于是否有公共部门比较基准以及这种基准是否可靠，在公私伙伴关系方面或在政府采用先进的会计核算和管理做法方面没有多少经验的国家，这种基准可能很有限，一些发展中国家就是这种情况。此外，准确的物有所值分析可能超出了一些公共当局的能力，因为也许没有足够或完整的数据来进行这种评估。而且，用作公共部门比较基准的政府实体的效率对于项目成本有重大影响，订约当局可能不具备相关专门知识，不能在比较分析中适当地将公共部门的绩效作为一个因素考虑在内。这些潜在的限制因素突出说明，需要确保订约当局或负责规划公私伙伴关系的其他机构具备进行这种评估所需要的必要人力和技术资源。政府还应当充分了解并跟上当前关于适当的物有所值评估的国际标准和指导。[1]

12. 考虑到多数公私伙伴关系项目的筹资结构，准确和现实地确认项目的企划案就显得更加重要。过去，基础设施项目是在项目

[1] 为支持政府在早期阶段确定和选择适合以公私伙伴关系形式实施的项目，联合国亚洲及太平洋经济社会委员会（亚太经社会）设计了公私伙伴关系物有所值定性分析工具包，该工具包是一个在线工具，政府和公共当局可用来在物有所值基础上作出正确的公私伙伴关系项目选择。该工具包见以下网址：https://ppp.unescap.org/。另见世界银行，2017年，《公私伙伴关系：参考指南，第3版》，第3.2.4节“公私伙伴关系中物有所值评估”。世界银行，华盛顿特区，© 世界银行；世界银行学院；公私合作促进基础设施发展咨询机制。2013年，《物有所值分析——实践和挑战：政府如何选择何时利用公私伙伴关系提供公共基础设施和服务》。世界银行，华盛顿特区。© 世界银行。

资助人、多边和国家出口信贷机构、政府和其他第三方提供信贷支持的基础上举债筹资的。这些传统来源无法满足对基础设施资本日益增长的需求。事实上，公私伙伴关系项目筹资越来越多是在项目融资基础上实现的。

13. 项目融资作为一种融资方法，甚至在开工之前或产生任何收入之前，就设法在“自立”基础上建立私人伙伴的信誉并凭借此种信誉来借款。评论家认为，项目融资好比一把钥匙，可以打开从理论上说聚集在资本市场上的巨额资本的库门，使之流向基础设施和服务。但是，从金融角度来看，项目融资具有一些不同于其他融资的要求较高的特点。其主要特点包括，在项目融资架构中，融资各方必须主要依赖私人伙伴的资产和现金流量来获得偿付。如果项目失败，融资各方将无法求助于或只能在有限程度内求助于资助人公司或其他第三方的财政资源获得偿付（另见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第56和第57段）。

14. 项目融资的财务方法要求准确地预测项目的资本成本、收入和预计费用、开支、税务和负债。为了准确而确定地预测这些数字，并为项目建立财务模型，一般需要对私人伙伴较长时期——通常为20年以上——的收入、费用和开支的“基本”数额作出预测，以确定项目能够支持的债务和股本数额。这项分析的关键是确定风险并对风险进行定量分析。为此，从财务角度来看，风险的确定、评估、分配和减轻是项目融资的核心所在。事实上，风险分配是每一个公私伙伴关系的核心，深入了解风险分配安排是起草公私伙伴关系合同的前提条件。能否适当运用风险分配原则决定着特定公私伙伴关系项目能否吸引资金并在整个寿命期内可以持续。（C节第23-45段简要介绍公私伙伴关系中最常见的风险和关于风险分配的一般性考虑）。

### *2. 财政影响评估*

15. 要求准确和现实地确认项目的企划案，以此作为项目作为公私伙伴关系向前推进的前提条件，另一个重要原因是需要避免给公共部门带来意外费用（“财政风险”）。在许多国家，以公私伙伴关系形

式开展投资项目并非出于效率，而是为了规避预算拮据的状况，并推迟记录提供基础设施服务的财政费用。因此，一些政府实施的项目，最终要么无法通过预算手段供资，要么使公共资金面临形式为没有准确估计、也没有适当核算的或有负债的财政风险。因此，如果潜在财政风险和来自拟议公私伙伴关系项目的风险的评估还不是强制性“物有所值”测试标准不可分割的组成部分，则订约当局或总体负责公私伙伴关系相关政策的任何中央部门（见下文，第47段）似宜及早进行此种评估（见第6-14段）。彻底的财政风险评估应当考虑可能影响项目总体财务平衡的各种因素（见下文第23-36段），以及通过合同商定的权利和义务进行风险分配的备选办法（见下文第37-45段）。此外，为了充分估计预期成果和项目在其整个寿命周期所涉预算问题，评估应当至少考虑到公私伙伴关系项目的四个主要变量：

*(a)* *项目发起人*：主要财政指标（即赤字和债务）的影响依最终负责项目的公共实体（例如，中央、地方政府、国有企业等）而有所不同；

*(b)* *谁控制资产*：财政风险的可能性和程度依政府控制与公私伙伴关系有关的资产——通过所有权、租赁、使用权或其他权益——的能力而有所不同；

*(c)* *最终由谁为基础设施付款*：项目的供资结构（即政府用公共资金为基础性设施或系统付款；还是私人伙伴向基础性设施或系统的用户直接收费；还是两者相结合）对于评估项目对主要的总体财政指标的影响至关重要；

*(d)* *政府是否为项目提供额外支持*：政府能够直接为公私伙伴关系项目供资，也能够以多种方式为项目提供支持，包括提供担保、股权资本或税收和关税优惠（见下文，第56-86段）。对拟为公私伙伴关系项目提供的任何政府支持的财政影响进行早期评估，包括评估支持措施的成本，例如强制性征用土地用于项目开发，对于避免面临无限负债并寻求公共资源的长期投入以促进国家基础设施发展战略和政策的可持续性至关重要。

16. 政府可以采用各种方法和工具来进行这种评估。国际货币基金组织和世界银行开发了一种分析工具，帮助政府量化公私伙伴

关系项目的宏观财政影响。公私伙伴关系财政风险评估模型主要供各国财政部负责公私伙伴关系的部门使用，该模型利用标准软件处理项目特有的数据和宏观经济数据，并自动生成标准化结果，其中包括：*(a)* 项目的现金流；*(b)* 现金和权责发生制基础上的财政图表；*(c)* 有公私伙伴关系项目和无公私伙伴关系项目情况下的债务可持续性分析；*(d)* 主要的总体财政指标对宏观经济参数和项目特有的参数的敏感度分析；*(e)* 项目风险简要汇总表。[2]

### *3. 福利和社会影响评估*

17. “物有所值”测试的目的，是允许在知情基础上就下列事项作出初步决定，即与通过公共采购开发项目的其他形式相比，公私伙伴关系到底是不是一种高效且经济上合理的替代办法。拟议项目未通过物有所值测试，不一定意味着以这种方式实施项目不可行，而应当促使订约当局考虑比公私伙伴关系更加负担得起的其他备选办法。同样，拟议项目物有所值这一事实也不一定意味着应当以公私伙伴关系形式实施项目。政府必须确信，项目符合其整体基础设施和公共服务发展需要和战略（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第17和第18段），以及政府更为广泛的经济和社会政策，同时适当注意对实现可持续发展目标作出的承诺。

18. 事实上，物有所值测试非常重要，这种测试注重的是基础设施和公共服务发展方面良好治理涉及的可以用资金来量化的参数。为了全面评估公私伙伴关系的益处——还有潜在风险，政府应当考虑对项目进行另一种评估。首先，单纯从财务角度，有关当局似宜计算有关基础设施可供使用所产生的影响，除现金流动状况外计算投资的财政回报。其次，由于公私伙伴关系项目在本质上因其规模和所提供的服务对公众而言非常重要，公共当局在准备阶段应当处理项目的社会影响。应当进行评估以预测并减轻负面影响，并加强对当地社区和社会的惠益。特别重要的一点是，政府应当考虑，不管是否以公私伙伴关系形式实施，项目在多大程度上符合相关的联合国可持续发展目标。

[2] 公私伙伴关系财政风险评估模型可在以下网址查阅：http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5。

建议在规划阶段评估项目的可持续性及其环境、经济和社会影响。从良好治理和透明度角度来看，在此阶段还应当考虑非商业伙伴和利益攸关方的利益——可能的话通过适当的协商机制，以促进公众支持项目，并减少在以后阶段遭到质疑甚至发生诉讼的风险。

### *4. 环境影响评估*

19. 除分析项目的福利和社会影响外，还应当全面评估项目的环境影响。环境影响评估应当查明环境风险，将环境关切纳入项目风险评估和项目规划，并促进可持续发展。《关于环境与发展的里约宣言》明确要求，“凡是可能对环境产生重大不利影响的拟议活动”，均应进行环境影响评估，环境影响评估是一种国家手段，“须由主管国家当局作决定”。[3] 如果某一项目可能具有“重大不良的跨国界环境影响”，则进一步吁请各国“向可能受影响的国家预先和及时地发出通知和提供有关资料”，并“应在早期阶段诚意地同这些国家进行磋商。”[4] 可能产生重大不良的跨国界影响（尤其是对共享资源的影响）的项目中此种环境影响评估已为各国广泛接受，可视为一般国际法的一项要求。环境影响评估是“旨在识别和评价拟议项目潜在的环境后果、影响（以及在较小程度上社会和经济影响）和效应的一个系统过程，这种信息可提供给决策者和其他利益攸关方，以便最大限度地减少、减轻或彻底消除拟议发展项目产生的任何不良潜在影响”。[5] 环境问题上的良好治理和透明度原则要求借助这样一个机制，使环境影响评估过程开放且有包容性：该机制要确保信息可供获取以及所有可能受影响的利益攸关方按照相关国际标准参与决策过程。[6]

---

[3]《联合国环境与发展会议的报告》（1992年6月3日至14日，里约热内卢）（A/CONF/151/26（第一卷），附件一《关于环境与发展的里约宣言》，原则17）。

[4]同上，原则19。在一些区域，此项义务有一项基于条约的法律框架，例如通过在联合国欧洲经济委员会主持下谈判的《越境环境影响评估公约》（1991年2月25日，芬兰埃斯波）（联合国，《条约汇编》，第1989卷，第309页）。

[5]联合国环境规划署，《环境评估导论》，2015年，第23页。（http://apps.unep.org/publications/index.php?option=com_pub&task=download&file=011945_en）。

[6]例如，第四届“欧洲环境”部长级会议（1998年6月25日，丹麦阿尔胡斯）通过的、在联合国欧洲经济委员会主持下谈判的《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》（《阿尔胡斯公约》），要求缔约国保证在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的权利，以便有助于保护“今世后代”的每一个人有权生活在与其健康和福祉相适宜的环境中（联合国，《条约汇编》，第2161卷，第447页）。

20. 进行环境影响评估对于确保项目具有可持续性并且不会对人们的生活或自然环境产生不利影响至关重要(必要时使用减轻措施实现这一目标)。环境影响评估应帮助了解拟议项目对环境的后果或影响, 并确定可以改进项目的方式, 例如, 通过尽量减少对环境的负面影响。为此, 环境影响评估应审查和评价拟议项目可能对自然环境、地方环境和当地社区产生的影响, 并列出在项目实施后避免、减轻或补偿环境影响所需的措施。这些措施应反映私人伙伴在项目建造和运营阶段相应的义务中(分别见第四章, "公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同", 第85和91-92段)。环境影响评估中一个日益重要的因素是评估设施或其技术可能过时的情况, 以及制定无害环境的退役计划并将退役措施纳入公私伙伴关系合同的必要性(见第五章, "公私伙伴关系合同的期限、展期和终止", 第68和第69段)。

### *5. 对竞争的影响*

21. 订约当局在规划阶段还需要考虑, 在多大程度上私人伙伴应当获得运营基础设施或提供相关服务的独家经营权, 或者是否私人伙伴需要这种独家经营权作为对收回最初投资的一种保证。这项初步评估应当考虑独家经营权的地域范围——如果准予独家经营权的话——并考虑到国家对有关部门的政策(见"导言和公私伙伴关系的背景信息", 第28-36段, 和第一章, "一般性法律和体制框架", 第19-20和24-28段)。独家经营权问题在评估项目的财政和商业可行性及其经济和社会影响方面发挥着核心作用。从实际角度来看, 独家经营权也是核心的合同条款之一(见第四章, "公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同", 第99-102段), 而且它将影响私人伙伴可能要求的政府支持水平(见E节, 政府支持, *(f)* 保护免受竞争)。

22. 订约当局应当认真考虑给予私人伙伴独家经营权的宏观经济影响和在政策上的弊处, 以及排除竞争在福利方面带来的总体成本。私人伙伴可能渴望拥有独家经营权, 这方面发生串通和腐败的风险可能尤其高。法律规章可就授予独家经营权规定适当的参数, 并且一般应当要求订约当局就其授予独家经营权的建议提供理由。

## C. 项目风险和风险分配

23. 一般要在考虑许多因素之后，确定有关当事方之间如何准确地分配风险，这些因素包括：发展有关基础设施涉及的公共利益，私人伙伴、其他投资人和放款人面临风险的程度（以及这些当事方在多大程度上能够和愿意以可接受的成本承担这些风险）。适当的风险分配对于降低项目成本和确保项目得以成功实施至关重要。相反，不适当分配项目风险会损害项目的财政维持能力或妨碍其有效管理，从而提高相关服务的成本。

24. 本章所使用的“项目风险”概念系指当事各方经评估后认为可能对它们期望通过该项目获取的利益产生负面影响的情形。尽管可能出现对多数当事方造成严重风险的事件（例如自然灾害对设施的损毁），但各方的风险将因其在该项目中的作用不同而不同。

25. “风险分配”一语系指确定哪个或哪些当事方应对发生认定为项目风险的事件承担后果。这通常是当事方谈判的主题，尽管一国的规章、政策或行政指引通常为某些风险的分配确立了参数。当事方在此方面达成的协议随后将转化为公私伙伴关系合同中的权利和义务。例如，如果私人伙伴有义务在某些设备处于运行状态的情况下向订约当局交付基础性设施，私人伙伴就要承担设备运行可能达不到商定的性能水平的风险。这种项目风险的出现反过来会对私人伙伴产生一系列后果，包括未能履行公私伙伴关系合同或适用法律所规定的合同义务的责任（如因推迟设施投入运行的时间而向订约当局支付损害赔偿费）；某些损失（如因推迟设施投入运行的时间而造成收入上的损失）；或额外费用（如修理故障设备或获取更换设备的费用）。

26. 承担某一风险的当事方可采取预防措施以限制发生风险的可能性，并采取具体措施保护自身完全或部分免遭此种风险的后果。这些措施常常被称作“减轻风险”。在前一例中，私人伙伴要认真审查设备供应商和建议的技术的可靠性。私人伙伴可要求设备供应商对其设备的性能提供单独的保证。供应商也有责任对其设备故障的后果向私人伙伴支付罚金或预定的违约赔偿金。在某些情

况下，可能需要作出一系列复杂程度不等的合同安排以减轻项目风险的后果。例如，私人伙伴可以结合使用设备供应商提供的保证与承保因设备故障造成业务中断的某些后果的商业保险。

### *1. 项目风险主要类别概述*

27. 为具体说明起见，以下各段对项目风险的主要类别进行概述，并举例说明了某些用于风险分配和减轻的合同安排。如需对这一问题作进一步讨论，建议读者参考其他资料，如《工发组织*BOT*准则》。[7]

*(a)* 当事方无法控制的事件造成的项目中断

28. 当事各方面临的风险可能是其无法控制的意外或非同寻常的事件造成项目中断，这些事件可能是自然性质的，如洪水、风暴或地震等自然灾害，也可能是人为行动的结果，如战争、暴乱或恐怖袭击。这种意外或非同寻常的事件可能造成项目的实施或设施的运行临时中断，其结果是工程延期、收入损失及其他损失。严重的事件可能对设施造成实物损害或甚至导致无法修复的毁损（关于发生此种事件的法律后果的讨论，见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第145-154段）。

*(b)* 政府不利行为造成的项目中断（“政治风险”）

29. 私人伙伴和放款人面临的风险可能是订约当局、另一政府机构或东道国的立法机关的行为对项目实施造成负面影响。这种风险常常称作“政治风险”，并可分为三大类：“传统的”政治风险（如将私人伙伴的资产收归国有或征收新的税种危及私人伙伴偿还债务和收回投资的前景）；“管理”风险（如对服务的提供采用更为严格的标准或开放某一行业部门允许竞争）；以及“半商业”风险（如订约当局违约或由于订约当局优先事项和计划的变更造成项目中断）（关于发生此种事件的法律后果的讨论，见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第131-134段）。

[7] 见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，脚注2。

除来自东道国的政治风险外，某些政治风险可能是由外国政府的行为造成的，如投资人本国政府实行的封锁、禁运或抵制。

*(c)* 建造和运营风险

30. 当事方在建造阶段可能面临的主要风险是设施建造根本不能完工或不能按商定的时间表交付（完工风险）；建造成本超过原先的估计（建造费用超额风险）；或设施在完工时未达到性能标准（性能风险）。同样，在运营阶段，当事各方可能面临的风险是完工的设施不能有效运行或维护以达到预期的能力、产出或效率（性能风险）；或运营成本超出原先的估计（运营费用超额）。应该注意的是建造和运营风险不只影响私营部门。东道国订约当局和使用者可能因所需服务的中断而受到严重的影响。政府作为公共利益的代表，一般都关注设施运营不当造成的安全风险或环境损害。

31. 有些风险可能是由私人伙伴或其承包商或供应商带来的。例如，建造费用超额和延误完工可能是由于效率低下的建造做法、浪费、预算不足或各承包商间缺乏协调所致。设施达不到性能标准还可能是由于设计缺陷、所用技术欠缺或私人伙伴供应商所提供的缺陷设备造成的。在运营阶段，性能不达标可能是如设施维护不当或机器设备操作疏忽的结果。运营费用超额也可能是管理不善所致。

32. 但是在这些风险中，有些还可能是由订约当局、其他公共当局或甚至东道国立法机关采取的特定行动造成的。性能不达标或费用超额可能因为订约当局在公私伙伴关系合同授予期间所提供的技术规格不当所致。延期和费用超额还可能是由于订约当局在合同授予后的行动（拖延获得批准和许可，因计划不周而改变要求导致费用增加，检查机构造成的中断或设施用地交付的拖延）造成的。一般性立法或管理措施，如更严格的安全或劳工标准也会造成建造或运营成本提高。生产量上不去，原因可能是公共当局未提供必要的供应品（如电或煤气）。

*(d)* 商业风险

33. “商业风险”涉及项目由于市场价格或对其所生产的货物或服务的需求的变化而无法取得预期收益的可能性。这两种形式的商业风险都会严重损害私人伙伴的偿债能力，并会损害该项目的财政维持能力。

34. 商业风险因项目所属的行业部门和类型而有很大差异。当私人伙伴垄断了有关服务或当其通过长期承购协议对单一客户进行供应时，这种风险被认为是最小或不大的。然而，当项目依靠基于市场的收入，尤其是存在可供选择的设施或供应来源使其难以对使用量或需求量作出可靠的预测时，商业风险会相当大。这种情况可能很严重，如在收费道路项目中，因为收费道路面临来自免费道路的竞争。视司机进入免费道路的难易程度而定，通行费收入可能难以预料，尤其是在城市地区，可能有多条道路可供选择，而且道路在不断地修建或改善。此外，人们发现新的收费道路的交通量更加难以预测，那些并非现有收费设施系统增建项目的收费道路尤其如此，因为此类收费道路没有现成的运输量作为精算依据。

*(e)* 汇率及其他金融风险

35. 汇率风险涉及外汇汇率的变化改变项目产生的现金流量的兑换值的可能性。价款和向本地用户或客户收取的使用费极有可能用本地货币支付，而贷款以及有时还有设备或燃料费则可能用外币标价。这种风险会很大，因为许多发展中国家或经济转型期国家的汇率特别不稳。除汇率波动外，私人伙伴还可能面临的风险是，外汇管制或外汇储备的降低会限制本地市场上私人伙伴为偿债或收回原有投资所需的外币的供应量。

36. 私人伙伴面临的另一个风险是利率可能上升，迫使项目承担额外的融资成本。对基础设施项目而言，这种风险可能极大，因为这种项目通常借款金额大，期限长，有的贷款期长达数年。贷款通常按固定利率发放（如固定利率债券），以降低利率风险。此外，整

套融资计划可包括套期保值以抵御利率风险，例如采取利率互换或利率封顶的做法。

### *2. 风险分配和减轻的合同安排*

37. 综上所述，当事各方需要考虑到广泛的因素以便有效地分配项目风险。为此，一般不宜通过实行法律规定不必要地限制谈判者根据具体项目需要而均衡地分配项目风险的能力。尽管如此，政府似可向代表国内订约当局办事的官员提供某些一般性指导，例如，拟订关于风险分配的建议原则。

38. 在若干国家，向订约当局提供的实际指导往往提及关于分配项目风险的一般性原则。这类原则之一是通常向风险评估、控制和管理能力最佳的当事方分配特定的风险。另一项指导原则设想，让最容易获得套期保值手段（即通过同时在另一笔交易上获利来抵消某笔交易的损失的投资安排）或在分散风险或以最低代价减轻风险方面能力最强的当事方承担项目风险。而实际上，风险分配常常是政策考虑（如项目的公共利益或订约当局在各个项目下的总风险）和当事各方谈判实力的一个因素。此外，在分配项目风险时，重要的是应考虑到被分配特定风险的当事方的财力及其在风险发生时承担后果的能力。

39. 私人伙伴及其承包商通常承担与开发和运营基础设施相关的普通风险。例如，完工、费用超额及其他典型的建造阶段风险通常通过统包式建造合同分给一家或多家建造承包商，该承包商承担以固定价格在规定工期内按特定性能规格设计和建造设施的全部责任（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第78段）。该建造承包商一般要负责对延迟完工支付预定的违约赔偿金或罚款。此外，通常还需要该承包商提供履约担保，如银行担保或保证书。另外，通常还需要独立的设备供应商对其设备的性能提供保证。在承包商提供的履约担保和设备供应商提供的性能保证之外，经常需要私人伙伴为订约当局提供的类似保证作为补充。同样，私人伙伴一般通过订立运营和维护合同来减轻其运营风险，在该合同中，运营公司承诺达到规定的产出并对

运营故障的后果承担责任。在多数情况下，这类安排将是项目成功的关键要求。放款人则寻求得到保障，避免因为这些风险的后果而受到损害，办法包括要求转让为保证承包人履约而开具的任何保证书所产生的收益。贷款协议一般要求将履约保证书所产生的收益存入质押给放款人的账户（即“代管账户”），以此防范私人伙伴挪用或第三方（如其他债权人）扣留。然而，如有需要，该保证书下支付的资金定期发给私人伙伴，用以支付修理费或运营及其他费用。

40. 另一方面，订约当局理应承担与其自身行动造成的事件相关的风险，如在挑选过程中所提供的技术规格不当，或由于未能按时提供商定的供应品而造成的迟延。订约当局还理应承担由于政府行为造成中断的后果，如同意赔偿私人伙伴由于价格控制措施所招致的收入损失（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第42段）。尽管可以通过购买保险来减轻某些政治风险，但是，即使可在有关国家为项目购买此类保险，其代价也可能令人无法接受。因而，潜在投资者和放款人可能求助于政府以得到例如免遭征收或收归国有的保证，以及一旦发生这类事件时可提供适当赔偿的保证（见第76段）。根据对东道国所面临的风险程度的评估，潜在投资者和放款人可能不会在没有这些保证和保障的情况下放心地开展某一项目。

41. 以上各段提及的多数项目风险或多或少可认为可由某一当事方或另一方控制。但是，有很多项目风险源自当事各方无法控制的事件，或归因于第三方的行为，因此，可能需要考虑其他风险分配原则。

42. 例如，私人伙伴可能期望利率风险以及通货膨胀风险会通过提价而转移到设施的最终用户或客户头上，但由于市场相关的形势或价格控制措施，并非总是可能这样做。私人伙伴与订约当局间协商的价格结构将决定私人伙伴避免这些风险的程度或是否指望私人伙伴承受其中的一些风险（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第40-50段）。

43. 根据各种安排分配的另一类风险涉及像战争、内乱、自然灾害或当事方完全无法控制的其他事件这样的外部事件。在公共部门实施的传统基础设施项目中，有关政府实体通常要承担如自然灾害或类似事件毁坏设施的风险，因为可能不能为这类风险购买保险。在公私伙伴关系项目中，政府可能希望由私人伙伴承担这类风险。然而，私营部门根据其对东道国面临的这种特别风险的评估可能不愿承担这些风险。因此，实际上对付这一大类风险不存在一个单一的解决办法，常常需要逐个地对其作出特别安排。例如，当事方可能一致同意在出现其中的某些风险时，受影响的当事方可以不必承担未按公私伙伴关系合同履约的后果，并且将作出合同安排为某些不利后果提供解决办法，如合同展期以补偿因事件所造成的延迟或在特别情况下进行某种形式的直接支付（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第145-154段，和第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第9-10段）。如果能够以可接受的费用购买商业保险，私人伙伴将以商业保险补充这些安排（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第128-129段）。

44. 此外，还可能需要就分配商业风险谈判特别的安排。类似移动电信项目的公私伙伴关系项目通常有相对高的直接收回成本潜力，在多数情况下可以指望私人伙伴在不让订约当局分担这些风险并且不求助于政府支持的情况下实施项目。在其他基础设施公私伙伴关系项目中，如发电项目中，私人伙伴可能要再与订约当局或其他公共当局作出合同安排以减轻其商业风险，例如谈判长期承购协议以确保产品以商定的价格销售的市场。付款可采用按实际消费或供应情况收费或将二者的要素相结合的形式，并且适用的费率通常要按提价或指数化条款调整，以保护收入的实际价值不受运营老化设备而成本增加的影响（另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第58和第59段）。最后，有些资本相对密集的项目开发成本回收较慢，如供水和某些收费道路项目，如果不以某些形式与订约当局分担风险，例如以固定收入保证或商定的按能力付款而不论实际

使用情况如何的方式，私人伙伴可能不愿实施此类项目（另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第53-57段）。

45. 订约当局和私人伙伴最终商定的风险分配将反映在公私伙伴关系合同中规定的相互权利和义务中。项目协议中常见的某些条款可能涉及的立法问题将在本《指南》其他章节讨论（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，和第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”）。当事各方还将谈判其他各种协议以减轻或重新分配其承担的风险（如贷款协议；建造、设备供应、运营和维护合同；订约当局和放款人之间的直接协议；及适用的承购和长期供应协议）。

## D. 行政协调

46. 视东道国的行政结构而定，公私伙伴关系可能需要各级政府若干公共当局的参与。例如，就有关的活动制定条例和细则的权限可能全部或部分归属于某个与负责提供有关服务的公共当局不同级别的公共当局。还可能是管理职能和运营职能同时归于某个实体，但授予政府合同的权力则集中在另一个公共当局。对于涉及外国投资的项目来说，也可能是某些具体权限属于负责批准外国投资建议的机构的职权范围。

47. 国际经验表明，委托东道国行政机构内某一中央单位全面负责制定有关公私伙伴关系的政策和提供实际指导是有益的。这一中央单位还可以负责协调与私人伙伴打交道的主要公共当局的投入。但也要看到，有些国家因为其行政结构特殊，实行这种安排也许是不可能的。如果建立这样一个中央单位不可行，可以考虑采取其他措施，以确保在各有关公共当局之间进行适当的协调，如以下几段所讨论。

### *1. 准备措施的协调*

48. 在确定未来的项目并且经过评价得出积极结果，认为拟议的公私伙伴关系是实施项目的最佳选择之后，政府需要确定项目的相对优先顺序，并为实施项目分配人力和其他资源。这时，订约当局似宜审查与运营拟议类型基础性设施有关的现行法律或规章要求，以查明需要哪些主要公共当局为实施项目提供投入。在这一阶段，还应当考虑可能需要采取哪些措施，以便订约当局和其他有关公共当局能够履行其可能合理预期的与项目有关的义务。例如，政府可能需要预先做好预算安排，使订约当局或其他公共当局能够满足跨越若干预算周期的财政承诺，如购买项目产出的长期承诺（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第55-59段）。另外，还可能需要一系列行政措施来落实对项目提供的某些形式的支持，例如免税和海关便利（见下文，第77-80段），这可能需要相当长时间。

### *2. 挑选私人伙伴的准备工作*

49. 挑选能够以订约当局满意的方式开发项目的最佳私人伙伴是项目取得成功的核心条件。正是基于这个原因，订约当局必须及早将注意力转向适当筛选程序的准备工作，以确保这一结果（见第三章，“授予合同”）。同多数公共采购示范法一样，《贸易法委员会采购示范法》一般允许采购实体灵活决定每次采购中何为物有所值，以及如何进行采购程序才能实现物有所值。具体而言，《贸易法委员会公共采购示范法》规定采购实体享有广泛的裁量权以决定要购买什么，并对确定怎么做将被视为响应采购实体的需要（第10条）、哪些人可以参加并以何种条件参加（第9条、第18条、第49条）以及挑选中选提交书时适用哪些标准（第11条）享有裁量权。挑选私人伙伴实施公私伙伴关系项目也应当有这种灵活程度。

50. 然而，灵活性并不意味着订约当局享有随时作出此种决定或无正当理由而改变程序的性质的自由。相反，订约当局必须在规

划阶段就从国家一般公共采购法或关于公私伙伴关系的任何专门法律中确定适当的筛选程序并予以详细研究（见第三章，“授予合同”，第17和第18段）。实际上，选择适当的程序取决于订约当局需要结合项目准备阶段加以考虑的一些实际问题。事实上，对于公私伙伴关系方式（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第16段）、为设施设想的所有权和维护安排（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第48-55段）、付款模式（例如，是向用户收费、由政府付款，还是两者相结合）和项目设计的其他基本内容的选择，将决定例如订约当局在多大程度上对各方面实际工作感兴趣，因而又可能影响订约当局在多大程度上希望通过编制一套说明而控制技术说明，或者倾向到最后由投标人自己提出满足预期产出的解决办法。有不同的筛选程序可用来实现订约当局的偏好（见第三章，“授予合同”）。

51. 订约当局还需要在此阶段就考虑授予合同程序的一些重要方面。订约当局必须根据市场实际存在的竞争程度和是否需要确保有一个健全和透明的筛选程序，考虑预选程序是否必要或可取。订约当局需要根据预期产出和所设想的公私伙伴关系的性质，认真考虑预选标准。订约当局还需要制定适当的评价标准，以便对各项建议书进行排序，从而选出物有所值方面做得最好的投标人。从实际角度来看，订约当局必须确保它能够利用必要的技术专门知识，不仅在技术方面而且在财务和商业方面对各项建议书进行评价。

52. 准备过程中另一个重要步骤是订约当局完善在“物有所值”测试时考虑的关于风险分配的假设，并确定合同的基本条款，包括不容谈判的条款，因为这将构成挑选过程的一项核心要素，以及比较所收到建议书的依据之一（见第三章，“授予合同”，第75-79段）。挑选选定的私人伙伴之后订立公私伙伴关系合同需要的时间往往过长，从而增加了项目的总体费用。订约当局使用基于以往经验和做法、反映公私伙伴关系基本条款的尽可能多的标准文件（当然，根据有关项目的情形作出修改），可帮助缩短所需要的时间，并使最后的谈判更有条理、更加高效。

### *3. 便利颁发执照和许可证的安排*

53. 立法在便利颁发项目过程中可能需要的执照和许可证方面可发挥有益的作用(例如外汇管制制度下的执照;设立私人伙伴的执照:雇用外籍人的授权;使用或拥有土地的登记和印花税;设备和用品的进口执照;建造执照;安装电缆或管道的执照;设施投入运营的执照;移动通信的频谱分配)。颁发所需要的执照或许可证可能属于不同行政级别不同机关的权限,而颁发这些证件所需要的时间可能很长,如果负责批准的机关或部门最初未参与项目的设计或项目条件的谈判则更是如此。基础设施项目如果因并非由私人伙伴原因造成的执照或许可证不齐备而迟迟无法投入运营,有可能导致项目成本和用户支付的价格提高。

54. 因此,似宜及早评估特定项目需要的执照和许可证,以避免实施阶段的拖延。为加强执照和许可证颁发事宜的协调,一种可能的办法是授权某个机关接收执照和许可证申请,将其转交有关机构,并监督建议征求书中所列的所有执照和许可证和此后的条例可能要求的其他执照的颁发情况。法律也可授权有关机构颁发临时执照和许可证,规定一个期限,期限过后,除非有书面的拒发通知,否则即认为已授予这些执照和许可证。

55. 但是应当指出,各级政府(例如地方、地区和中央)之间行政权限的划分常常体现一国政治组织结构的根本原则。因此,有些情况下,中央政府无法承担颁发所有执照和许可证的责任,也不能将此种协调职能完全委托给某一个机构。在这些情况下,需要采取措施解决因为行政权限的这种划分而可能造成的拖延,例如,订约当局和其他有关公共当局之间为便利办理特定项目的手续而签订协议,或者采取旨在确保各有关公共当局之间进行适当程度的协调和使获得执照的过程更加透明和高效的措施。另外,政府还可以考虑提供某种保证,即它将尽力协助私人伙伴获得国内法规定的执照,例如就所要求的执照以及相关程序和条件向投标人提供信息和协助。从实际角度来看,除各级政府和各公共当局之间的

协调之外，还需要确保执照颁发标准和行政程序透明度标准在执行方面的一致性。

## E. 政府支持

56. C节的讨论表明当事各方可运用各种合同安排来分配和减轻公私伙伴关系项目风险。但这些安排并不总是足以确保私人投资者放心地参与公私伙伴关系项目。人们还认为需要某种额外的政府支持以增强东道国公私伙伴关系项目对私人投资的吸引力。

57. 政府支持可能有各种形式。一般说来，政府为改善公私伙伴关系项目投资环境所采取的任何措施都可视为政府支持。从这一角度看，存在授权政府授予公私伙伴关系合同的立法，或对谈判和落实公私伙伴关系合同规定明确的权限（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第29-36段）都是支持实施基础设施项目的重要措施。但《指南》中使用的“政府支持”一语含义较窄，特指特别措施，大多是政府为加强某一项目的执行条件或协助私人伙伴应付某些项目风险可能采取的财政或经济措施，超出了订约当局与私人伙伴间为分配项目风险所商定的合同安排的一般范围。政府支持措施（如有的话）一般是政府吸引私人对基础设施项目投资方案的组成部分。

### *1. 与政府支持有关的政策考虑*

58. 实际上，决定为项目实施提供支持的依据是政府对该项目的经济及社会价值的评估及这种价值可否作为提供额外的政府支持的理由。政府可能估计，单凭私营部门的力量，可能无法以可接受的费用为某些项目融资。政府还可能考虑到，没有某些减轻项目风险的支持措施，特定的项目或许得不到落实。事实上，私人投资者和放款人愿意在某一国家实施大型项目不仅是依据其对特定项目风险的评估，而且还受其对东道国尤其是基础设施部门投资环境的满意程度的影响。私人投资者特别重视的因素包括东道国的经济制度和市场结构的发展状况以及该国几年来在公私伙伴关系项目上取得成功的情况。

59. 基于以上原因，有些国家采取一种灵活办法对待政府支持问题。某些国家采用立法条款，其中规定按照基础设施部门的具体需要确定支持的程度和类型。另一些国家一方面向东道国政府提供作出某种类型保证或担保的充分的立法授权，同时又规定政府可以斟酌决定不在所有情况下提供此类保证或担保。然而，东道国政府所关心的是，确保向项目提供支持的程度和类型不会导致承担无限的责任。实际上，公共当局通过向特定项目提供担保而作出过多承诺，可能妨碍它们为其他或许与公共利益更密切相关的项目提供担保。

60. 要加强政府支持私人投资基础设施方案的效率，可以采用适当的技术为政府支持措施编制预算或估计其他形式政府支持的总成本。例如，由公共当局提供的贷款担保，成本低于商业放款人提供的贷款担保。其差额相当于（减去应由私人伙伴支付的费用和利息的价值）政府承担的费用和对私人伙伴的补贴。因此，设想为公私伙伴关系提供某种形式政府支持的政府应认真考虑其总体财务影响，以避免意外或有负债的风险（见上文第15和第16段）。例如，贷款担保常常要在要求还款时才记作开支。因而，政府提供的补贴的实际金额并未记录，这可能给人一种不正确的印象，即贷款担保造成的债务责任要小于直接补贴。同样，政府准予免税的财政和经济费用可能不明显，这使其没有其他形式的政府直接支持那么透明。由于这些原因，那些正在考虑制定公私伙伴关系项目支持方案的国家可能需要设计出特别的方法来估计由公共当局提供的免税、贷款和贷款担保等支持措施的预算成本，此类方法应考虑到将来的费用或收入损失的预期现值。

### *2. 政府支持的形式*

61. 政府直接提供的支持，不论是财务担保、公共贷款还是收入保证，都可能是项目财务结构的重要组成部分。以下各段简述有时按国内法批准的政府支持的几种形式，并讨论它们可能给东道国带来的立法问题，但并不特别提倡使用哪一种形式。

62. 一般而言，除了在整个项目期间确保履行政府承诺所需要的行政和预算措施外，立法机关最好考虑可能需要就提供某些形式的支持而规定明确的立法授权。在认为需要政府支持时，立法机关需要考虑到东道国根据区域经济一体化或贸易自由化国际协定所承担的义务，而这些义务可能会限制缔约国的公共当局向在其境内运营的公司提供财政支持或其他支持的能力。此外，如果政府考虑对基础设施项目的实施提供财政支持，就应在筛选程序期间的适当时间向所有潜在投标人阐明这种情况（见第三章，“授予合同”，第76 *(c)*和*(i)*段）。

*(a)* 公共贷款和贷款担保

63. 在某些情况下，法律授权政府向私人伙伴提供无息或低息贷款以降低项目的融资成本。根据应遵循的核算规则，某些由政府机构提供的无息贷款可在私人伙伴账户中记作收入，而贷款偿还额则记作为税收和会计目的可以扣除的成本。此外，由政府提供的次级贷款可增强项目的财政条件，它是商业银行提供的优先贷款的补充，但不在偿债问题上与优先贷款相竞争。政府贷款一般向某一部门所有私人伙伴提供，或者限于在某种项目风险出现时向私人伙伴提供临时援助。还可进一步将任何这种贷款的总额限于某一固定金额或项目总成本的某一比例。

64. 除公共贷款外，某些国家的法律授权订约当局或东道国政府的其他机构为私人伙伴偿还贷款提供贷款担保。贷款担保旨在保护项目放款人（以及在某些情况下保护向该项目提供资金的投资者）不受私人伙伴违约的影响。贷款担保并不需要立即支付公共资金，因而对政府来说似乎比直接贷款更具吸引力。但贷款担保可能意味着很大一笔或有债务，政府的风险会很大，尤其是在私人伙伴完全破产时。的确，在多数情况下，政府对有可能代偿放款人对无偿债能力私人伙伴的债权不会感到很踏实。

65. 因此，除了采用一般性措施加强政府支持方案的效率外（见第60段），最好考虑通过具体的规定限制政府因贷款担保所承

担的风险。有关提供贷款担保的规则可规定一个上限，可用固定金额表示，如果需要更多灵活性，也可按某一项目总投资的特定百分比表示。限制担保机构或有债务范围的另一措施是，可以对提供此种担保的情况加以界定，同时考虑到政府愿意分担哪些类别的项目风险。例如，如果政府考虑只分担因当事各方无法控制的事件造成临时中断的风险，则可将此种担保局限于出现专门指定的超出私人伙伴控制范围的不可预测事件而使私人伙伴暂时无法偿还贷款的情形。如果政府想对放款人提供更大程度的保护，这种担保还可包括私人伙伴因同样原因永远无法偿还贷款的情况。但在这种情况下，最好不要取消鼓励放款人为项目继续下去而另做安排的激励措施，如确定另一个合适的私人伙伴或以任命一个代理人对私人伙伴的违约进行补救的方式介入（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第162-165段）。因此，可能必须事先用尽项目协议、贷款协议或放款人可能同订约当局签订的直接协议为放款人提供的其他补救办法，才能要求兑现政府担保。无论如何，政府提供充分贷款担保以全面保护放款人免受私人伙伴违约的风险，并不是按项目融资方式实施的基础设施项目的常见特征。

*(b) 参股*

66. 政府提供额外支持的另一种形式可包括对私人伙伴的直接或间接参股。政府参股有助于实现更为有利的资产负债比，是对项目资助人提供的股本的补充，特别在其他股权资本来源如投资基金无法为私人伙伴所利用时。政府的股本投资还有助于满足东道国对本地组建的公司在构成上的法律要求。某些法域的公司法，或有关基础设施项目的特别立法规定，在本地组建的公司中要有一定数目的本地投资者参与。但并不总是能够以可接受的条件实现所要求的本地投资者参与程度。本地投资者可能没有兴趣或资金投资于大型基础设施项目；也可能不喜欢处理具体的项目风险或缺乏这方面的经验。

67. 政府的参与可能包含某些风险，这一点政府似宜考虑到。尤其是，有一种风险是此种参与可能被理解为政府默示担保，这样当事各方甚至第三方可能会指望政府为该项目提供充分支持，甚至一旦私人伙伴破产，政府最终会自己出钱将其接管。如果这种默示担保并非其意图，应作出相关规定，澄清政府参与项目的限度。

*(c)* 补贴

68. 当项目的实际收入低于某一最低水平时，某些国家使用费率补贴来补充私人伙伴的收入。由于需求较低或运营成本较高，或由于私人伙伴被要求按较低费用向某一部分人提供服务，在私人伙伴被要求运营的某些领域提供服务可能不是一项有利可图的事情。因此，某些国家的法律授权政府向该私人伙伴提供补贴，使其能够以较低的价格提供此项服务。

69. 补贴通常采用向私人伙伴直接付款的形式，或者一次总付，或者按为补充私人伙伴的收入而专门算出来的数额付款。在后一种情况下，政府应确保建立适当机制，核查对私人伙伴的补贴付款额的准确性，例如在项目协议中就审计和财务公开作出规定。直接补贴的替代办法是允许私人伙伴以赢利较多活动获得的收入交叉补贴赢利较少的活动。为此，可以在同一份公私伙伴关系合同中将赢利和不太赢利的活动或业务领域结合起来，或允许私人伙伴对单独的或更有利可图的辅助活动进行商业利用（见下文第84-86段）。

70. 然而，立法机关必须考虑到向私人伙伴提供补贴的实际影响及可能的法律障碍。例如补贴被认为损害自由竞争，并且许多国家的竞争法禁止提供立法未明确授权的补贴或其他形式的直接财政援助。补贴也可能不符合东道国在区域经济一体化或贸易自由化国际协定下承担的国际义务。

*(d)* 主权担保

71. 与公私伙伴关系项目有关，“主权担保”一词有时用以指由东道国政府提供的两类担保中的任何一类。第一类包括由东道国政府开具的针对订约当局违反在公私伙伴关系合同下所承担义务的担保。第二类包括以下担保，即政府不阻止私人伙伴行使公私伙伴关系合同赋予它的或由该国法律派生的某些权利，例如在项目结束时汇回利润的权利。不论这些担保采取何种形式，政府和立法机关必须考虑到政府是否能够高效地评估和应对自身面临的项目风险，并确定政府能够承担的直接或有负债的可接受程度。

*(i)* 订约当局履约担保

72. 当订约当局是一个不涉及政府本身责任的单独或自主的法律实体时，可能会使用履约担保。可用东道国政府或公共金融机构的名义开具此项担保。此类担保也可采取国际金融机构开具并得到政府反担保支持的担保的形式（见下文第88-92段）。政府提供的担保会是保护私人伙伴不受订约当局或其他在公私伙伴关系合同下承担具体义务的公共当局违约影响的有用文书。使用这种担保最常见情况包括以下几种：

*(a)* 承购担保。在这些安排下，政府保证私人伙伴向公共实体供应的货物和服务得到付款。使用付款担保往往与电力部门“承购”协议规定的付款义务有关（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第58和第59段）。当私人伙伴的主要或唯一的客户是政府垄断单位时，这种担保可能格外重要。如果这种担保书由国际金融机构开具，私人伙伴和放款人就更放心了；

*(b)* 供应担保。还可提供供应担保，以保护私人伙伴不致由于提供该设施运营所需要的货物和供应——如燃料、电或水——的公共部门实体违约而受到影响，或保证订约实体根据供应协议应付的赔款得到支付；

*(c)* 一般担保。这些担保旨在保护私人伙伴不受订约当局任何形式违约——而不是违背特定的义务——的影响。尽管

一般履约担保可能并不常见，但在某些情况下，私人伙伴和放款人会将其视为实施项目的必要条件。例如，当订约当局承担了与其清偿能力不相称的义务时就会出现这种情况，如市政当局或其他自主实体授予大型公私伙伴关系合同。政府担保对于确保履行特定义务可能是有益的，例如，当东道国政府承诺代替订约实体实施某项行为时(如为处理副产品提供适当的地点)。

73. 总的说来，重要的是不要过高估计主权担保，以为单凭这种担保足以保护私人伙伴不受订约当局违约的影响。除了其目的是确保履行特定义务外，政府担保通常具有补偿功能。因此，在订约当局违约情况下，主权担保不能取代适当的合同补救办法(见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第156和第157段)。可使用不同类别的合同补救办法或其组合处理各种违约事件，例如违约时使用预定的违约赔偿金的办法，订约当局的行为造成项目执行的额外拖延时使用提高价格或延长合同的办法。此外，为了限制政府的风险并减少要求兑现担保的风险，最好考虑采取措施，鼓励订约当局履行其在公私伙伴关系合同下承担的义务或努力控制违约的根源。这类措施可包括担保人对订约当局的明示代位求偿权或使用内部控制机制以确保在出现如肆意或任意违背其在公私伙伴关系合同下的义务并导致要求兑现主权担保时能够追究订约当局或其代理人的责任。

*(ii) 防止政府不利行为的担保*

74. 这里所说的担保与保护私人伙伴不受订约当局违约影响的履约担保不同，这种担保是针对东道国其他当局损害私人伙伴的权利或以其他方式严重影响公私伙伴关系合同的实施的行为的担保。这种担保通常称作“政治风险担保”。

75. 国内法中考虑的一种担保形式包括外汇担保，这种担保通常有三个功能：担保本地收入可兑换为外币；保证能够提供所需的外币以及保证能够将兑换的款项转移国外。外汇担保在涉及大量以

外币而非当地货币表示的债务的公私伙伴关系项目中很常见，尤其是在不能自由兑换外币的国家。某些法律还规定，此种担保可以由银行为私人伙伴开具的担保书作为保证。外汇担保的目的通常不是保护私人伙伴和放款人不受汇率波动或市场引发的贬值等风险的影响，这些被看作普通商业风险。但是，在实践中，当私人伙伴因当地货币急剧贬值而无力偿还外币债务时，政府有时会同意援助私人伙伴。

76. 另一种重要的担保形式可能是向公司及其股东保证，没有足够的补偿不会对他们进行征收。这种担保一般针对没收私人伙伴在东道国拥有的财产以及将私人伙伴本身收归国有，即没收私人伙伴的股本。在涉及外国直接投资的法律和双边投资保护条约中通常对这类担保作出规定（见第七章，“其他有关的法律领域”，第4-6段）。

*(e) 税收和关税优惠*

77. 东道国政府支持公私伙伴关系项目实施的另一种方法可以是提供某种形式的税收和关税减免或优惠。关于外国直接投资的国内立法往往提供特别税制以鼓励外国投资，在某些国家已可看到明确对参与公私伙伴关系项目的外国公司实行这种税制的好处（另见第七章，“其他有关的法律领域”，第35-40段）。

78. 典型的税收免除或优惠包括免除所得税或利得税，或设施的财产税，或免除贷款应收利息的所得税及私人伙伴承担的其他财政义务。一些法律规定，所有与公私伙伴关系项目相关的交易将免除印花税或类似费用。在某些情况下，法律规定了某些优惠的纳税待遇，或规定私人伙伴将从一般给予外国投资的同样优惠纳税待遇中受益。有时税收惠益采取一种更为优惠的所得税率形式，加上在项目开始几年中逐年减少免税额。有时还向私人伙伴雇用的承包商尤其是外国承包商提供此种减免及优惠。

79. 有时用来促进公私伙伴关系项目的进一步税收措施是对于为项目提供贷款的外国放款人免于预扣税款。在许多法律制度下，与一笔贷款或负债有关、由当地组建的公司直接或间接负担的或可从当地赚取的收入中扣除的任何利息、佣金或费用，为纳税目的均被视为本地收入。因此，基础设施项目的本地和外国放款人都有在东道国缴纳所得税的义务，可要求私人伙伴从支付给非东道国居民的外国放款人的款项中扣除这项所得税。放款人应在东道国缴纳的所得税一般在私人伙伴与放款人间的谈判中加以考虑，并会增加项目的财务费用。在有些国家，如果对某些非居民的付款被认为目的是促进或加强东道国的经济或技术发展，或因别的原因被认为与某项涉及公众的目的有关，主管机关有权准予对此类付款免于预扣税款。

80. 除了税收优惠或免税外，国内法有时通过免除关税的办法为进口私人伙伴使用的设备提供便利。这种减免一般适用于该国进口的旨在进行初步研究、设计、建造和运营基础设施项目的设备、机械、附件、原材料和材料的进口税。如果私人伙伴希望在国内市场转让或出售这些进口设备，通常需获得订约当局的许可，并需根据该国的法律支付相关的进口税、营业税或其他税款。有时，法律授权政府免征关税或保证不提高税率从而有损于项目。

*(f) 保护免受竞争*

81. 政府支持的另一种形式可包括保证在某一时间内不开发竞争性基础设施项目或者没有任何政府机构直接或通过其他私人伙伴同该私人伙伴进行竞争。这类保证相当于提供这样一种担保：向私人伙伴提供的这种独家经营权（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第19和第20段）不会在该项目期限内取消。在私人伙伴和放款人看来，保护免受竞争是参与东道国基础设施开发的关键条件。某些国内法载有政府承诺不向实施会对该私人伙伴形成竞争的类似项目提供便利或支持的规定。在某些情况下，法律载有政府的如下承诺，即未经私人伙伴同意，政府将不改变这种独家经营权的条款，从而有损于私人伙伴。

82. 这类规定旨在使项目资助人和放款人坚信授予项目时所依据的基本假定将受到尊重。但这些规定可能不符合东道国在区域经济一体化和贸易自由化协定下承担的国际义务，此外，还可能限制政府根据公众利益的需要应对有关服务需求增加的情况，从而确保向各类用户提供此项服务的能力。因此，必须认真考虑到有关各方的利益。例如，规定的收费标准虽有利于收费道路的经营获利，但有可能超过低收入阶层的支付能力。因此，订约当局可能有意保持一条向公众开放的免费公路，以此作为新建收费道路的替代。与此同时，如果订约当局决定更新或改进这条替代道路，运输量就会从私人伙伴建造的收费道路分流出去，影响其收入流。同样，政府似宜对提供长途电话业务引入自由竞争，以扩大服务面并降低电信服务的成本（关于与竞争有关的问题的概述，见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第28-32段）。然而，此项措施的后果可能是大大损害私人伙伴的预期收入。

83. 一般来说，似宜授权政府酌情保证，如无适当的补偿，私人伙伴的独家经营权不会因政府政策以后的改变而受到不当的影响。但运用法律规定排除日后政府改变有关部门的政策——包括决定鼓励竞争或建造平行的基础设施——的可能性并不可取。当事各方应在关于情形变化的合同条款中处理将来此种变化可能给私人伙伴带来的后果（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第130-144段）。特别可取的做法是，赋予订约当局必要的权力，以便其与私人伙伴谈判因订约当局后来发起的竞争性基础设施或政府可能影响私人伙伴独家经营权的任何同等措施所造成的损失或损害而应付的补偿。

*(g) 辅助收入来源*

84. 为实施公私伙伴关系项目提供支持的另一种形式是，允许私人伙伴通过提供辅助服务或开发其他活动而实现投资多样化。在某些情况下，替代收入来源也可用作对私人伙伴的补贴，目的是对主要服务实行低价或控制价格的政策。辅助活动

如果可产生足够利润，就可能增强项目在财务上的可行性：例如，对现有桥梁收费的权利可以作为对实施新的收费桥梁项目的激励手段。但是，辅助收入来源的相对重要性不应过分强调。

85. 为了允许私人伙伴从事辅助活动，政府可能需要获得立法授权，以授予私人伙伴为这类活动使用属于订约当局的财产的权利（如与公路相邻用于建造服务区的土地），或对订约当局建造的设施收取使用费的权利。如认为有必要控制此类辅助活动的开发和可能的扩展，可能需经订约当局批准，私人伙伴才能够大幅度扩展用于辅助活动的设施。

86. 根据某些法律制度的规定，由政府提供的某些类型的辅助收入来源可被看成独立于主要特许权的一种特许权，因此，似宜审查对私人伙伴订立辅助设施运营合同的自由可能作出的限制（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第109和第110段）。

## F. 国际金融机构提供的担保

87. 除了由东道国政府直接提供的担保外，世界银行、多边投资担保机构和区域开发银行等国际金融机构也可出具担保。此种担保通常保护私人伙伴免遭某些政治风险，但在某些情况下，还对违反项目协议的情形提供保障，例如私人伙伴由于订约当局违反义务而拖欠贷款的情况。

### *1. 多边贷款机构提供的担保*

88. 除了向政府和公共当局贷款外，世界银行和区域开发银行等多边贷款机构也制定了向私营部门提供贷款的方案。有时它们还向公共和私营部门项目的商业放款人提供担保。在多数情况下，由这些机构提供的担保需有东道国政府的反担保作保证。

89. 多边贷款机构提供的担保旨在减轻私人放款人不愿承担并且没有能力评估的主权合同义务或长期贷款违约的风险。例如，世界银行提供的担保一般涉及特定风险（部分风险担保）或融资期间特定时段的所有信贷风险（部分信贷担保），如下文所综述。多数区域开发银行都按类似世界银行的条件提供担保。

*(a)* 部分风险担保

90. 部分风险担保的范围是由不履行主权合同义务或某些不可抗拒的政治事件引起的特定风险。此类担保确保在出现因不履行政府及其机构承诺的合同义务导致不履行偿债义务时进行支付。此类担保的担保范围可包括各种类型的不履约，如未遵守商定的监管框架，包括价格公式；未交付投入，如向私营电力公司供应的燃料；未对产出付款，如政府公用事业单位从电力公司购买的电或当地公营供水公司大量购入的水；未对由政府行为或政治事件造成项目延迟或中断提供补偿；程序上的拖延；以及外汇管制法律或条例的不利变化。

91. 当多边贷款机构参与一个项目的融资时，它们有时以如下方式提供支持，即在违约系由政治风险等事件所致的情况下，放弃它们本来可向私人伙伴提出追索的权利。例如，如果未完工是政治风险所致，接受私人伙伴提供的完工担保的多边贷款机构可能认可自己不得强制执行此项担保。

*(b)* 部分信贷担保

92. 部分信贷担保提供给持有政府反担保书的私营部门借款人。这种担保旨在为私人放款人所提供贷款的正常期限过后应付的那部分融资作保。此类担保一般用于有私营部门参与并需要长期资金才能在财政上维持下去的项目。部分信贷担保一般延长贷款的到期日，担保范围包括偿债安排中某一指定部分未得到偿还的各种情形。

### *2. 多边投资担保机构提供的担保*

93. 多边投资担保机构向源自任何成员国并用于投资来源国以外的任何发展中成员国的新投资提供长期政治风险保险。与现有项目扩建、现代化更新或融资结构调整有关的新投资有资格获得这种担保，涉及国有企业私有化的收购也有资格。有资格的外国投资形式包括股本、股东贷款和由股东开具的贷款担保，条件是这种贷款及贷款担保至少为期三年。也可为非关联借款人提供的贷款提供保险保障，只要同时也为该项目的股东投资提供保险保障。其他有资格的投资形式有技术援助、管理合同以及特许和许可协议，条件是它们至少为期三年，并且给投资者的报酬与该项目的运营结果挂钩。多边投资担保机构承保下列风险：外币转账限制，征用，违约，战争及内乱，不履行财政义务。

*(a)* 转账限制

94. 多边投资担保机构提供外币转账担保的目的类似于可能由东道国政府提供的主权外汇担保（见第75段）。这种担保保护投资者免受因无法将本地货币（资本、利息、本金、利润、使用费及其他汇款）兑换为外币后转出东道国而造成的损失。这种保险目的是防止因东道国政府的作为或不作为，外汇管制法律或条例的不利变化及限制本地货币兑换和转账的条件恶化致使买进外币时过分拖延。外币贬值不在保险范围之内。从投资者那里收到转移受限制的本地货币后，多边投资担保机构即以其担保合同的货币支付补偿。

*(b)* 征用

95. 此项担保目的是防止因东道国政府可能减少或取消对已投保投资的所有权、控制或权利而造成该项投资的损失。除直接收归国有和没收外，“逐步”征用——经过一段时间后具有征用后果的一系列行为——也在保险范围内。对于部分征用（如没收资金或有形资产）则提供有限的保险。东道国政府在行使其正当的管理权时采取的善意、非歧视性措施不在保险范围内。对于股本投

资被全部征用，多边投资担保机构对已投保投资支付其账面净值。对于资金被征用，多边投资担保机构支付被冻结投资中已投保的部分。对于贷款和贷款担保，该机构则对未结清的本金和任何应计未付的利息提供保险保障。投资者对被征用投资的权益（如股份或贷款协议中的利息）一经转让给多边投资担保机构，立即付给赔偿金。

*(c) 违约*

96. 此项担保旨在防止东道国政府违背或拒绝履行与投资者订立的合同所造成的损失。一旦出现所指称的违约或拒绝情形，投资者必须能够援用基础合同规定的争端解决机制（如仲裁）并要求判给损害赔偿金。在规定的期限之后，如投资者未收到款项，或由于东道国政府的行动致使争端解决机制未能发挥作用，则由多边投资担保机构支付赔偿金。

*(d) 战争和内乱*

97. 此项担保旨在防止因东道国的政治动机战争行为或内乱，包括革命、叛乱、政变、破坏和恐怖活动，使有形资产被损坏、毁坏或消失而造成的损失。对于股本投资，多边投资担保机构将支付投资者在资产的账面价值、其重置成本或被损坏资产的修复费用三者之最小数额中所占的份额。对于贷款和贷款担保，多边投资担保机构将支付直接因战争和内乱破坏项目资产而导致拖欠的本金和利息中的已投保部分。战争和内乱的保险范围还包括导致项目运营中断长达一年的事件，而项目运营对总体财政维持能力至关重要。当投资被视为完全损失时，才可认为此类经营中断确已存在；此时，多边投资担保机构将支付全部已投保股本投资的账面价值。

*(e) 不履行财政义务*

98. 此项担保旨在防止主权和次主权实体以及国有企业在无条件付款义务或与合格投资有关的担保到期时未能付款所造成的损失。主要受益人是向参与发展投资的公共部门实体提供贷款的商

业放款人。只有在付款义务是无条件的且不受任何抗辩约束时，投资者才可提供这种保险——这意味着主权、次主权或国有企业没有任何理由对这种债务到期应付的事实提出合法抗辩。多边投资担保机构关于不履行财政义务的担保的另一个优点是这种担保不要求投资者必须获得仲裁裁决才能向多边投资担保机构提出索赔要求。

## G. 出口信贷机构和投资促进机构提供的担保

99. 可从出口信贷机构和投资促进机构获得针对某些政治、商业和金融风险的保险以及直接贷款。一些国家通常建立出口信贷机构和投资促进机构，以协助该国的货物或服务出口。出口信贷机构代表为项目供应货物和服务的国家的政府行事。多数出口信贷机构都是国际信用和投资保险人联盟（伯尔尼联盟）的成员，其主要目标包括促进国际合作并促进有利的投资环境；制定并维护健全的出口信贷保险原则；以及制定并维持国际贸易信贷条件的纪律。

100. 尽管提供的支持因国家而异，但出口信贷机构一般提供两类保险：

*(a)* 出口信贷保险。就公私伙伴关系项目融资而言，出口信贷保险的基本目的是，一旦出口货物和服务的外国买方获准推迟付款，向卖方提供支付担保。出口信贷保险采取“供方信贷”或“买方信贷”保险安排的形式。在供方信贷安排下，出口商和进口商就由买方签发的可转让票据（如汇票或本票）证明的延期付款要求的商业条件达成一致。在须证明信用可靠的前提下，出口商可获得本国出口信贷机构提供的保险。按照买方信贷的方式，买方的支付义务由出口方银行供资，而出口方银行则从出口信贷机构获得保险。出口信贷一般分为短期（偿还期一般在两年以下），中期（一般两到五年）和长期（五年以上）。由出口信贷机构提供的官方支持可采取“纯保险”的方式，这意味着在没有融资支持的情况下向出口商或贷款机构提供保险或担保。官方支持也可以采取“融资支持”的形

式，其范围包括向国外买方提供直接信贷、再融资及各种形式的利率支持；

*(b)* 投资保险。出口信贷机构可以直接向借款人或出口商提供某些政治和商业风险的保险。典型的政治和商业风险包括战争、叛乱或革命；征用、收归国有或收购资产；货币不可兑换；缺少外币供应。由出口信贷机构提供的投资保险一般保护在海外设立的私人伙伴的投资者抵御此类承保风险，但并不保护私人伙伴本身。投资保险的保险范围通常扩及各种政治风险。准备承保此类风险的出口信贷机构一般要求提供有关东道国法律制度的充分资料。

101. 经济合作与发展组织（经合组织）多数成员国的出口信贷机构对供应商和买方信贷交易提供支持的条件必须符合《经合组织关于官方支持出口信贷指导原则的安排》（又称“经合组织共识”）。此项安排的主要目的是提供适当的体制框架，防止官方支持出口信贷导致的不公平竞争。为了避免使用会扰乱市场的补贴，该《安排》规范了政府给予支持的保险、担保或直接贷款的条款的具体条件。

# 三． 授予合同

## A． 概述

1. 本章讨论建议采用哪些方法和程序授予公私伙伴关系合同。根据工发组织[1]和世界银行[2]等国际组织的建议，《指南》明显并强烈倾向于采用竞争性授标程序，这类程序被广泛认为最适合于促进经济性、效率和透明度以及用来指导公私伙伴关系法律规章的其他一般原则（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第3-20段）。这类程序也与《联合国反腐败公约》第九条第一款相符，其中要求各缔约国采取必要步骤，“建立对预防腐败特别有效的以透明度、竞争和按客观标准决定为基础的适当的采购制度。”不过，《指南》承认，在特殊情况下，可以考虑到项目的特定方面，不通过竞争性程序授予合同，但须采取本章所建议的保障措施（见第99-131段）。

2. 本章所建议的授标程序具备《联合国国际贸易法委员会公共采购示范法》第39条规定的通过对话征求建议书的某些特征。[3] 除了通过对话征求建议书外，《贸易法委员会公共采购示范法》还规定了其他采购方法，如两阶段招标（第48条）或竞争性谈判（第51条），这些方法也可用于授予公私伙伴关系合同，视项目特点和订约当局在规划阶段所做的评估而定（见第二章，“项目规划和准备”，第49-52段）。适当情况下，本章请读者参阅这些条款以及《贸易法委员会公共采购示范法》中可以有益地补充本章所述的授标程序的其他条款。在选择最合适的合同授予办法并就这种办法的

[1]《通过建设－运营－移交(*BOT*)项目发展基础设施准则》，联合国工业发展组织，第91页及其后各页（工发组织出版物，出售品编号：UNIDO.95.6.E）。

[2]《公私伙伴关系参考指南——第3版》，世界银行及其合作伙伴，第160页及其后各项（国际复兴开发银行/世界银行，2017年）。

[3]《贸易法委员会公共采购示范法》（2011年）。

结构和实际运行方式作出决定时，订约当局还应当铭记公私伙伴关系法律规章的一般性原则和适当的公私伙伴关系合同授予程序应当实现的目标（见下文，第5-16段）。

### *1. 《指南》涵盖的授标程序*

3. 通过公私伙伴关系项目，订约当局能够将本来要分开采购的若干活动（即设计、建造、运营和维护，还有融资以及基础设施或服务的整个寿命周期的总体管理）捆绑在一起。总体目标是在公共部门和私营部门之间重新分配风险，这种风险分配要能够激励进一步加强公共基础设施或服务的提供。不过，即使在打算完全由私营部门供资并通过用户缴费和其他收费得到偿还的项目中，政府仍然对基础设施和服务的质量和成本负有最终责任。因此，除公私伙伴关系特有的、因而通常非由公共采购程序规范的某些事项外，私人伙伴筛选工作的主要部分应与公共采购的相关原则和最佳做法相一致或相并存。

4. 本章主要论述适用于这样一些基础设施项目的授标程序：选定的私人伙伴负有义务对有关基础设施进行融资、设计并实施实际建造、修理或扩建工程，以期随后由该私人伙伴实行私人运营并向公众提供服务。本章讨论的授标程序也可用于授予这样一些公私伙伴关系合同：拟建造或翻修的设施将由订约当局或其他公共机构用于满足自身需要或用来提供公共服务，但由私人伙伴运营和维护。本章不具体涉及通过发放执照或类似程序来筛选公共服务提供者或只是通过增加资本或发行股份来处置国有财产或国有公司的其他方法。

### *2. 授标程序的一般目标*

5. 为了授予公私伙伴关系合同，订约当局可以适用本国法律中已经规定的方法或程序，也可专门为此目的制定一些程序。国家的法律可以具体规定和规范筛选公私伙伴关系私人伙伴的最适当方法，以确保过程的透明度。在所有情况下，重要的是确保此类程序总体上有利于达成关于授予公共合同的规则的根本目标。下文简要讨论这些目标。

*(a)* 经济性和效率

6. 就公私伙伴关系而言，“经济性”系指选定能够以最有利的价格并按所要求的质量建造工程和提供服务或者提出最佳的商业建议书的私人伙伴。经验表明，实现经济性的最佳途径之一是促进投标人之间的竞争。竞争激励投标人报出最有利的条件，并鼓励它们为此而采用高效或创新的技术或生产方法。

7. 不过，应当指出，竞争不一定要求有很多投标人参加特定授标程序。对大型项目而言，订约当局甚至有理由希望将投标人数目限制在可以管理的数目之内（见第19和34-35段）。只要有适当的程序，即使参与竞争的投标人数目有限，订约当局也是可以利用有效竞争的。

8. 外国公司参与授标程序往往也能够促进经济性。外国公司参与不仅能够扩大竞争基础，还有利于订约当局及其国家获得本国所不具备的技术。若国内没有订约当局需要的那类专门知识，则可能需要外国公司参与授标程序。希望获益于外国公司参与的国家应当确保其相关法律和程序有利于外国公司参与。

9. “效率”系指以最低限度的行政负担、对订约当局和参与的投标人而言均为合理的费用，在合理的时限内选定私人伙伴。除了授标程序效率低下（例如，筛选工作受到耽搁，或者行政费用高昂）可能给订约当局造成直接损失外，程序费用过高或过于繁杂也会导致项目总成本增加，甚至导致合格的公司根本不愿参与合同授予程序，这种情况可能危及吸引最佳的具有经济性的潜在运营商参与项目竞争这一最终目标。

*(b)* 促进授标程序的公正性和增进对授标程序的信任

10. 关于挑选私人伙伴的规则的另一个重要目标是促进这种程序的公正性和增进对这种程序的信任。因此，适当的筛选制度通常包含下列方面的规定：确保公平对待投标人，减少或阻止主持合同授予程序的人员或参与该程序的公司有意或无意滥用该程序的现象，以及确保妥善地作出挑选决定。

11. 促进合同授予程序的公正性有助于增进公众对该程序和整个公共部门的信任。除非投标人相信自己会受到公平待遇，其建议书或报盘有被接受的合理机会，否则它们往往不愿花费时间、有时花费大量资金去参加授标程序。有些投标人尽管没有信心，还是参加了授标程序，它们很可能会提高项目成本，以应对较高的风险和参与费用。确保授标程序的妥善运行能够削弱或消除此种倾向，并促使提出对订约当局更为有利的条件。

12. 为防止包括订约当局的雇员在内的政府官员的腐败行为，东道国应当建立起有效的惩治制度。惩治措施可包括对进行授标程序的官员和参与授标程序的投标人的非法行为给予刑事处罚，如中止或暂停参与授标程序的资格。还应当避免利益冲突，例如要求订约当局的官员或评审委员会的每个成员或单个评审人员在程序一开始就填写没有利益冲突的声明。应禁止官员及其配偶、亲属和关联人在参与授标程序的公司拥有债权或股权权益或同意担任此类公司的董事或雇员。此外，根据《贸易法委员会公共采购示范法》的规定（第21条），关于授标程序的法律应当责成订约当局拒绝下述当事方提交的报盘或建议书：该当事方直接或间接给予或同意给予订约当局或其他公共当局的任何现任或前任官员或雇员任何形式的酬礼，或提议给予任职机会或任何其他服务或价值物，作为利诱，促使订约当局在授标程序中作出某一行为或决定，或采取某一程序。这一义务适用于授标程序的任何时间，不限于投标期间。这些规定还可用其他措施来补充，例如，要求应邀参加授标程序的所有公司保证既不设法以不正当方式影响参与授标程序的政府官员作出决定，也不以其他方式通过串通或其他非法做法使竞争发生扭曲（即所谓的“诚信协议”）。另外，有些国家采用的采购做法要求投标人保证其未曾准许或将不准许采购实体的任何官员从合同或合同授予过程中获得任何直接或间接的好处。违反此种规定一般构成违反合同的关键条款。

13. 旨在对投资人在授标程序中提供的专利资料保密的适当规定可以进一步增强投资人的信任。这类规定应当包括，充分保证订约当局对待资格预审申请书或预选申请书或最终收到的建议书的

方式，将避免将其内容披露给其他竞标人或任何未经授权的人；任何讨论或谈判均保守秘密；投标人可能列入其建议书的商业信息或其他信息均不透露给其竞争对手。

*(c) 法律和程序的透明度*

14. 关于授标给私人伙伴的法律和程序的透明度，包括具有先例价值的司法判决和行政裁决的透明度，有助于实现上文提到的一些政策目标。法律具有透明度是指在这种法律环境中，订约当局和投标人应当遵守的规则和程序予以充分披露，不过分复杂，而且以系统和可以理解的方式表述。程序具有透明度是指该程序使投标人能够查明订约当局采用了什么程序及其作出决定的依据。公共当局公布即将出现的采购机会是实现透明度的另一种手段，因为这样做有助于潜在投标人知道拟采购标的和采购方式。

15. 促进透明度和问责制的最重要办法之一是规定订约当局保存授标程序的记录（见第134-141段）。记录中摘要记载关于这些程序的重要信息，以利于受害的投标人行使要求复查的权利。这样做反过来也有助于确保关于授标程序的规则自身具有一定程度的监督和强制执行功能。此外，法律列入适当的记录要求还将便利行使审计或检查职能的公共当局开展工作，并促进订约当局在授予基础设施项目方面接受广大公众的问责。事实上，国内法越来越多地要求披露授予的合同，以实现透明度和问责制（见下文第109段）。订约当局或管理当局的披露义务可能不限于公私伙伴关系合同的关键条款，也可能扩展至合同履行的一些基本要素，如政府机构向私人伙伴支付的款额，或者根据合同或监管基准对私人伙伴的绩效进行评估的情况（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第52、103和104段）。

16. 经济性、效率、公正性和透明度这些目标一个重要的必然结果是可以利用行政和司法程序对参与授标程序的当局作出的决定进行复审（见上文第142和143段）。

### *3. 公私伙伴关系授标程序的特点*

17. 现代采购制度为公共当局提供了多种采购方法和更大的灵活性以选择满足其需求的最佳程序。由于竞争性授标程序采用正式程序并具有客观性和可预测性的特点，总体上为促进竞争、透明度和效率提供了最佳条件。因此，工发组织建议在公私伙伴关系中使用竞争性授标程序，并拟订了关于如何安排这些程序的详尽而切实可行的指导意见。[4] 世界银行的采购政策也提倡在正确地制定了相关国内立法的情况下，在国家一级使用竞争性授标程序。依照世界银行接受的投标程序选定的私人伙伴，一般可以自由采用自己的程序授予执行项目所需的合同。

18. 不过，应当注意的是，迄今尚未为公私伙伴关系的竞争性授标程序专门拟订国际示范法。一些新起草的关于公共采购服务的授标程序的国内法可能适合公私伙伴关系，有时可能载有适用于公私伙伴关系的具体条文。在小型项目中，或者在订约当局的要求直截了当，因而不需要与潜在投标人进行任何形式的协商或对话即可拟订规格和评价标准的情况下，也许可以使用公开招标中通常可以使用的程序。然而，在多数情况下，政府应当考虑审查现有程序是否适合于挑选公私伙伴关系项目中的私人伙伴，因为公私伙伴关系带来特殊问题，下文简要讨论这些问题。

*(a)* 邀请的投标人的范围

19. 公私伙伴关系的授予一般涉及复杂、耗时和费钱的程序，而且大多数基础设施项目规模庞大，仅此一点就降低了大量具有合适资格的投标人提交建议书的可能性。事实上，如果参与竞争的投标人过多，并且有能力的投标人有可能与不切实际的建议书或不合格的投标人提交的建议书相竞争，那么它们可能不愿意参加高价值项目的竞标。因此，不经过预选阶段的公开招标通常不适合多数公私伙伴关系合同的授予。

[4] 见《工发组织*BOT*准则》。

*(b) 项目要求的界定*

20. 在传统的建造工程公共采购中，采购当局通常以工程主人即雇主的身份出现，而被选定的承包商则履行施工者的职能。采购程序强调应由承包商提供的投入，即由订约当局明确规定建设什么、如何建设和用什么手段建设。因此，常见的做法是建造工程的招标邀请书附有所采购类别工程和服务的大量和极详细的技术规格。在这种情况下，将由订约当局负责确保规格适合于拟建的那类基础设施，且该基础设施能够高效运作。

21. 不过，对于许多公私伙伴关系来说，订约当局可以设想以不同方式在公共部门和私营部门之间分配责任。在这种情况下，在确定特定的需求之后，订约当局也许倾向由私营部门负责提出满足这种需求的最佳解决方案，但须遵守订约当局可能确定的某些要求（例如，性能和安全方面的管理要求，提供充分的证据证明提议的技术解决方案先前已经试用过，而且符合国际上可接受的安全标准和其他标准）。这样，订约当局使用的授标程序可以更多地注重项目的预期产出（即提供的货物或服务），而非拟实施工程的技术细节或用来提供服务的手段（见第70-72段）。

*(c) 评审标准*

22. 对于由公共当局出资、拥有和运营的项目，货物、建造工程或服务一般使用核可的预算拨款下可用的资金来采购。由于资金来源通常有保证，采购实体的主要目标是力求从花费的资金中获取最大价值。因此，在这类采购中，从具有响应性和技术上可接受的建议书（即在质量和技术方面通过门槛的建议书）中间选出中标者的决定因素，常常是为建造工程报出的全盘价格，全盘价格的计算依据是工程成本和承包商负担的其他费用加上一定幅度的利润。

23. 许多公私伙伴关系则被指望在财务上具有自我可持续性，通过项目自身的收入收回开发和运营成本，虽然有些项目（“非特许权公私伙伴关系”）可能涉及由订约当局给予特定的付款（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第15-16段）。因此，除了建造

和运营成本以及用户或公共当局支付的价格之外，还需要考虑与潜在私人伙伴处理公共部门不愿意承担的某些项目风险的能力有关的一些其他因素（主要——但并非仅仅——与技术或特定部门有关）。例如，订约当局需要认真考虑在公共当局进行的初步评估框架内由投标人提出的项目在财务上和商业上的可行性，投标人提议的财务安排的合理性，所使用技术解决方案的可靠性，以及这些方案是否适合当地情况。即使不涉及政府担保或付款，这方面也存在利害关系，因为项目烂尾或者项目费用大额超支或者维护费用高于预期，往往对所需要服务的总体可获得率并对东道国的舆论产生负面影响。另外，订约当局制定资格和评审标准时，将力求充分考虑到，需要确保有关公共服务的连续提供并酌情确保有关公共服务的普遍获得。此外，鉴于公私伙伴关系合同的期限通常很长，订约当局有必要确信提议的运营阶段的安排具有合理性、可以接受，并仔细权衡建议书的服务内容（见第72段）。按照大型建造项目的良好做法，还应当考虑将全寿命周期成本纳入评审标准。这一点在公私伙伴关系项目中更有意义，因为在这些项目中，投标人可自由提交不同的技术建议书实现产出，其中一些建议书的运营费用可能远远高于另一些建议书。

*(d)* 与投标人谈判

24. 关于货物和服务采购招标程序的法律规章往往禁止订约当局就承包商提交的建议书与其进行谈判。此种严格的禁令也载于《贸易法委员会公共采购示范法》第44条，其理由是谈判可能导致“拍卖”，亦即一个承包商提交的建议书被用来对另一个承包商施加压力，迫使后者报出更低的价格或在其他方面更有利的建议书。由于此种严格的禁令，一般要求按传统采购程序选定的提供货物或服务的承包商签署在采购程序期间提供给它们的标准合同文件。

25. 授予公私伙伴关系合同的情况则有所不同。此种项目较为复杂、期限较长，因此订约当局不可能不与合格的投标人讨论相关需要和可用来满足这些需要的各种备选办法，就能够提前确定项目的技术要求和其他要求。正因为这样，《指南》建议采用《贸易

法委员会公共采购示范法》第49条规定的通过对话征求建议书等授标程序，其中为订约当局和投标人在程序中不导致改变竞争基础的阶段进行谈判提供了透明的结构（第95-98段；关于适当的项目规划和准备以澄清筛选阶段的谈判范围的重要性，另见第二章，“项目规划和准备”，第52段，以及在合同实施阶段保持授标的基础的必要性，第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第140-144段）。

### *4. 授标程序的准备工作*

26. 在多数情况下，授予公私伙伴关系合同是一项复杂的工作，需要有关部门进行认真的规划和协调。政府通过确保提供充分的行政支持和人员支持进行它所选定的授标程序，在增强对授标程序的信任方面起着重要作用。此外，国家或地方一级一个公私伙伴关系机构或公私伙伴关系部门参与，被普遍视为一种良好做法，有利于理顺授标程序的准备工作。

*(a)* 关于即将开发的公私伙伴关系项目的早期信息

27. 有些国家如《指南》所鼓励的那样，将公私伙伴关系项目纳入其中长期基础设施规划中（见第二章，“项目规划和准备”，第17段），这些国家似宜如《贸易法委员会公共采购示范法》第6条所设想，公布关于今后数月或数年的公私伙伴关系项目计划采用或可能采用的筛选程序的信息。此种早期公布将使更多的供应商和承包商获悉合同机会、评估其参与的意向并事先就其参与制订相应的计划。公布此类信息还可能对更广泛的治理工作产生积极影响，特别是有助于开放采购过程供一般公众审查以及民间社会和当地社区参与。在实务中，此种预告可能例如有利于在启动任何筛选程序之前调查市场是否会对订约当局的需要作出响应。在市场迅速变化的情况下（例如在信息和电信部门），此类市场调查可能证明非常有益，有助于公共部门评估是否有最新的或设想中的创新解决办法。从对预告的答复中可以看出订约当局按计划开展项目是否可行或可取。在收集数据的基础上，订约当局可以就未来授予合同的最合适筛选方法作出更加知情的决

定。此种预告不应与征求意向通知相混淆，后者的发布通常与征求建议书程序有关（见C节，第51-64段），因为订约当局并不因发布此类征求意向通知而具有向所有表示意向的各方征求建议书的义务。

*(b)* 任命授标委员会

28. 一项重要的准备措施是任命负责评审建议书并向订约当局提出授标建议的委员会。任命合格、公正的成员进入授标委员会不仅是高效地评审建议书的要求，而且能够进一步增进投标人对授标程序的信任。

29. 另一项重要的准备措施是任命将协助订约当局实施授标程序的独立顾问。订约当局在此早期阶段可能需要得到独立专家或顾问的服务，以协助制定适当的资格和评审标准，确定性能指标（以及必要时确定项目规格），并编写发给投标人的文件。也可以聘用咨询服务机构和顾问，协助订约当局评审建议书，起草和谈判项目协议。咨询人员和顾问的帮助特别大，他们可带来订约当局公共行政人员不一定总能具备的各种各样的技术专门知识，例如提供技术或工程咨询（如项目或装置的技术评估和合同的技术要求）；环境咨询（如环境评估和运营要求）；或法律和财务咨询（例如，财务预测，融资来源审查，评估债务和股本的适当比例，以及起草合同文件和财务信息文件）。

*(c)* 可行性研究和其他研究

30. 如上文所述（见第二章，“项目规划和准备”，第5-21段），政府对提议基础设施项目应当采取的初始步骤之一是对其可行性进行初步评估，包括经济和财务方面，例如项目的预期经济效益，经营基础性设施的成本估计和预期的潜在收入，以及其社会和环境影响。选择以公私伙伴关系形式开发基础设施，需要就采用公私伙伴关系形式而不用任何其他采购方法进行项目的可行性和项目的财务维持能力得出肯定的结论。有些国家发现，规定由公众以某种形式参与初步评估项目的社会和环境影响及评估用来尽量缩小这种影响的各种选择方案是有益的。

31. 在启动挑选未来私人伙伴的程序前，订约当局似宜审查并在多数情况下扩展这些初步研究。有些国家建议订约当局在邀请私营部门提交建议书之前，制定用作参照的示范项目（典型的情况包括估计的资本投资、运营和维护成本等）。此种示范项目旨在证明基础设施商业性经营的可行性以及项目在投资费用总额和公众承担的费用方面的可承受性。这类示范项目也将为订约当局提供对建议书进行比较和评审的有益手段。如果有证据表明，订约当局已认真考虑过项目的技术、经济和财务假设以及拟议由私营部门发挥的作用，则投标人的信心会得到增强。

*(d)* 编制文件

32. 授予公私伙伴关系合同的筛选程序一般要求编写大量文件，其中包括项目概要、预选文件、建议征求书、建议书编写说明和公私伙伴关系合同草案。订约当局发布的文件的质量和清晰度在确保授标程序高效和具有透明度方面发挥着重要作用。在这方面，也广泛认为公私伙伴关系机构的工作在此过程中发挥着非常积极的作用，这类机构可以收集与投标人行业惯例相一致的简洁而明确的已发布文件。

33. 以足够精确的用语编写的标准文件可能是便利投标人与预期的放款人和投资人之间谈判的一个重要因素，也可有助于确保一致地处理特定部门大多数项目面临的共同问题。不过，在使用标准合同条款时似宜考虑到，某个具体项目可能提出在编写标准文件时未预计到的问题，或者该项目可能需要采取与标准条款有所不同的解决办法。还应当审慎地考虑到，需要在特定类型项目协议应有的统一程度和寻找具体项目的解决办法时可能需要的灵活性之间实现适当的平衡。

## B. 投标人的预选

34. 鉴于多数公私伙伴关系项目的技术性以及许多此类项目的复杂性，订约当局应当仅向符合某些资格标准的投标人征求建议书。传统的政府采购的预选程序可能包括核实某些形式上的要求，例

如提供适当的证据，证明技术能力或以前在该类采购方面的经验，以便所有达到预选标准的投标人都能自动进入投标阶段。而较复杂的采购或公私伙伴关系项目的预选程序可能涉及比较和挑选方面的因素。例如，订约当局对通过预选的投标人排列名次，可能属于此种情况。

35. 在有些国家，关于授标程序的实用指南鼓励本国订约当局尽可能减少预期的建议书数量，以足可确保有意义的竞争为限（例如三份或四份）。为此，这些国家在考虑到项目性质的情况下，对技术、管理、财务、环境、道德和其他合规标准采用定量评分制度，这些标准包括暂停资格记录无瑕疵，反腐败状况标准等。据认为，定量预选标准与涉及使用计分的定性标准相比，更容易实行并具有更高的透明度。不过，在制定定量评级办法时，重要的是要避免不必要地限制订约当局评估投标人资格的酌处权。订约当局还可能需要考虑这样一个事实，即有些多边金融机构的采购指引对于使用预选程序以将投标人数目限制到预定数目可能有所限制。无论如何，如果打算使用这种评级办法，应在预选文件中明确说明。在一些小型和不太复杂的项目中，订约当局可能难以通过定量评分办法来筛选潜在投标人，因为有大量具备基本平等资格的供应商或承包商可能有资格投标。这种高度竞争的情况将使订约当局很难制定投标标准和设计投标人资格鉴定方法以确保高效的授标过程。在一些国家，订约当局试图通过随机抽取的办法筛选供应商或承包商，以此实现这一结果，例如从现有供应商名单所列通过资格预审的供应商或承包商中抽签。《贸易法委员会公共采购示范法》则没有就供应商名单作出规定，因为据认为，《示范法》第七章中关于框架协议的非常灵活的条款使得能够实现供应商名单的益处，同时又不会增加给透明度和竞争带来的风险，据认为供应商名单会增加此类风险。

### *1. 预选程序邀请书*

36. 为了增进透明度和竞争，可取的做法是登载预选程序邀请书，该邀请书要能够为广泛的受众所知悉，从而足以形成有效的

竞争。许多国家的法律指定用来公布预选程序邀请书的出版物，通常是官方公报或其他官方出版物。通过专用门户网站，包括通过公私伙伴关系机构（如果有此机构的话）的网站，以电子方式公布邀请书，这种办法也被广泛使用，也是分发资格预审邀请书的有效手段。为了促进外国公司参与，并最大限度地推动竞争，订约当局不妨在国际范围发布预选程序邀请书，以便有可能感兴趣的国际投标人能够广泛查阅，例如在行业杂志、会议、政府网站和国际报纸上发布。可能使用的另一种媒介是联合国的《发展业务》[5]。

37. 预选文件应当载有充分的信息，使投标人能够弄清项目所需的工程和服务是否属于它们能够提供的那一类，如果是，它们如何参与筛选程序。预选程序邀请书除了指明拟建设或整修的基础设施外，还应载有关于项目其他主要内容的信息，例如拟由私人伙伴提供的服务，订约当局设想的财务安排（例如，项目是否完全由使用费或通行费供资，或者是否可能以直接投资、贷款或担保的方式提供公共资金），以及已知拟在筛选程序结束后订立的项目协议中必须有的主要条款的摘要（风险分配）。

### *2. 预选标准*

38. 此外，预选程序邀请书还应纳入与根据公共采购一般规则通常在预选文件中提供的信息相类似的一般信息。[6]

39. 一般来说，应当要求投标人证明，它们具备实施项目所需的专业、技术和环境方面的资格、资金和人力资源、设备和其他物质设施、管理能力、可靠性和经验。与公私伙伴关系特别有关的其他标准可能包括管理项目的财务事宜的能力，以及以前在经营公共基础设施或在管理监督下提供公共服务的经验（例如以往业绩的质量指标、投标人先前实施的项目的规模和类别）；项目拟聘用关键人员的经验水平；足够的组织能力（包括最低限度的建

[5] https://devbusiness.un.org/。

[6] 见《贸易法委员会公共采购示范法》，第7、8和10条。

造、运营和维护设备）；支持项目工程设计、建造和运营各阶段所需资金的能力（如下列证据所证明，例如：关于投标人有能力为项目提供足够数额的自有资本的证据，以及由声誉良好的银行提供的、证明投标人财务状况良好的充分证据）。按照对可持续发展、良政、透明度和商业道德的高级别政治承诺，订约当局往往要求投标人证明它们达到公认的道德标准（例如，环境认证、反腐败记录无瑕疵、劳动政策声明）。资格要求应当涵盖基础设施项目的各个阶段，视情况而定，包括融资管理、工程设计、建造、运营和维护等。另外，还应当要求投标人证明它们符合东道国的一般采购法律通常要求适用的其他资格标准。[7] 预选标准应当在客观上是合理的，并且适合公私伙伴关系合同的标的。此外，不应当歧视性地使用预选标准，以将来自某些法域的潜在投标人排除在外。

40. 拟由订约当局考虑的一个重要方面涉及某个特定项目的授予与政府在有关部门采取的政策之间的关系（见“导言和公私伙伴关系项目的背景信息”，第28-32段）。如果谋求竞争，政府可能关心确保有关市场或部门不为一家企业所支配。为执行此项政策，并避免由已经在某一经济部门得到公私伙伴关系合同的投标人支配市场，订约当局似宜在新的公私伙伴关系的预选文件中列入有关规定，以限制此类投标人参与或再次中标。为了保持透明度，最好由法律规定，如果订约当局保留以这些理由或类似理由拒绝建议书的权利，就必须在预选程序邀请书中适当告知此种情况。

41. 资格要求应一视同仁，适用于所有投标人。对于投标人的资格，订约当局不应当实施未在预选文件中列明的任何标准、要求或程序。在审查投标联合体在专业、技术和环境方面的资格时，订约当局应当考虑联合体成员各自的专业化情况，并评

[7] 例如，它们具备订立公私伙伴关系合同的法律行为能力；它们不是处于无清偿能力、财产被接管、破产或被清理状态，其事务目前不是由法院或司法人员管理，其业务活动未被中止，并且它们未因上述任何状况而成为法律诉讼主体；它们履行了缴纳国家规定的税款和社会保障款的义务；在筛选程序启动之前几年期限内，它们及其董事或高管人员未曾被判犯有涉及职业操守或涉及假报虚报资格订立采购合同的任何刑事罪，也未曾因中止或暂停资格的行政程序而被取消其他资格（见《贸易法委员会公共采购示范法》，第9条，第2款）。

估联合体各成员的资格合起来是否足以满足项目所有阶段的需要。

### *3. 关于投标联合体参加的问题*

42. 鉴于大多数基础设施项目规模庞大，有关公司一般通过专门为此而组成的联合体参加授标程序。因此，要求投标联合体成员提供的信息应当既涉及整个联合体，也涉及各个参加者。为便利与订约当局联系，或许可以在预选文件中要求每个联合体指定其中一名成员作为联络点，负责与订约当局进行一切通信联系。订约当局一般似宜要求投标联合体的成员提交宣誓证词，保证如果被授予合同，它们将对以联合体名义在公私伙伴关系合同下承担的义务负个别及连带责任，至少是在联合体成员组建作为特定目的载体的项目公司并为之提供资本，并且项目公司与订约当局订立公私伙伴关系合同之前。事实上，投标联合体的成员愿意以自身名义实施项目的情况是较少见的。订约当局本身可能更愿意看到项目由总部设在东道国、专门为此而设立、因而不受预先存在的负债或平行活动的限制的法律实体来实施。正因为这样，在实践中，订约当局一般保留这样的权利，即在以后阶段要求中选联合体的成员建立一个独立的法律实体来实施项目（另见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第13和14段）。

43. 订约当局还似宜认真审查联合体及其母公司的构成情况。可能有这样的情况，即一家公司直接或通过其子公司加入为同一项目提交建议书的不止一个联合体。不应当允许出现这种情况，因为这种情况增加了相竞争的联合体之间泄漏信息或相互串通的风险，从而损害了授标程序的可信性。因此，似宜在预选程序邀请书中规定，合格联合体的每一成员，无论是直接还是通过子公司，只能参加项目的一次投标。违反这项规则应导致联合体和各别成员公司被取消资格，参与多个联合体获得批准的特殊情况除外，例如，因为有关项目需要只有一个或几个公司掌握的诀窍或专有方法或技术。

### *4. 预选与国内优惠*

44. 某些国家的法律规定对本国实体给予某种优惠待遇，或者对承诺使用本国货物或雇用当地劳力的投标人给予特殊待遇。有时将此类优惠或特殊待遇作为一项重要的资格要求（例如，本国参与联合体的最低百分比），或者作为参加授标程序的一个条件（例如，指定一个本国伙伴为投标联合体的牵头公司）。有时，对于战略性和敏感部门，例如国防和安全运营，也有理由给予国内运营商以优惠待遇，甚至直接将外国实体排除在外。订约当局从程序一开始就应在资格标准中披露此种限制，在授标程序记录中列入这方面的内容，并按照《贸易法委员会公共采购示范法》第8条的规定，在任何人提出要求时向其说明理由。

45. 国内优惠可能引起多种问题。首先，这种优惠按照有些国际金融机构的指导原则是不允许使用的，而且可能不符合许多国家根据国际贸易协定或区域经济一体化或贸易便利协定承担的国际义务。另外，从东道国的角度看，一方面是预期的好处，另一方面也有弊端，即订约当局丧失了以更好的办法满足本国基础设施需要的可能性，需要对这两个方面加以权衡。还有一点也很重要，即不应允许完全与外国竞争隔绝，以防本国有关工业部门的经济性、效率和竞争力长期处于较低水平。为此，许多既希望向本国供应商提供某些激励又希望利用国际竞争的国家并不打算完全排斥外国参与或提出限制性的资格要求。国内优惠可采取特殊评审标准的形式，即为本国投标人或提议在本国市场采购用品、服务和产品的投标人确定优惠幅度。《贸易法委员会公共采购示范法》第11条第3款规定的优惠幅度办法，比主观性的资格或评审标准具有更大的透明度。此外，这种办法允许订约当局照顾能够接近国际竞争标准的本国投标人，同时又不会一概排除外国竞争。另外，人们发现强迫使用本地内容可能导致投标人对项目的质量甚至最终产出的赔偿责任有所降低。如果打算采取国内优惠措施，则应当事先宣布，最好是在预选程序邀请书中宣布。

### *5. 分担参加授标程序的费用*

46. 根据《贸易法委员会公共采购示范法》第38条和第49条第4款的规定，提供预选文件所收取的价款应当仅反映向投标人提供这些文件的成本。由于认识到初步研究和准备工作成本较高，包括要编制建议征求书、标准合同和其他相关招标文件，因此，在国际实践中，一种并非鲜见的做法是订约当局通过所谓“开发费用”，寻求至少部分收回这些成本，确定的“开发费用”要高于仅仅印制招标文件的成本。订约当局应当在考虑到市场惯例和预期的情况下，设法使这些费用的水平与类似项目相一致。事实上，不应当将开发费用用作限制投标人数目的补充手段。此种做法既无效益，而且还增加已经不低的参加资格预审程序的费用。编写基础设施项目建议书费用较高，而且参加授标程序不一定就会被授予合同的风险也较高，这些情况可能成为有些公司不愿加入联合体提交建议书的因素，在它们不熟悉东道国适用的授标程序时尤其如此。

47. 因此，有些国家授权订约当局考虑作出安排，如果项目因为通过资格预审的投标人所不能控制的原因而无法进行，则对这些投标人予以补偿；或者分担它们在预选阶段后发生的费用，理由是特定案例非常复杂，并且这样做有可能大大提高竞争的质量。如果设想分担这种费用或予以补偿，应在早期阶段，最好在预选程序邀请书中即适当地通知潜在投标人。

### *6. 预选程序*

48. 订约当局在提交申请书截止日期之前的合理期限内收到投标联合体就澄清预选文件提出的任何请求，均应作出答复，以便投标人能够及时提交申请书。对任何请求作出的答复，凡有理由认为其他投标人也有兴趣获知者，均应发送给订约当局已向其提供预选文件的所有投标人，但不得标明请求系由何人提出。

49. 预选阶段结束后，订约当局通常拟定一份通过预选投标人短名单，随后即邀请这些投标人提交建议书。订约当局有时遇到的一个实际问题涉及授标程序期间关于改变投标联合体的构成的提

议。从订约当局的角度来看，谨慎对待预选阶段结束后替换投标联合体个别成员的提议一般是可取的。改变联合体的构成可能大大改变订约当局确定通过预选投标联合体短名单的基础，并可能令人对授标程序的公正性产生疑问。通常，只应允许通过预选的投标人参加授标阶段，除非联合体的一个新成员大体上与联合体退出的成员一样符合预选标准。

50. 虽然不应当在评审阶段再次考量预选投标人时使用的标准，但订约当局不妨保留这样的权利，即在授标过程的任何阶段，均可要求投标人按照与预选时使用的相同标准再次证明自己的资格。

## C. 征求建议书的程序

51. 本节讨论向通过预选投标人征求建议书的程序。如上文所述，该程序遵循《贸易法委员会公共采购示范法》规定的采购方法的主要特征，但作了一些必要改写，以适应订约当局的需要。

### *1. 程序的结构和阶段*

52. 在预选投标人之后，订约当局似宜审查其原始可行性研究报告和所界定的产出和性能要求，并根据预选程序期间获得的信息考虑是否需要修订这些要求。在这一阶段，订约当局应当已经确定是采用单一程序还是两阶段程序征求建议书，或者是否使用通过对话征求建议书方法最为高效。

*(a)* 单阶段程序

53. 选择征求建议书的程序取决于合同的性质、订约当局能否精确确定技术要求，以及是否利用产出结果（或性能指标）来挑选私人伙伴。如果对订约当局而言，以必要的精确或确定程度拟订性能指标或项目规格既可行也可取，则可将授标程序安排为单阶段程序。在此情况下，投标人预选结束后，订约当局将着手直接发出最后的建议征求书（见第65-79段）。合同将授予提交了下列方面

综合条件最佳的建议书的投标人：*(a)* 建议征求书所列非价格标准；以及 *(b)* 价格（见《贸易法委员会公共采购示范法》，第 47 条第 10 款）。该过程可以有一定的灵活性（例如，订约当局只有在评估了建议书的技术、质量和性能特点之后才需要审议和谈判建议书的财务方面），办法是允许按照提交具响应性建议书的投标人的排名先后与这些投标人进行最后一轮谈判（见《贸易法委员会公共采购示范法》，第 50 条）。

54. 单阶段招标可能适合相对简单、规模较小的项目，在这些项目中，订约当局拥有足够的技术知识，不指望私营部门提出替代解决办法、技术或诀窍。但是，在大多数公私伙伴关系项目中，订约当局可能无法拟订可据以统一拟订、评审和比较建议书的足够详细和精确的项目规格或性能指标。例如，订约当局还未确定何种技术和物质投入适合有关项目（如用于桥梁的建筑材料类型），可能就属于此种情况。项目规模越大，复杂程度越高，适合采用单阶段授标程序或这种程序会带来令人满意结果的可能性就越小。在此类情况下，从实现最大程度的物有所值的观点看，订约当局未就投标人的确切能力和报盘可能的变动与投标人进行讨论，就根据其拟订的规格或指标向前推进，这样做可能是不可取的。因此，在大多数情况下，订约当局认为有必要与供应商或承包商互动，目的是：*(a)* 细化其对自身需要的说明并在一份通用说明中陈述这些需要（两阶段招标），或 *(b)* 明确说明其需要并邀请提交可满足这些需要的建议书（通过对话征求建议书）。

*(b)* 两阶段程序

55. 如果将授标程序分为两个阶段，[8] 初次的建议征求书一般要求投标人就有关项目的产出规格和其他特点及提议的合同条款提交建议书。投标邀请书将允许投标人就如何按照界定的服务标准满足特定的需要提出自己的解决方案。在此阶段提交的建议书一般包括基于概念性设计或性能指标的解决方案，而不提及财务内容，

[8]《贸易法委员会公共采购示范法》第 48 条就两阶段招标程序作出规定。

例如预期价格或报酬水平。这些建议书不应视为有约束力建议书，在此阶段订约当局甚至不应当寻求价格承诺。[9]

56. 如果订约当局已经知悉合同安排的某些条款，应将这些条款纳入建议征求书中，可以采用公私伙伴关系合同草案的形式。了解某些合同条款，如订约当局设想的风险分担等，对于投标人拟订建议书并与潜在放款人讨论项目的“融资可能性”非常重要（见第二章，“项目规划和准备”，第26段）。对这些合同条款特别是订约当局设想的风险分担条款的初步反应，可能有助于订约当局重新评估原来设想的项目的可行性。不过，将征求建议书的程序与授予项目后就最后合同进行谈判区分开来非常重要。这一初步阶段的目的是订约当局随后能够拟订其要求，以促成在单独一组参数的基础上进行最后的竞争。这一阶段的初步建议书邀请书不应导致就合同条款进行谈判进而最后授予合同。

57. 此后，订约当局可召集投标人会议，澄清有关建议征求书和随附文件的问题。在第一阶段，订约当局可与任何投标人讨论其建议书的任何方面。订约当局在处理建议书时，应避免将其内容透露给有竞争关系的投标人或未得到获得此种信息的明确授权的任何其他人。任何讨论都需要保密，未经对方同意，讨论的一方不应向任何其他人披露与讨论有关的任何技术、财务或其他信息。

58. 讨论之后，订约当局应当审查并在法律允许的限度内在技术、质量或性能方面修订初步的项目规格。在拟订经修订的规格时，订约当局不应改变项目的标的，但可以删除或修改原先在建议征求书中提出的项目的技术、质量或性能特点的任何方面。订约当局在这一阶段也可以删除或修改最初提供的关于审查或评审建议书的任何标准，并增列任何新的标准，但此种删除、修改或增列只能是因为对项目的技术、质量或性能特点作出改动而必需的。任何此类删除、修改或增列，均应在关于提交最

[9] 见《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》，第188页。

后建议书的邀请书中告知投标人。应当允许不想提交最后建议书的投标人退出授标程序，而不得没收可能要求其提供的任何保证金。

*(c) 通过对话征求建议书*

59. 订约当局可用来为公私伙伴关系项目挑选私人伙伴的另一种程序是通过对话征求建议书。[10] 这种程序是为采购相对复杂的物项和服务而设计的程序。这一采购方法通常用于以寻求对技术问题（如节约能源、实现可持续采购或基础设施需要）的创新解决方案为目的而进行的采购。这种情况下会有不同技术解决方案：材料多种多样，还可能包括使用一种能源代替另一种能源（在风能燃料、太阳能燃料、化石燃料之间进行选择）。

60. 通过对话征求建议书在程序上类似于两阶段招标，但有几个显著的特点。这种方法允许订约当局与潜在供应商或承包商也是在透明、有序程序的框架内对订约当局各种需要的技术、质量和性能特点以及财务方面进行讨论。这一过程产生可满足订约当局需要的“最佳和最终报盘”的征求书，但是，除提出最低限技术要求之外，不产生单一套通用技术规格。最佳和最终报盘可能会针对订约当局的需要提出多种技术解决方案；从这个意义上讲，技术解决方案是由供应商和承包商负责设计的。订约当局对这些解决方案进行评审，以确定是否满足其需要；在既竞争又平等的基础上进行评审是一种比两阶段招标程序更为复杂的程序。

61. 简言之，其目的是使供应商和承包商通过与订约当局的对话了解订约当局在建议征求书中概要说明的订约当局的需要。对话可分为若干阶段，属于订约当局与供应商或承包商之间的互动，所涉及的内容既有供应商或承包商建议书的技术、质量和性能特点，也有建议书的财务方面。对话期间可能会讨论特定技术解决方案所涉及的财务问题，其中包括价格或价格范围。但是，同两阶段招标一样，目的并不是让对话的任何参与方进行有约束力的谈判或

[10] 见《贸易法委员会公共采购示范法》第49条。

议价。对话结束时，供应商和承包商提出可满足订约当局需要的最佳和最终报盘。不同的供应商或承包商提出的最佳和最终报盘可能在有些方面基本相同，而在其他一些方面则有重大差别，特别是在所提出的技术解决方案上。因此，这一方法为订约当局提供了对为满足其需要而提出的不同技术解决方案进行比较的机会。

62. 事实证明，在相对复杂物项和服务的采购中，不与供应商或承包商对话反而造成很高的机会成本，而进行此种对话过程可带来明显的经济上的好处，因此，基于此种对话的各种方法对订约当局其实很有利。举例来说，除上文所述的典型用途之外，这些方法还适合建筑工程或建造工程的采购，在这种采购中，对订约当局的需要有多种可能的解决办法，而且只有通过对话才能评估供应商或承包商的个人技能和专门知识。复杂性不一定是技术层面的：以基础设施项目为例，工程的地点不同和类型不同，都会成为主要的变数。这一方法使处于此种情况下的订约当局能够找出并获得最适合其采购需要的解决办法。

63. 这一程序本身包括两个阶段。在第一阶段，订约当局发出邀请书，其中载列关于订约当局的需要的说明，这些说明称作任务范围，可用来指导供应商和承包商编拟建议书。订约当局的需要可以从功能、性能或产出这几个方面加以描述，但必须包括最低限技术要求。与两阶段招标相比，这种程序的本意并不是让订约当局对采购标的作出完整的技术说明。

64. 在这一方法中，要求订约当局发布列明最低限技术要求的需要说明，能够理解所提出的技术解决方案并对其进行对比评审，因此，可能要求采购官员具备其他采购方法不要求具备的能力，特别是要避免因使用这一方法而代替适当的采购筹备工作。一个特别的风险是，可能会将确定采购需要的责任转给供应商和承包商或者市场。虽然提出建议书以满足订约当局需要的是供应商或承包商而非订约当局，但在确定这些需要时不应当让供应商或承包商起主导作用。一般而言，必须确保所有投标人在对话的每个阶段都收到相同信息，并确保整个过程都得到适当记录，并有适当的保障措施给予支持，以防止滥用或不当行为。

### 2. 建议征求书的内容

65. 订约当局应当邀请投标人就项目规格、性能指标和合同条款提交建议书。建议征求书一般应包括提供一切必要的资料，使投标人能据此提交既满足订约当局的需要又便于订约当局以客观和公正的方式作出比较的建议书。在此阶段向投标人提供信息的内容和详细程度因设想的公私伙伴关系类别和订约当局使用的授标程序的性质而不同。订约当局使用《贸易法委员会公共采购示范法》第49条规定的通过对话征求建议书程序的，信息可以不那么详细，一般不那么注重技术方面。然而，订约当局使用两阶段程序的，订约当局此前已经发出了不那么详细的不包括价格的初步招标书，并已经与其投标书未被否决的投标人进行过讨论。因此，在这一阶段，订约当局已经编拟了一套较全面的条款和条件，正如《贸易法委员会公共采购示范法》第48条第2款和第3款所规定。[11]

*(a)* 提供给投标人的一般信息

66. 提供给投标人的一般信息视情况应包括通常列入采购货物、工程和服务的招标文件或建议征求书中的那些事项。[12] 尤其重要的是披露订约当局用来确定中选建议书的标准以及此种标准的相对权重或重要性排序（见第82-87段）。鉴于投标人通常需要大量信息，用来上传并与投标人共享文件和信息的电子平台可能对提高效率和加快程序特别有用。对所有感兴趣的投标人开放的投标前会议也有助于以透明的方式澄清它们可能有的问题。

[11] "2. 招标文件应当邀请供应商或承包商在两阶段招标程序的第一阶段递交初步投标书，在其中载明不包括投标价格的建议。招标文件可以征求关于采购标的技术特点、质量特点或性能特点的建议以及关于供应的合同条款和条件的建议，相关的，还可要求提供供应商或承包商的专业和技术能力及资质。3. 供应商或承包商的初步投标书未根据本法规定被否决的，采购实体可以在第一阶段就其初步投标书的任何方面与其进行讨论。采购实体与任何供应商或承包商进行讨论时，应当给予所有供应商或承包商平等参加讨论的机会。"

[12] 例如，关于编写和提交建议书的说明，包括提交建议书的方式、地点和截止日期，以及建议书的有效期和任何有关投标担保的要求；投标人可寻求澄清建议征求书的手段和关于订约当局在这一阶段是否打算召开投标人会议的说明；开启建议书的地点、日期和时间及开启和审查建议书所遵循的程序；评审建议书的方式；建议书被视为具响应性必须满足的最低限要求（见《贸易法委员会公共采购示范法》，第47条第2款和第49条第2款）。

*(i)* 关于可行性研究报告的信息

67. 提供给投标人的一般信息最好包括关于如何编写可能要求它们与建议书一道提交的可行性研究报告的说明。这种可行性研究报告不应当代替要求订约当局在争取项目得到批准之前进行的“物有所值”、财务风险及其他可行性和影响评估研究(见第二章,“项目规划和准备”,第5-22段)。投标人自己的可行性研究报告一般应包括例如下列方面:

*(a)* 商业可行性。特别是以无追索权或有限追索权方式融资的项目,至关重要的是确定对项目产出的需要,以及评价和预测项目拟议经营期内的此类需要,包括预期的需求(例如公路的交通量预测)和定价(例如通行费)。为便利订约当局审查,投标人还应当描述用来证明其建议书的商业可行性的场景;

*(b)* 工程设计和运营可行性。投标人应当证明它们建议使用的技术,包括设备和工艺,是否适合本国、当地和环境状况,是否有可能达到所计划的性能水平,以及建筑方法和时间表是否合适。这种研究还应当界定运营和维护已建成设施拟采用的组织结构、方法和程序,并就预期的技术发展提供信息;

*(c)* 财务可行性。投标人应当说明建造和运营阶段的拟议融资来源,包括债权资本和股权投资。虽然多数情况下贷款协议和其他融资协议要到公私伙伴关系合同签署后才签订,但仍应当要求投标人提供充分的证据证明放款人提供指定融资的意向。在有些国家,还要求投标人说明按拟议融资安排的资本实际成本得出的预期财务内部收益率。此类信息意在使订约当局能够考虑私人伙伴拟收取的价款或费用是否合理和可以承受,及其日后提价的可能性;

*(d)* 环境影响。这项研究应当查明项目可能对环境造成的消极或不利影响,并指出需要采取哪些补救措施以确保遵守适用的环境标准。此项研究应当酌情考虑国际金融机构和全国、省级和地方当局颁布的相关环境标准。

*(ii)* 关于投标担保的信息

68. 为弥补撤回建议书或中选投标人不签订公私伙伴关系合同而可能造成的损失，建议征求书似宜说明订约当局对于需要投标人提供的任何投标担保的出具人及担保的性质、形式、数额和其他主要条件的任何要求。为了确保公平对待所有投标人，直接或间接涉及提交建议书投标人的行为的要求只应当涉及：在提交建议书截止日期之后或在该截止日期之前（如果建议征求书中有此规定）撤销或修改建议书的行为；未能达成最后财务安排；未按订约当局的要求签署公私伙伴关系合同；以及未能在建议书被接受后提供规定的公私伙伴关系合同履约担保，或未能履行建议征求书中规定的签署公私伙伴关系合同的任何其他前提条件。应当列入保障条款，以确保投标担保要求公平合理且符合预期目的。[13] 投标担保的必要性及其条件，应当根据选用的授标程序加以考虑，并根据这种程序的需要作必要调整。例如，在通过对话征求建议书这种程序中，投标担保可能并不合适，因为投标担保不可能为解决某些问题提供可行的办法，既不能确保充分参与对话，也不能在对话阶段（而非程序中的最佳和最终报盘阶段）使供应商或承包商受不断变化的建议书的约束。[14]

*(iii)* 投标人的资格

69. 在极少情况下，在发布建议征求书之前未进行投标人的预选，或者订约当局保留要求投标人再次证明其资格的权利，在这些情况下，建议征求书应列明需由投标人提供的可证实其资格的有关资料（见第38-41段）。

[13]《贸易法委员会公共采购示范法》第17条第2款规定了某些重要的保障条款，其中尤其要求，下列情形中有一种情形先发生，订约当局不得对投标担保金额提出主张，并应当迅速退还或促成退还投标担保文书：*(a)* 投标担保期满；*(b)* 项目协议生效，建议征求书要求提供履约担保的，还提供了履约担保；*(c)* 筛选程序终止而未有项目协议生效；或 *(d)* 在建议书的递交截止时间之前撤回建议书，除非建议征求书规定不得撤回。

[14]《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》，第99页，第5段。

*(b)* 项目规格和性能指标

70. 公私伙伴关系项目的类别，基础设施的所有权，以及设想的公共部门和私营部门之间的风险和责任分配，这些因素将决定订约当局有兴趣控制私人伙伴将实施的工程的投入和技术规格，还是倾向于让投标人自己提出最佳地满足订约当局的需要的备选办法。这反过来将对订约当局的以下决定产生影响，即订约当局进行两阶段招标，以期达成一套共同的条款、技术、质量或性能特点，请投标人据此提交最终的建议书，还是给投标人以更大程度的自由，以便其制定自己的解决办法。理想状态下，订约当局在招标准备阶段已经彻底考虑过这些备选办法（见第二章，“项目规划和准备”，第49-52段），因为这些对于项目说明中确定投入和产出要素之间的适当平衡至关重要。

71. 订约当局一般应当牢记项目的长远需要，而且拟订规格时应当能够获得足够的信息以挑选提议以最优经济条件提供最高质量服务的投标人。

72. 订约当局在拟订项目规格时最好是适当界定所要求的产出和性能，而不要过多规定实现的方式。项目规格和性能指标一般包括下列方面：

*(a)* 项目和预期产出的说明。如果服务要求有特定的建筑物，例如运输总站或机场，则订约当局不妨仅仅提供规划概念大纲图，以图示的方式将场地划分为若干功能区，而不像传统的建造服务采购通常的做法那样，提供标明各座建筑物地点和大小的平面图。然而，如果订约当局认为必须要求投标人提供详细的技术规格，则建议征求书中至少应包括如下资料：拟实施的工程和服务的说明，包括技术规格、平面图、图样和设计；实施工程和提供服务的时间表；以及运营和维护设施的技术要求；

*(b)* 适用的最低限度设计和性能标准，包括适当的环境标准。拟订性能标准时一般着眼于所期望的设施产出的数量和质量。偏离相关性能标准的建议书应视为不具响应性；

*(c)* 服务质量。就涉及提供公共服务的项目而言，性能指标应当包括关于拟提供的服务和订约当局用来评审建议书的相关质量标准的说明。适当情况下，应当提及公共服务提供者在下列方面的任何一般义务：服务的扩展和连续性，以满足所服务社区或地区的需要；确保使用者可以不受歧视地得到服务；以及使其他服务提供者能够按照公私伙伴关系合同的条款和条件，不受歧视地进入由私人伙伴运营的任何公共基础设施网络（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第91-102段）。

73. 应当指示投标人提供必要信息，以便订约当局评审建议书的技术合理性、运营可行性以及对质量标准和技术要求的响应性，这些信息包括：

*(a)* 初步的工程设计，包括拟议的工程进度表；

*(b)* 包括所需的运营和维护费用在内的项目成本和拟议的融资计划（例如拟议的股本出资额或债务）；

*(c)* 投标项目运营和维护方面的拟议安排、方法和程序；

*(d)* 服务质量说明。

74. 上述每种性能指标均可能要求投标人提交补充信息，依授予的项目而定。例如，为授予在某一特定区域分配电力的公私伙伴关系合同，指标可能包括最低限度的技术标准，例如：*(a)* 对消费者供电的额定电压（和频率）波动；*(b)* 中断时间（按每年小时数表示）；*(c)* 中断频次（按每年次数表示）；*(d)* 损耗；*(e)* 接通新客户所需天数；*(f)* 客户关系方面的商业标准（例如支付账单所需天数、重新接通装置所需天数、答复客户申诉所需天数）。

*(c)* 合同条款

75. 在项目规划和可行性评估阶段进行“物有所值”和其他初步研究之后（见第二章，“项目规划和准备”，第5-22段），订约当局应当能够在招标文件中说明其预期如何分配项目风险（另见第二章，“项目规划和准备”，和第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”）。这一点非常重要，不仅有助于确定需要

在授标程序期间进行对话和予以澄清的辩论内容（见第92-94段），而且有助于确定选出私人伙伴之后对合同进行微调的界限（见第95-98段）。如果对风险分配问题完全不作考虑，投标人在答复时可能会谋求尽量减少它们接受的风险，这可能达不到寻求私人投资开发项目的目的。

76. 为此，订约当局应分发一份载有拟议合同条款的公私伙伴关系合同草案。这也将有助于最大限度地减少选定的联合体试图就合同的主要条款重新展开讨论和延长谈判时间的风险。如果在此阶段不能编拟完整的公私伙伴关系合同草案，建议征求书至少应载有关于订约当局设想的合同安排关键内容的信息，包括公私伙伴关系合同中订约当局认为不可谈判的任何条款。在此阶段建议征求书一般纳入的关键内容可能包括下列事项，例如：

*(a)* 合同期限或要求投标人就合同期限提出建议的邀请；

*(b)* 用于调整价格的公式和指数；

*(c)* 有可能提供的政府支持和投资激励措施；

*(d)* 担保要求；

*(e)* 管理机构可能提出的要求；

*(f)* 涉及外汇汇款的货币规则和条例；

*(g)* 可能的收入分享安排；

*(h)* 酌情说明要求私人伙伴在项目期结束时移交给订约当局或提供给后继私人伙伴的资产种类；

*(i)* 如果挑选新的私人伙伴运营现有基础设施，说明将提供给该私人伙伴的资产和财产；

*(j)* 可以提供给中标投标人的任何替代、补充或辅助收入来源（例如，利用现有基础设施的特许权）；

*(k)* 说明选定的私人伙伴的权利和义务转让给第三方的主要条件，雇用分包商的限制或条件，以及私人伙伴资本中的股份转让给第三方的任何限制；

*(l)* 国家法律要求的任何合同条款。

77. 应当指示投标人提供必要的信息，以便订约当局评审建议书的技术、财务和商业要素以及建议书对提议的合同条款是否具响应性。此外，还应当要求投标人披露由哪些联合体成员或分包商负责在建造阶段实施工程，以及在设施启用后负责设施的运营和维护设施，并向订约当局提供尚不是投标联合体成员的任何分包商的资格的全部信息。财务建议书通常应包括下述信息：

*(a)* 如果预期私人伙伴的收入主要是基础性设施客户或用户支付的通行费、使用费或其他收费（特许权公私伙伴关系），则此类项目的财务建议书应当说明拟议的价格结构。如果预期私人伙伴的收入主要是订约当局或另一公共当局用来摊还私人伙伴投资的付款，或是公共伙伴的此类付款与客户或用户支付的通行费、使用费或其他收费之和，则此类项目的财务建议书应当说明拟议的摊还付款额和偿还期，以及设想的公共伙伴缴款和用户缴款之间的比例；

*(b)* 依据招标文件规定的折现率和汇率计算的拟议价格或直接付款的现值；

*(c)* 如果估计项目需要政府提供资助，则说明此种资助的水平，视情况包括指望政府或订约当局提供的任何补贴或担保；

*(d)* 投标人在建造和运营阶段承担的风险程度（包括意外事件、经济或监管方面的变化），酌情连同针对此类风险的保险、股权投资和其他担保的信息，以及投标人为抵消这些风险的财务后果而提议的财政支持、补偿或其他合同调整的水平的表述（如有的话）。

78. 为了限制和清楚地确定评审建议书之后进行谈判的范围（见第95-98段），最后的建议征求书应当说明公私伙伴关系合同中哪些条款被订约当局认为是不可谈判的。

79. 订约当局似宜要求投标人提交的最后建议书载列相关证据，表明投标人的主要放款人可以接受建议征求书中概述的拟议商业条款和风险分配。这一要求可能有助于抵制在最后谈

判阶段要求重新讨论商业条款的压力。在有些国家，要求投标人草签公私伙伴关系合同草案，并连同其最后建议书一并返还订约当局，以此确认它们接受自己未提出具体修改意见的所有条款。

### *3. 澄清和修改*

80. 订约当局修改建议征求书的权利很重要，这使它能够获得满足其需要所需的建议书。因此，似应允许订约当局不论是出于主动还是应投标人的澄清要求，以在提交建议书截止日期之前的任何时候发布增编的方式对建议征求书作出修改。不过，如果作出的修改根据常理要求投标人用更多时间来编写建议书，则应当通过相应地延长提交建议书的截止日期，准许投标人使用更多时间。此外，订约当局应当避免对授标程序作重大改动，尤其是可能影响潜在投标人名单的改动，例如，项目特点发生巨大变化，原来的文件不再能够使潜在的供应商或承包商公平地了解订约的真正要求。必须作此重大改动的，订约实体可能必须取消并重新启动授标程序。[15]

81. 一般来说，订约当局必须迅速将澄清意见连同引起澄清的问题及修改内容通知订约当局向其提供建议征求书的所有投标人。订约当局如果召开投标人会议，应当编写会议记录，记载会上提出的澄清建议征求书的要求及其对这些要求的答复，并将记录副本发给投标人。

### *4. 评审标准*

82. 订约当局拟订的评审标准必须允许彻底和有效地评估：一方面是建议书的技术方面(不仅包括有形投资——如建造或翻修工程——还包括基础设施的运营和维护以及私人伙伴提供服务的质量)，另一方面是建议书的商业和财务方面(不仅包括投标人提议的费用、价格或其他收费水平，还包括融资

[15]《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》，第95页，第4段。

安排和供资结构的合理性)。应当适当注重订约当局的长远需要, 特别是对确保按规定质量和安全程度连续提供服务的需要。

*(a)* 对建议书技术内容的评审

83. 技术评审标准旨在便利参照建议征求书中规定的规格、指标和要求, 从技术、运营、环境和融资方面评估建议书的可行性。在可行的范围内, 技术标准应当力求客观和可以量化, 以便订约当局能够客观地评审并在共同的基础上比较建议书。这可以缩小任意或专断决定的范围。管辖授标程序的条例可以详细规定如何拟订和运用此类因素。通常按照下列标准评审公私伙伴关系的技术建议书:

*(a)* 技术合理性。如果订约当局已经制定了最低限工程设计和性能规格或标准, 项目的基本设计应当符合这些规格或标准。应当要求投标人证明其提议建造方法和时间表的合理性;

*(b)* 运营可行性。运营和维护建成的设施拟采用的组织结构、方法和程序必须明确界定, 应当符合规定的性能标准, 并应当证明具有可行性;

*(c)* 服务质量。订约当局使用的评审标准应当包括关于投标人以何种方式保持和扩展服务的分析, 包括为确保服务的连续性而提供的保证;

*(d)* 环境标准。提议的设计方案和项目拟用的技术应当符合建议征求书中规定的环境标准。应当恰当地指明投标人提议的项目对环境产生的任何消极或不利影响, 包括相应的补救措施或减缓措施;

*(e)* 增强因素。这方面包括项目建议书提交人为使建议书更有吸引力而报出的其他条款, 如与订约当局分享收入, 减少政府担保或降低政府支持水平;

*(f)* 给社会和经济发展带来的潜力。根据这条标准, 订约当局可以考虑投标人给社会和经济发展带来的潜力, 包括给处境不利群

体和企业带来的利益，国内投资和其他商业活动，促进就业，将某些生产机会留给国内供应商，技术转让以及发展管理、科技和运营方面的技能；

*(g)* 投标人的资格。在评审阶段，订约当局应当有权要求投标人提供证据，表明其仍然具备在预选阶段所证明的资格。

*(b)* 对建议书财务和商业内容的评审

84. 除了用于建议书技术评审的标准外，订约当局还需要界定用来评估和比较财务建议书的标准。通常用于评审和比较财务和商业建议书的标准酌情包括下述方面：

*(a)* 合同期限内拟议通行费、使用费、单位价格和其他收费的现值。就预期私人伙伴的收入主要是基础性设施客户或用户支付的通行费、使用费或其他收费的项目而言，评估和比较最终建议书的财务要素一般以合同期限内拟议通行费、使用费、租金和其他收费的现值为基础；

*(b)* 拟由订约当局直接支付的任何可能款项的现值。就预期私人伙伴的收入主要是订约当局用来摊还私人伙伴投资的付款的项目而言，评估和比较最终建议书的财务要素一般以按所规定最低限设计和性能标准、平面图和规格建造和运营的设施的拟议摊付还款安排的现值为基础；

*(c)* 设计和建造活动的费用、年度运营维护费、资本费用和运营维护费的现值。订约当局似宜将这些内容纳入评审标准，以便能够评估建议书的财务可行性；

*(d)* 预期政府可能提供的任何财政支持的程度。投标人指望或要求政府采取的支持措施应当纳入评估标准，因为这些可能给政府带来巨额的直接债务或者或有债务（见第二章，“项目规划和准备”，第56-86段）；

*(e)* 拟议财务安排的合理性。订约当局应当评估，拟议融资计划包括拟议的股权投资与债务之间的比率是否足以支付项目的建

造、运营和维护费用。订约当局还应当评估供资人和放款人的信用程度、其承诺的程度、拟议的项目公司注资计划和设想达成最后财务安排的时间；

*(f)* 接受拟议合同条款的程度。对连同建议征求书发出的合同条款提出的改动或修改建议(如涉及风险分配或补偿付款的条款)，可能给订约当局造成重大的财务影响，应当认真加以审查。

85. 对拟议通行费、使用费、单位价格或其他收费进行比较，是确保在同样具有响应性的建议书之间进行的选择具有客观性和透明度的一个重要因素。但是，订约当局必须认真考虑这一标准在评审过程中的相对权重。就授予公私伙伴关系合同而言，“价格”的概念通常并不具有这一概念在货物和服务采购中所具有的同等价值。实际上，私人伙伴的报酬常常是用户支付的收费、辅助收益来源和授予合同的公共实体提供的直接补贴或付款三者的结合。

86. 由此可以得出结论，虽然预期产出的单位价格仍然是评审建议书的一个重要因素，但不一定总被视为最重要的因素。对建议书的财务可行性进行全面评估尤其重要，因为这种评估使订约当局能够考虑投标人是否有能力实施项目以及是否有可能日后提价。有些投标人报价虽有吸引力，但低得不切实际，指望在获得合同之后能够提价，这种评估有助于避免将项目授予这类投标人。

87. 订约当局需要披露赋予每项评审标准的相对权重以及在评审建议书时是如何运用这些标准的。可以利用两种可能的办法在建议书的财务与技术方面达到适当的平衡。一种可能的办法是将在价格和非价格评审标准两个方面综合排名最高的建议书视为最有利的建议书。或者可将拟议的产出价格(例如水价或电价，通行费数额，应由订约当局支付的维护费用或租金费用)作为在具响应性建议书中确定中选建议书的决定因素。

### *5. 建议书的提交和开启*

88. 应当要求建议书采用书面形式，经签字后装在密封信封内提交。建议征求书接受以电子方式提交材料的，应当要求投标人提交的建议书能够显示给订约当局，并且其中的信息的完整性自其初次以最终形式生成之时起即有可靠保障。[16] 提交建议书截止日期之后订约当局收到的建议书不应当开启，而应当退还提交的投标人。为了确保透明度，国家法律经常规定开启建议书的正式程序，通常在建议征求书预先指定的时间开启，而且要求订约当局允许提交了建议书的投标人或其代表在开启建议书时在场，或者这些投标人或其代表将得到确认，开启建议书保证遵守公正要求。此种要求有助于尽可能减少建议书可能被更改或以其他方式篡改的风险，而且也是保证程序公正的重要措施。

89. 鉴于公私伙伴关系项目很复杂，而且通常用于授予项目的评审标准很多，订约当局最好采用两步走的评审过程，即非财务标准单独考虑、也许先于财务标准考虑，以避免对财务标准的某些要素（例如单位价格）赋予不适当的权重，因而损及非财务标准。

90. 为此，有些国家要求投标人分别拟订技术和财务建议书并分装在两个信封内提交。两个信封的办法有时会用到，因为这种办法使订约当局能够在不受财务部分影响的情况下评审建议书的技术质量。不过，有人批评这种办法违背授予公共合同的经济性这一目标。特别是据说存在这样一种危险，即一开始仅仅依据技术上的优缺点而不参考价格来选择建议书，订约当局可能往往在开启第一个信封时选择拟在工程中采用优异技术的建议书，而否决其解决方案不是很先进但能够以较低的总成本满足订约当局需要的建议书。

91. 作为两个信封办法的替代办法，订约当局可以要求将技术和财务建议书合成单一份建议书，但是安排分两个阶段进行评审。在初始阶段，订约当局一般按照建议征求书中规定的标准，确定应当体现在技术建议书中的质量和技术方面的门槛，并按照这些标

[16] 见《贸易法委员会电子商务示范法》，第8条，第1款。

准以及建议征求书中规定的这些标准的相对权重和适用方式评定每项技术建议书的得分。然后，订约当局对达到或超过门槛的评分的财务和商业建议书进行比较。如果按顺序评审技术和财务建议书，订约当局一开始即应当确定技术建议书初步看起来是否对建议征求书有响应性（亦即它们是否包含要求在技术建议书中处理的所有事项）。不完整的建议书，以及偏离建议征求书的建议书，应当在本阶段予以否决。虽然订约当局可以要求投标人澄清它们的建议书，但本阶段不应谋求、提议或允许改动建议书中的实质性事项，包括作出改动使不具响应性的建议书变为具有相应性。

### *6. 与投标人对话*

92. 如果订约当局采用《贸易法委员会公共采购示范法》第49条规定类别的通过对话征求建议书方法，订约当局在此阶段将与具响应性的投标人进行对话。《贸易法委员会公共采购示范法》第49条第8款就对话方式规定了两项要求：一是必须在同一时间进行，二是主持对话的订约当局代表必须是相同的人，以确保结果的一致性。

93. 对话可以有几轮或几个阶段。在每一轮对话或每一阶段对话结束时，订约当局可以细化其需要，并使参加对话的供应商或承包商有机会根据这些已经细化的需要以及订约当局在对话期间提出的问题和意见来修改自己的建议书。在对话过程中，订约当局不得修改以下内容：采购标的、任何资格标准或评审标准、根据《贸易法委员会公共采购示范法》第49条第2 *(f)* 款确立的任何最低限要求、公私伙伴关系项目的说明的任何要素或不属于建议征求书所列明的对话内容的任何采购合同条款或条件。订约当局向某一供应商或承包商发送的对话期间产生的任何要求、准则、文件、澄清或其他信息，应当在平等基础上同时发送给其他所有参加对话的供应商或承包商，除非这些要求、准则、文件、澄清或其他信息是特别针对或专门用于该供应商或承包商的，或者此种发送将违反保密规定。鉴于对话的方式和广泛内容，对话阶段尤其会引起保密方面的担心。一般规则是，关于某一投标人或其建议书的信息，未经该投标人同意，不得向其他任何参与的投标人或承包商披露。

94. 对话之后，订约当局应当请求所有仍在程序中的供应商或承包商就其建议书的所有方面提出最佳和最终报盘。该请求应当采用书面形式，并应当具体说明提出最佳和最终报盘的方式、地点和截止时间。此种采购方法的一个显著特点是，除了最低限要求之外，最终提交书的评审并没有单一套完整的采购条款和条件为依据。

### *7. 最后谈判和授予合同*

95. 授标委员会应当按照事先披露的技术评审标准评分办法对每份建议书的技术和财务要素进行评分，并以书面方式说明评分的理由。为增进授标程序的透明度并避免不当地使用非价格评审标准，授标委员会主要基于技术方面而非仅仅基于价格选择一份建议书时尤其应当提供详细的理由。订约当局应当按照建议征求书所列评审标准排出所有具响应性建议书的名次。

*(a)* 两阶段程序

96. 如果订约当局采用《贸易法委员会公共采购示范法》第48条规定类别的两阶段程序，订约当局在此阶段将邀请获得最高分的投标人，就公私伙伴关系合同的某些要素进行最后谈判。如果两份或两份以上建议书获得最高评分，或者两份或两份以上建议书的评分只有很小差别，订约当局应当邀请评分基本相同的所有投标人进行谈判。最后谈判应限于确定交易文件的最后细节和满足选定投标人的放款人的合理要求。订约当局面临的一个特殊问题是与选定的投标人的谈判有可能导致对方施加压力，要求修正建议书中原先所载的价格或风险分配条款，给政府或消费者带来不利。不应当允许变更建议书中的关键性内容，因为这可能改变作为建议书提交和评分依据的假设。因此，这一阶段的谈判不得涉及最后的建议征求书中认为不可谈判的合同内容（见第76段）。在这一较晚阶段重新讨论商业条款的风险能够通过以下做法进一步降至最低程度，即在投标人相互竞争的阶段，即坚持要求由选定的投标人的放款人表明其赞同投标人的投标书中体现的风险分配方案（见上文第79段）。订约当局的财务顾问可为这一过程作出贡献，

就投标人的建议书是否现实和每个阶段何种程度的财务承诺比较合适等问题提供咨询意见。达成最后资金安排的过程本身可能相当漫长。

97. 订约当局应当通知其余具响应性的投标人，如果与得分较高的投标人的谈判不能达成公私伙伴关系合同，则可能考虑与它们进行谈判。如果订约当局明显地感到，与邀请的投标人进行的谈判最后不会达成公私伙伴关系合同，订约当局应当通知该投标人终止谈判，然后根据排名邀请下一个投标人进行谈判，直至达成公私伙伴关系项目或否决所有余下的建议书。为了避免滥用程序和不必要拖延的可能性，订约当局不应当与已经终止谈判的任何投标人重新开始谈判。

*(b)* 通过对话征求建议书

98. 作为一般规则，如果订约当局采用《贸易法委员会公共采购示范法》第49条规定类别的通过对话征求建议书方法，将不与投标人进行谈判。事实上，《贸易法委员会公共采购示范法》第49条第11款明文规定，“订约当局不得就供应商或承包商提出的最佳和最终报盘与其进行谈判”。严格禁止谈判的理由是，对话阶段已经为投标人改进其建议书的所有方面提供了充分的机会。“最佳和最终报盘”阶段是对话阶段的终结，冻结了由投标人提出的所有规格和合同条款，这样就可以限制不应出现的情形，使订约当局无法利用某一投标人提出的报盘对另一投标人施压，特别是在所报价格方面。否则的话，如果预期会有此种压力，投标人就会提高所报价格，从而给程序的公正性带来风险。[17]

## D. 通过直接谈判授予合同

99. 《指南》建议授予公私伙伴关系合同采用组织严密的竞争性程序，因为广泛认为这些程序最适合用于保护公共利益和促进物有所值（经济性和效率）、公正性和透明度这些目标（见第一章，“一

[17]《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》，第209页，第27段。

般性法律和体制框架”，第5-9和13-16段；另见上文第5-16段）。同时，《指南》建议的授予合同程序避免一些公开程序（如传统的货物和服务招标）所具有的僵化特点，赋予订约当局足够灵活性，使它能够从专业资格、财力、确保服务连续性的能力、对用户的同等待遇和建议书的质量等角度选择最适合其需要的运营者。

100. 直接谈判不能保证采用组织严密的竞争性程序所能够实现的透明度和客观程度。而且，在有些国家，可能有这样的担心：这些谈判中较大的酌处权可能带来舞弊或腐败行为的更大风险。鉴于上述原因，《指南》建议，法律应当规定竞争性授标程序是授予公私伙伴关系合同的通常做法，并规定仅对于特殊和具有客观理由的情况可以进行直接谈判（即不事先诉诸此处所述类别的竞争性授标程序），但须遵守旨在确保以透明和公平的方式进行授标过程的程序。

### *1. 特批情形*

101. 为了保持透明度以及确保授予公私伙伴关系合同方面的纪律，法律应当列出准许订约当局通过直接谈判挑选私人伙伴的例外情况。例如，这些例外情况可以包括：

*(a)* 迫切需要确保立即提供服务，因而采用竞争性授标程序将不切实际，但引起紧迫性的情况既非订约当局所能预见，也非其工作拖拉所造成。例如，某种服务的提供中断，或现有私人伙伴不能以可接受的标准提供服务，或者如果公私伙伴关系合同被订约当局宣布废除，以及鉴于迫切需要保证服务的连续性，采用竞争性授标程序将不切实际，这类情况下可能需要作为特殊情况予以批准；

*(b)* 项目期限短，而且预期的初始投资额不超过所规定的较低数额；

*(c)* 出于国防或国家安全原因；

*(d)* 只有一个私人运营者能够提供所要求的服务（例如，需要利用专利技术或特有的专门技术才能提供），包括某些非应标

建议书的情形(见第114-118段)。为透明度起见，应鼓励订约当局使用适当的竞争性合同授予程序，以替代《指南》载列的详细条款。

### *2. 提高通过直接谈判授予合同做法的透明度的措施*

102. 通过组织严密的竞争性程序以外的谈判方法进行采购应当遵循的程序，一般特点是比其他采购方法采用的程序具有更大的灵活性。几乎没有什么现成的规则和程序来规范当事各方进行谈判和订立合同的过程。在一些国家，采购法允许订约当局可以实质上不受限制地按照自己认为合适的方式进行谈判。另外一些国家的法律则规定了谈判的程序框架，以保持公平性和客观性，并通过鼓励投标人参加来促进竞争。关于通过谈判授予合同的程序的规定涉及以下讨论的各种问题，特别是这样一些问题：订约当局通过谈判挑选私人伙伴的决定须经批准，谈判伙伴的挑选，用来比较和评审报盘的标准，以及授予合同程序的记录。

*(a)* 批准

103. 许多国家规定的一个门槛要求是，在通过组织严密的竞争性程序以外的谈判授予合同之前，订约当局必须获得上级当局的批准。此类规定一般要求谋求批准的申请采用书面方式，并且提出必须利用谈判方法的理由。批准要求的目的特别在于确保只在适当的情况下才使用不经过竞争性程序授予合同的方法。

*(b)* 谈判伙伴的挑选

104. 为使授标程序尽量具有竞争性，适宜的做法是要求订约当局在情况允许时尽量与更多的据判断有可能满足需要的公司进行谈判。除了此种一般规定外，有些国家的法律没有具体规定订约当局至少需要与多少承包商或供应商进行谈判。不过，有些国家的法律则要求订约当局在可行时至少与一定数目的投标人(三个是常见的数目)进行谈判或向它们征求建议书。在某些情况下，特别是潜在投标人少于最低数目时，允许订约当局与较少的投标人进行谈判。

105. 为了增加透明度，还有一种可取的做法是要求采用特定的方式向投标人发出谈判程序通知。例如，可以要求订约当局在通常用于该目的的特定出版物上公布通知。此种通知要求旨在使与其他情况相比有更多的投标人注意到采购程序，从而促进竞争。

106. 鉴于多数基础设施项目规模庞大，通知通常应载有某些最低限信息（例如，项目说明或资格要求），并应提前足够的时间发布以使投标人能够准备报盘。一般来说，适用于竞争性授标程序中投标人的正式资格要求也应当适用于谈判程序。

*(c)* 谈判的进行

107. 在国内法授权的情况下，直接谈判是一种典型的灵活采购方法。然而，《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》请颁布国考虑对竞争性谈判的使用规定其他要求。例如，采购条例或规则或公共采购机构或其他类似机构公布的指导意见“可以要求采购实体采取下述方面的步骤：制定与进行谈判有关的基本规则和程序，以便帮助确保以高效方式进行谈判；编拟各种文件作为谈判基础，其中包括列明拟采购标的的说明或者所希望的合同条款和条件的文件；请与之谈判的供应商或承包商列出细目价格，以协助采购实体对报盘进行比较。”[18]

108. 虽然在直接谈判中一般不发布据以评审最终提交书的单一套采购条款和条件，但如果订约当局的谈判小组能够得到指导意见，谈判可能会更加有效，这种指导意见采取的形式可以是要求建议书达到的一般标准（例如，一般性能目标或产出规格），以及用来评审在谈判中给出的报盘的标准和挑选中标私人伙伴的标准（例如，报盘的技术优点、价格、运营和维护费用、公私伙伴关系合同的赢利能力和发展潜力）。订约当局应当与投标人进行讨论，以便细化和改进建议书，使之达到令订约当局满意的程度。这些讨论可以涉及每份建议书的价格。当建议书最后敲定时，订约当局应当在已经澄清的建议书的基础上争

[18]《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》，第216页，第6段。

取最佳和最终报盘。建议投标人应当随最终报盘一起提供有关证据，证明报盘中所体现的风险分配是提议的放款人能够接受的。提出最佳和最终报盘即宣告谈判过程结束。采购实体和供应商或承包商之间不得就供应商或承包商的最佳和最终报盘进行谈判。然后，合同将授予提出“最经济”或“最有利”报盘的一方。

*(d)* 授予合同的通知

109. 订约当局应当建立授标程序记录（见第134-136段）并应当公布授予合同的通知，除涉及国防或国家安全利益的情形之外，此种通知尤其应当披露不经过适当的竞争性程序授予合同的具体情形和理由（见第101段）。在许多国家，公布公私伙伴关系合同全文以促进透明度和问责制已成为一种惯例。这种做法往往辅之以额外的披露和透明度措施，例如公布私人伙伴对照公私伙伴关系合同所定目标的业绩评价报告，以及政府具备公布此类业绩指标的机制（不管是在订约当局网站上还是在其他地方公布）（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第103和第104段）。

## E. 非应标建议书[19]

110. 公私伙伴关系项目有时源于私营部门直接提交的建议书。这些建议书通常称作“非应标建议书”，因为它们并不涉及公共部门已启动授予合同进程的项目。当私营部门认定可通过公私伙伴关系满足某种基础设施需要时，就可能提出非应标建议书。这些建议书也可能涉及关于基础设施管理的创新性建议并提出向东道国转让新技术的可能性。然而，这些建议书可能会引起透明度、问责制和物有所值方面的各种关切。仍然希望允许考虑非应标建议书的国家应当认真考虑这些关切，并制定适当的保障措施。

[19] 世界银行集团关于如何管理基础设施项目中非应标建议书的建议，见《管理基础设施项目中非应标建议书政策指南》，世界银行集团，2018年。

### *1. 政策考虑*

111. 有时为允许考虑非应标建议书而可能提出的一个理由是激励私营部门提交涉及利用新概念或新技术以满足订约当局需要的建议书。由于竞争性授标程序的性质，直到在竞争中胜出，任何投标人都没有获得项目的把握。拟订大型基础设施项目建议书的费用很高，这使有些公司不敢贸然参与竞争，担心竞争不过相竞争的投标人提交的建议书。相形之下，私营部门可能因为规则允许订约当局就非应标建议书与这些建议书的提交人直接进行谈判而受到一些激励，愿意提交这类建议书。订约当局也会对有可能直接谈判以激励私营部门为发展基础设施拟订创新性建议书感兴趣。

112. 不过，与此同时，在并无其他投标人竞争的情况下依据非应标建议书授予项目，可能会使政府受到严厉批评。善政的最佳做法要求公共当局预测其基础设施需要，并进行系统的规划以满足这些需要。它们应当增强自己构思和规划项目的能力，而不是依赖私营部门发起这些项目（见第二章，“项目规划和准备”，第5-20和47段）。由于评价不充分或规划欠周到，在实践中发现非应标建议书给东道国带来了其长期公共支出和预算控制系统中不曾适当预期的大量或有债务。除此之外，包括多边和双边金融机构在内的预期放款人，可能难以为未经竞争性授标程序的项目提供借款或担保。它们会担心今后的政府有可能提出异议和取消项目（例如，因为授予项目也许日后被认为是偏袒造成的，或者因为程序未为比较项目的价格、技术要素和总体有效性提供客观的参数），或其他有关当事方有可能从法律或政治角度提出异议，例如对涨价不满的客户或声称被不公平地排斥在竞争性授标程序之外的有竞争关系的公司。

113. 正因为这几个原因，一些国家倾向于对非应标建议书既不作出规范，也不明文禁止。仍然希望允许考虑非应标建议书的国家应当考虑是否需要和是否应当制定关于评审和处理非应标建议书的特别程序，以避免利用这类建议书来规避公共投资管理机制。为此，有益的做法可能是分析与非应标建议书有关最经常提到的

两种情况，一种是非应标建议书声称涉及利用新概念或新技术来满足订约当局的基础设施需要，另一种是非应标建议书声称满足订约当局尚未查明的基础设施需要。

*(a)* 非应标建议书声称涉及利用新概念或新技术来满足订约当局的基础设施需要

114. 一般来说，就要求利用某种工业工艺或方法的基础设施项目而言，订约当局愿意鼓励提交这样的建议书，即建议书采纳最先进的工艺、设计、方法或工程概念，而且经证明能够提高项目产出（例如，通过大大降低建造费用，加速项目执行进度，增强安全性，提高项目性能，延长经济寿命，降低设施维护和运营费用，或在项目建造或运营阶段减少负面环境影响或破坏）。

115. 采用经适当修改的竞争性授标程序而不是采用一组处理非应标建议书的特殊规则，也有可能实现订约当局的正当利益。例如，如果订约当局采用注重项目预期产出而不规定实现产出的方式的授标程序（见第72段），投标人将有足够的灵活性，可以提供自己的专利工艺或方法。在这种情况下，每个投标人拥有自己的专利工艺或方法这一事实将不构成竞争的障碍，前提是所有提议的方法在技术上都能够产生订约当局预期的产出。

116. 在这些情况下，给竞争性授标程序增加必要的灵活性，可能是一种更令人满意的解决办法，胜过制定特殊的非竞争性程序来处理声称涉及新概念或新技术的建议书。可能除了可以根据现有知识产权来确定其独特性的专利概念或专利技术以外，订约当局要界定什么是新概念或新技术可能面临很大困难。作出这种判断可能需要独立专家费用高昂的服务，可能得聘请东道国以外的专家以避免被指控有偏见。也许在断定一个项目涉及新概念或新技术的同时，还会有其他有关公司声称它们也掌握合适的新技术。

117. 但有可能出现一种略微不同的情形：建议书独具特点或有其新颖之处，如果不利用建议书的提交人或其合作伙伴在全

球或区域范围拥有专属权的某种工艺、设计、方法或工程概念，项目就无法执行。某种方法或技术如果存在知识产权，确实可能减少或消除有意义竞争的可能性。正因为如此，如果货物、工程或服务只能从特定的供应商或承包商获得，或特定的供应商或承包商拥有有关货物、工程或服务的专属权，而且不存在合理的备选或替代来源，多数国家的采购法律准许采购实体进行单一来源采购（见《贸易法委员会公共采购示范法》，第30条第5款）。

118. 在这种情况下，适当的做法是准许订约当局就项目的执行直接而与非应标建议书的提交人进行谈判。当然，难点是如何以必要程度的客观性和透明度来证实除了非应标建议书设想的方法或技术之外，并无合理的备选或替代方法或技术。为此，订约当局似宜制定获取可用来比较非应标建议书的要素的程序。在这种情况下，使用《贸易法委员会公共采购示范法》就通过对话征求建议书规定的条款，与需要确保公平和客观地对待非应标建议书是一致的。

*(b)* 非应标建议书声称满足订约当局尚未查明的基础设施需要

119. 此类非应标建议书的优点在于查明了东道国当局尚未考虑过的发展基础设施的可能性。不过，这种情形本身通常不应当作为通过直接谈判授予项目的充足理由，除非订约当局在此过程中得到客观保证，它已获得可满足需要的最有利解决方案。非应标建议书无论理由如何充分，不应当取代政府自己对其基础设施需要的评估以及法律要求的规划和评估措施（见第二章，“项目规划和准备”，第5-20段）。

### *2. 处理非应标建议书的程序*

120. 鉴于上述考虑，订约当局似应制定透明的程序，以确定非应标建议书是否满足所要求的条件以及采取这种办法是否符合订约当局的利益。

*(a)* 对受理非应标建议书的限制

121. 为了确保适当的公共开支问责制，有的国内法律规定，如果项目的执行需要订约当局或其他公共当局作出重大财政承诺，例如担保、补贴或参股，则不得考虑非应标建议书。这种限制的理由是，处理非应标建议书的程序一般不如通常的授标程序详尽，不一定确保其他程序将会达到的那种透明度和竞争性。不过，也许有必要在适用这一条件时允许有一定程度的灵活性。在有些国家，有政府支持但并非政府直接担保、补贴或参股（例如，将公共财产出售或出租给项目建议书的提交人），不一定使一项建议书失去被作为非应标建议书对待和接受的资格。

122. 考虑非应标建议书的另一个条件是，这种建议书涉及的应当是订约当局未启动或未宣布授标程序的项目。处理非应标建议书，而不利用竞争性授标程序，理由是激励私营部门查明新的或未预料到的基础设施需要，或拟订满足这些需要的创新性建议书。如果项目已为东道国当局确定，而私营部门仅仅是在提议与订约当局设想的有所不同的技术解决方案，这种正当理由就可能不复存在。在这种情况下，订约当局仍可借助涉及与投标人对话的授标程序，而利用创新性解决方案（见第92-94段）。不过，在已经开始或宣布的授标程序以外受理非应标建议书，将不符合授予公共合同的公平原则。

*(b)* 确定非应标建议书的可接受性的程序

123. 应当要求同政府接洽并提出私人发展基础设施建议的公司或公司集团提交初步建议书，其中载有充分的信息，使订约当局能够初步评估处理非应标建议书的条件是否具备，特别是提议的项目是否符合公共利益。例如，初步建议书应当包括下列信息：提交人此前实施项目的经验和财务状况的说明；项目说明（项目类型、地点、地区影响、拟议投资、运营费用、财务评估、需要政府或第三方提供的资源）；场地具体情况说明（所有权以及土地或其他财产是否需要征用）；服务和工程的说明。

124. 在初步审查之后，订约当局应在合理的短暂时间内通知公司该项目是否符合潜在的公共利益。如果订约当局对项目反应积极，应当邀请公司提交正式建议书，其中除初步建议书所涉内容外，还应当载有技术和经济可行性研究（包括特点、成本和效益）及环境影响研究。此外，还应当要求建议书提交人提交关于建议书中设想的概念或技术的令人满意的信息。披露的信息应当足够详尽，使订约当局能够对相关概念或技术作出正确评价，并断定该概念或技术是否符合要求的条件并有可能按拟议项目的规模顺利实施。提交非应标建议书的公司对于其在整个程序中提交的所有文件拥有所有权，如果建议书遭到拒绝，这些文件应退还该公司。

125. 在建议书提交人提供了所有要求的信息后，订约当局应当在合理的短暂时间内决定是否打算推行此项目，如果打算推行此项目，将采用什么程序。应当根据订约当局在下述方面的初步判断选择适当的程序，即如果不利用提交建议书的公司或其合作伙伴拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念，是否有可能实施项目。

*(c)* 批准

126. 与《指南》所建议类别的竞标程序的例外情形一样，为透明度和问责制起见，处理非应标建议书的决定不应仅由订约当局作出。因此，订约当局一旦确定推进该项目符合公共利益，即应当征得上级当局批准对非应标建议书进行审议并批准将用于这一目的的拟议程序。请求批准的申请应以书面形式提出，并说明按订约当局提议的方式采取行动的理由。批准要求的目的特别在于确保只在适当的情况下才使用基于非应标建议书授予合同的方法。

*(d)* 处理不涉及专利概念或专利技术的非应标建议书的程序

127. 如果订约当局在审查非应标建议书之后断定，推行此项目符合公共利益，但是不利用提交人或其合作伙伴拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念，也有可能实施项目，则应当要

求订约当局利用授予公私伙伴关系合同通常要求的程序授予项目，例如，本《指南》所述的竞争性授标程序（见第51-98段）。不过，一些国家在授标程序中纳入了某些特殊做法，以便对提交非应标建议书提供激励。这些激励措施可以是下列措施：

*(a)* 订约当局可以保证，在未邀请提交原始建议书的公司的情况下，不会开始进行非应标建议书所涉项目的授标程序；

*(b)* 可对原始投标人提交建议书给予某种形式的奖励。在采用评分办法来评审财务和技术建议书的某些国家，奖励的形式是最后评分基础上的某种优惠幅度（即在该公司财务和非财务评审标准两方面最后综合得分基础上加一个百分比）。此种办法一个可能的难点是，可能将优惠幅度定得很高而妨碍其他人提出相竞争的有价值的投标，从而导致为给予有创新精神的投标人优惠而获得一个价值较低的项目。另一种较好的激励形式可以是全额或部分偿还原提交人为拟订非应标建议书发生的费用。为透明度起见，任何此类激励措施应当在建议征求书中公布。

128. 不过，应当指出，这种激励措施可能会使潜在投标人不愿承担提交建议书的费用。因此，在考虑对非应标投标人的适当激励水平时，订约当局最好设法确保有意义的竞争，并避免过于偏袒非应标投标人而使其他潜在投标人望而却步。尽管可以提供激励措施，但仍然应当要求非应标建议书的提交人达到参加竞争性授标程序的投标人应当达到的相同资格标准（见第82-87段）。

*(e)* 处理涉及专利概念或专利技术的非应标建议书的程序

129. 如果建议书的创新方面表明，不利用提交人或其合作伙伴在全世界或区域范围拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念，就不可能执行项目，则订约当局似宜通过获取可用来比较非应标建议书的要素的程序来确认该初步评估。其中一种此类程序可

能是公布建议书主要产出要素的说明(例如基础性设施的能力、产品或服务质量或单位价格),并邀请其他有关各方在某个期限内提交备选或可比较的建议书。此种说明不应当包括非应标建议书的投入要素(例如设施的设计,或拟采用的技术或设备),以避免向潜在竞争者泄露非应标投标人的专利资料。提交建议书的期限应当与项目的复杂程度相称,并应当使预期的竞争者有足够的时间拟订建议书。这可能是获得备选建议书的关键因素,例如,如果投标人必须进行详尽的地下地质调查,而原始投标人很可能已经花数月时间进行此项调查,并且希望对地质调查结论加以保密。

130. 征求可比较或相竞争建议书的邀请书应当至少在一家普遍发行的出版物上以最低限度的频率(例如,每周一次,共三周)公布。该邀请书应当说明可以获得招标文件的时间和地点,并应当具体说明可以接收建议书的时间。订约当局必须保护原始提交人的知识产权,并确保对与非应标建议书一起收到的专利信息予以保密。任何此种信息不应构成招标文件的组成部分。应当要求原始投标人和希望提交备选建议书的任何其他公司提交投标担保(见第68段)。按照收到的对邀请书作出的反应,可以遵循两种可能的途径:

*(a)* 如果未收到备选建议书,订约当局可以合理地断定,除了非应标建议书设想的方法或技术之外,并无合理的备选或替代方案。订约当局的这一调查结论应予适当记录,订约当局可获准与原始提交人直接谈判。适宜的做法可能是,如果订约当局通常须经某个当局批准才能通过直接谈判挑选私人伙伴,则订约当局的决定应当提交该当局审查和批准(见第103段)。有些国家的法律规定必须采用竞争性程序,它们使用这些程序的目的是建立必要的透明度,避免日后人们对由于非应标建议书而授予公私伙伴关系合同提出质疑。在这些国家,以及按照《示范法》的规定,只要发布了投标邀请书,即可将合同授予最初提交了非应标建议书的投标人,即使收到的建议书仅此一份。这是因为,遵守竞争性程序通常要求存在着竞争的可能性,但不一定要求竞争确曾出现。

发布投标邀请书即提供了竞争可能性，同时又提高了所需要的透明度；

*(b)* 如果有备选建议书提交，订约当局应当邀请所有投标人进行谈判，以期确定实施项目的最有利的建议书（见第102-109段）。如果订约当局收到的备选建议书数量足够多而且表面看来均符合其基础设施需要，就可能有正式展开竞争性授标程序的机会（见第34-98段），但应给予原始建议书的提交人以某种激励（见第127*(b)*段）。

131. 应当要求订约当局建立有关授标程序的记录（第138段）并发布授予项目的通知（见第133段）。

## F. 保密

132. 为了防止滥用授标程序并增进对整个过程的信任，当事各方均须保守机密，特别是在需要进行谈判时。这种保密做法尤其有助于保护投标人可能载入其建议书但不希望透露给竞争对手的任何知识产权、商业秘密或其他敏感信息。不论订约当局采用什么合同授予方法，都应做到保守机密。具体而言，这意味着订约当局与两个投标人谈判的官员不得向任何一个投标人透露与另一个投标人谈判的内容。保密还有助于避免投标人相互串通，例如，在下述情况下，即投标人分享订约当局的成本结构信息，以调整其建议书并在它们之间分享一系列合同机会。

## G. 授予项目的通知

133. 公私伙伴关系合同中有些条款常常直接关系到订约当局和私人伙伴以外的当事方，这些当事方理应获知项目的某些基本内容。如果项目涉及直接向一般公众提供服务，情况尤其如此。为透明度起见，可取的做法是制定关于公布公私伙伴关系合同中可能涉及公共利益的条款的程序。无论订约当局使用何种方法挑选

私人伙伴(例如,通过竞争性授标程序,通过直接谈判,或者作为一份非应标建议书的结果),均应执行这项要求。一种可能的程序也许是要求订约当局公布授予项目的通知,其中载明拟议协议的基本内容,例如:*(a)*私人伙伴的名称;*(b)*对私人伙伴拟实施的工程和服务的说明;*(c)*合同的期限;*(d)*价格结构;*(e)*对私人伙伴主要权利和义务及其提供的担保的摘要说明;*(f)*对订约当局的监测权和违反公私伙伴关系合同时的补救措施的摘要说明;*(g)*对政府主要义务的摘要说明,包括由政府提供的任何付款、补贴或补偿;*(h)*建议征求书所规定的公私伙伴关系合同的任何其他关键条款。

## H. 合同授予程序的记录

134. 为了确保透明度和问责制,并便利受害投标人行使其要求复审订约当局的决定的权利,应当要求订约当局保存有关合同授予程序关键信息的适当记录。东道国的法律和条例通常规定必须以哪种形式和手段保持记录,以及记录中相关信息的披露范围和披露对象。

135. 订约当局保存的记录视情况应当载列通常要求在公共采购中记录的关于授标程序的一般信息(例如,《贸易法委员会公共采购示范法》第25条所列信息)以及与公私伙伴关系特别相关的信息。此种信息可包括下列各项:

*(a)* 关于订约当局为之征求建议书的项目的说明;

*(b)* 参加投标联合体的各公司的名称和地址以及与之订立公私伙伴关系合同的投标人的各成员的名称和地址;关于公告要求的说明,包括所使用公告或所发送邀请书的副本;

*(c)* 关于订约当局据以证明所选授予合同程序正当性的理由和情况的说明;

*(d)* 如果通过预选的投标人后来被允许改变其组成成员, 关于允许此种改动的理由和对任何有关替代或增补联合体的资格进行审查的结果的说明;

*(e)* 与投标人具备资格或缺乏资格有关的信息, 以及评审和比较建议书的摘要说明, 包括运用任何优惠幅度的情况;

*(f)* 订约当局委托编写的初步可行性研究的结论的摘要和由通过资格审查的投标人提交的可行性研究的结论的摘要;

*(g)* 关于澄清预选文件或建议征求书的任何要求及相应答复的摘要, 以及这些文件所作任何修改的摘要;

*(h)* 建议书主要条款和公私伙伴关系合同主要条款的摘要;

*(i)* 如果订约当局认为最有利的建议书并非就预期产出报出了最低单位价格的建议书, 关于授标委员会得出该结论的理由陈述;

*(j)* 如果所有建议书均遭拒绝, 关于此情况及拒绝理由的说明;

*(k)* 如果与提交最有利建议书的联合体的谈判和随后与其余具响应性联合体的任何谈判均未达成公私伙伴关系合同, 关于此情况及其理由的说明。

136. 如《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》所述, "对于诸如透明度和问责制以及需要向供应商和承包商提供必要信息使其能够评价其表现并酌情考虑提出质疑这样一些目标, 必须与保护供应商和承包商正当商业权益的必要性平衡。"[20] 因此, 《贸易法委员会公共采购示范法》第25条第2款要求, 载有上文*(a)*、*(b)*和*(c)*项所述类别信息的记录部分, 应当"在中选提交书被接受后, 或者在采购被取消后", 提供给请求得到此种记录的"任何人"。不过, 按照《示范法》第25条第3款, 载有*(d)*至*(k)*项所述类别信息的记录部分, 只应当在关于中选提交书被接受的决定已为递交提交书的供应商或承包商知悉后, 才提供给请求得到此类信息的这些供应商或承包商。

[20]《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》, 第123页, 第5段。

137. 对于不经过竞争性程序授予合同（见第101段），有关这些程序的记录除第121段中提到的可能适用的要求之外，似宜还包括下述附加信息：

*(a)* 订约当局据以进行直接谈判的理由和情况的说明；

*(b)* 所使用的公告形式或直接被邀请进行谈判的公司的名称和地址；

*(c)* 申请参加谈判的公司的名称和地址，如果排除了某些公司，这些公司的名称和地址及排除的理由；

*(d)* 如果谈判并未产生公私伙伴关系合同，关于此情况及其理由的说明；

*(e)* 选定最后的私人伙伴的理由。

138. 对由于非应标建议书而进行的授标程序（见第110-119段），有关这些程序的记录除第135段提到的可能适用的要求之外，似宜还包括下述附加信息：

*(a)* 提交非应标建议书的公司的名称和地址及该建议书的简要说明；

*(b)* 订约当局有关非应标建议书被认定符合公共利益并酌情涉及新概念或新技术的证明；

*(c)* 所使用的公告形式或直接被邀请进行谈判的公司的名称和地址；

*(d)* 申请参加谈判的公司的名称和地址，如果排除了某些公司，这些公司的名称和地址及排除的理由；

*(e)* 如果谈判并未产生公私伙伴关系合同，关于此情况及其理由的说明；

*(f)* 选定最后的私人伙伴的理由。

139. 关于涉及非应标建议书的授标程序的记录要求的规则似宜具体规定披露的程度和对象。确定披露的参数需要平衡兼顾以下因素：从订约当局问责制的观点看，广泛披露的总体可取性；需要向投标人提供必要信息，使之能够评估其在程序中的表现和发现有正当理由要求予以复审的情况；以及保护投标人机密商业信息的必要性。鉴于这些考虑，似宜如《贸易法委员会公共采购示范法》第25条所设想，实行两种级别的披露。拟向一般公众任何成员提供的信息可限于与订约当局对一般公众负责制有关的基本信息。不过，似宜规定向投标人披露与进行授标程序有关的更详尽信息，因为投标人必须掌握这种信息，才能够监测其在合同授予程序中的相对表现，并监测订约当局在落实适用法律和规章的各项要求方面的行为。

140. 此外，还应当采取适当措施避免泄露供应商和承包商的机密商业信息。披露关于评审和比较建议书的信息尤其如此，因为过分披露这种信息会损害投标人的合法商业利益。通常，订约当局不应当披露有关审查、评审和比较建议书和建议书中的价格的较详细信息，但主管法院下令这样做时除外。

141. 关于限制披露授标程序相关信息的规定，并不排除对记录的某些部分可适用颁布国授予一般公众查阅政府记录的普遍权利的其他法规。依据东道国适用的法律，可能必须向立法或议会监督机构披露此种记录中的信息。

## I. 复审程序

142. 存在公正、高效的复审程序，是吸引认真、有能力的投标人和减少授标程序的费用和时间的基本要求之一。为确保妥善遵守关于授标程序的规则，一项重要保障措施是投标人有权要求对订约当局采取的违背这些规则或侵犯投标人权利的行为进行复审。不同法律制度和行政制度设置了与复审政府行为这个问题密切相关的各种各样的补救办法和程序。无论复审程序采取何种具体形式，都必须确保提供充分的机会和有效的复审程序。建立一种行得通

的“合同订立前”追索制度(即在可行情况下在授标程序中尽早复审订约当局的行为的程序)特别有益。这样一种制度增加了在造成损失前由订约当局采取纠正行动的可能性,而且有助于减少只有金钱赔偿才是消除订约当局不当行为所致后果的唯一办法的情形。《贸易法委员会公共采购示范法》第八章载列了建立完备的复审制度的要点。

143. 《反腐败公约》第九条要求(除其他事情以外)采购制度涉及“有效的国内复审制度,包括有效的申诉制度,以确保在[……]制定的规则或程序未得到遵守时可以诉诸法律和进行法律救济。”根据这项要求,《贸易法委员会公共采购示范法》第八章提供了一些复审规定,鼓励颁布国在本国法律制度允许的范围内将其纳入本国采购法律。这些规定包括可以提出请采购实体重新审议在采购程序中作出的决定的任择性请求,以及受害供应商或承包商在此情况下可以向采购实体、独立机构或法院提出申请。不过,《示范法》承认,向复审机构提出申请的先后顺序在很大程度上取决于颁布国的法律传统。鉴于《反腐败公约》中的要求,各国必须设有复审机制和上诉机制,但《示范法》是灵活的,颁布国可按照本国的法律传统贯彻其中的规定。按照《示范法》,采购实体采取的任何决定或行动,凡是被指称不符合采购法规定的,声称由于这一所指称的不合规决定或行动而遭受了损失或损害或者可能遭受损失或损害的供应商或承包商均可对此种决定或行动提出质疑。与这种广泛的质疑机制相伴而来的还有各种机制,以确保此种程序的效能,并在以下两个方面保持适当平衡,即一方面必须维护供应商和承包商的权利以及采购程序的公正性,另一方面必须限制对采购程序的干扰。因此,《示范法》第65条规定一般禁止在质疑尚未解决时采取任何步骤使采购合同生效,除非紧迫的公共利益考虑要求解除此禁令。《示范法》还载有暂停采购程序的规定,以及鼓励及早并及时解决问题和争端以使质疑在需要撤销采购程序各阶段之前得到处理的辅助措施。

# 四． 公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同

## A． 公私伙伴关系合同的一般规定

1. 订约当局和私人伙伴之间的“公私伙伴关系合同”是公私伙伴关系的核心合同文件。公私伙伴关系合同界定项目的范围和目的，也界定当事各方的权利和义务；它就项目的执行作出详细规定，并载列运营基础设施或提供有关服务的条件。在特许权公私伙伴关系中，该合同还涵盖私人伙伴提供公共服务并主要从用户和订约当局那里得到付款的条件。在非特许权公私伙伴关系中，该合同必须确保基础设施、设施或服务得以开发和运营，以换取订约当局支付商定的报酬。公私伙伴关系合同可以是单一文件，也可以是订约当局与私人伙伴或项目所涉任何相关实体之间订立的多项不同协议。立法条款可以提供指引，例如公共政策原则和解释规则，从而避免各种合同文件互不一致。本节讨论公私伙伴关系合同与地方或国家公私伙伴关系合同条例之间的关系。此外，本节还讨论公私伙伴关系合同的订立及其生效的程序和手续。

### *1. 立法做法*

2. 国内立法往往载有处理公私伙伴关系合同内容的条款。有些国家的法律仅提到私人伙伴和订约当局之间需要订立协议，另一些国家的法律则包含广泛的强制性规定，其中涉及协议应予列入条款的内容。有些法律采取介于两者之间的做法，列出公私伙伴关系合同需要解决的若干问题，但没有详细规范合同条款的内容。

3. 关于公私伙伴关系合同某些基本要素的立法条款可能有助于就当事各方之间分配权利和义务建立一个总体框架，以落实作

为项目设计的基础的风险分配(见第二章,“项目规划和准备”,第37-45段)。立法条款可能意在确保以一致方式处理某些合同问题,并为不同级别政府(国家、省或地方)参与谈判公私伙伴关系合同的公共当局提供指引。这种指引对缺乏公私伙伴关系合同谈判经验的订约当局而言可能特别有用。最后,有时需要立法赋予订约当局就某些类型的条款达成协议的权力。

4. 但是,在一般立法条款中详细规定当事各方的权利和义务,可能会使订约当局和私人伙伴丧失了必要的灵活性,无法根据具体项目的需要和特点来谈判协议。因此,最好将涉及公私伙伴关系合同的一般立法条款限制在确属必要的范围之内,例如关于当事各方需要事前得到立法授权的事项的条款,或关于可能影响到第三方利益的事项的条款,或者与不允许协议更改的基本政策事项有关的条款。

### *2. 公私伙伴关系合同的管辖法律*

5. 关于公私伙伴关系合同适用法律的法定条款往往并不见于关于公私伙伴关系的国内立法中。这是因为许多国家的法律认为公私伙伴关系是公共合同的一个类别,因此受订约当局的国内法管辖(见“导言和公私伙伴关系的背景信息”,第15段)。处理这一问题的公私伙伴关系立法通常只是规定适用东道国的法律,一般性提及国内法或提及适用于公私伙伴关系合同的专门法律或规章。在某些法律体系中,可能有服从东道国法律这样一种默认做法,甚至在根本没有这方面法定条款的情况下。然而,在跨境公私伙伴关系的情况下,例如,当基础设施或服务跨越不止一个法域时,可能需要确定由哪一项或几项法律来管辖合同。

6. 适用于公私伙伴关系合同的法律包括东道国适用于公私伙伴关系项目执行期间出现的各种问题的法律,在有些国家,这些项目可能须服从公共合同特殊规则(一般论述,见第七章,“其他有关的法律领域”,B节)。适用于公私伙伴关系合同的法律包括具有行政法或其他公法性质的规则时,在东道国适用这些规则可能具有强制性,如关于环境保护措施与卫生和劳动标准

的规则。有些国内法明确规定哪些事项须遵守强制性适用的规则。然而，公私伙伴关系合同或设施运营所产生的一些问题，可能不受具有公法性质的强制性规则管辖。由公私伙伴关系合同产生的大部分合同问题一般属于这种情况（例如，合同的订立、有效性和违反，包括违反合同和不正当终止的赔偿责任和补偿）。

7. 没有公私伙伴关系立法而希望通过此种立法的东道国可能需要在不止一项法律文书中解决此类项目提出的各种问题。另外一些国家可能只想对尚未在现行法律规章中令人满意地处理的某些问题制定立法。例如，关于公私伙伴关系的专门立法可以规定挑选私人伙伴的程序的具体特点，而关于管理该程序的细节，可酌情参考关于授予政府合同的现行立法。同样，在通过关于公私伙伴关系的立法时，东道国可能需要废止立法机关认为会妨碍公私伙伴关系的实施的某些法律规章的适用，并确保此类法律规章与总体公私伙伴关系立法相一致（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第25-28段）。

8. 为了明确起见，一种有益的做法可能是向潜在投资人提供信息，说明哪些立法和规章直接适用于公私伙伴关系的执行，并酌情说明哪些立法和规章的适用已由立法机关废止。然而，由于不可能在法律中详尽列出与公私伙伴关系直接或间接相关的所有立法或规章，最好在一份非立法文件中提供这样一份清单，如存在公私伙伴关系机构时由此种机构编写的宣传手册（见第二章，“项目规划和准备”，第47段），或负责促进投资的机构编写的宣传手册。也可在发出建议征求书时向投标人提供相关条例（见第三章，“授予合同”，第66和70-76段）。

### *3. 公私伙伴关系合同的订立*

9. 对于像基础设施项目这样复杂的项目而言，从挑选中标投标人到最终敲定和签署所有合同文件之间需要几个月的时间并不罕见（见第三章，“授予合同”，第95-98段）。在规划阶段进行的可行性研究和其他研究的质量，以及有详细和充分的合同模板和指南（见第二章，“项目规划和准备”，第52段），对于促进完成

相关工作并减少不必要的延误至关重要。然而，按道理不能指望放款人和其他资本提供者会在最后授予公私伙伴关系合同之前就作出不可撤销的最后承诺，当事各方在最后敲定公私伙伴关系合同时仍需要将融资条款和条件考虑在内。还可能需要额外的时间来履行法律常常规定的某些手续，例如由上一级当局批准公私伙伴关系合同。在有些国家，公私伙伴关系合同或某些类型公私伙伴关系合同的生效需要议会颁布法令，甚至需要通过专门的立法。与提供公共服务有关的特许权公私伙伴关系通常是这种情况。考虑到拖延实施公私伙伴关系合同带来的成本，似宜设法加快最后的调整过程，避免不必要地拖延公私伙伴关系合同的订立。

10. 当事各方可通过在规划阶段制定时间表来减少拖延的风险，该时间表规定重要的步骤和基准，甚至可能构成公私伙伴关系生效的前提条件。可作为步骤和基准的内容可能包括强制性的公共当局批准（见第二章“项目规划和准备”，第54段）、在规定期限内成立项目公司（见第13-20段）、取得所需的财政手段（见第三章，“授予合同”，第79段；另见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第56-59段）、取得进行作为公私伙伴关系标的的活动所需的执照或许可证（见第二章，“项目规划和准备”，第53-55段）。在最后阶段本身，已发现有几个因素拖延合同的订立，例如当事方缺乏经验、不同公共当局之间协调不良、政府支持程度不确定以及难以确定放款人可以接受的担保安排。政府可以通过向代表该国订约当局行事的代表提供充分指导而发挥重大作用。在这方面，公私伙伴关系机构或类似协调机构的作用对于保持订立合同进程的正常进行和促进快速取得进展至关重要（见第二章，“项目规划和准备”，第47段）。当事各方对公私伙伴关系合同中应包括的条款理解得越清楚，圆满地订立公私伙伴关系合同的可能性就越大。相反，如果重要问题在授予合同之后始终悬而未决，并且当事各方很少得到关于公私伙伴关系合同实质内容的指导，则相关讨论很有可能费用高昂、旷日持久，也很有可能会有人不无理由地指责挑选过程透明度和竞争性不够。

11. 世界银行[1]或国际顾问工程师联合会[2]等国际组织提供了关于公私伙伴关系合同起草的建议，或者汇编了可作为起草公私伙伴关系合同或合同某些内容的起点的标准条款。这些模板在世界各地得到广泛接受和使用，并由这些机构定期更新。此外，还就其含义和解释提供了指导意见，从而确保一致性并相应降低风险。

12. 还应当审查公私伙伴关系合同订立和生效的程序，以便加快步伐，避免项目时间表延迟造成的不利后果。在一些国家，相关立法将酌情约束订约当局或政府的权力授予指定官员，以便一经签署或一经履行某些手续，例如在政府公报上公布，公私伙伴关系合同即告生效。在另一些国家，这种程序可能并不可行或者还需要另一个实体最后批准，这些国家似宜考虑精简批准程序。当这种程序被认为具有随意性或太过繁琐时，可能会要求政府向私人伙伴和放款人提供充分的担保以防范这种风险（见第二章，“项目规划和准备”，第71-76段）。有些国家有批准要求，如果由于不属于选定投标人的原因而未予最后批准，订约当局有时被授权补偿选定投标人在选择过程中和项目准备过程中发生的费用。

## B. 私人伙伴的公司结构

13. 关于私人伙伴公司结构的某些要求常见于国内立法中，并由公私伙伴关系合同的详细条款加以阐述。这些要求通常涉及私人伙伴作为法律实体的设立、其资本、活动范围、章程和细则。在大多数情况下，选定投标人设立一个项目公司，该项目公司是一个独立的法律实体，拥有自己的法律人格，通常称为“特殊目的载体”或“特殊目的实体”，项目公司然后成为公私伙伴关系合同下的私人伙伴。作为独立法律实体设立的项目公司是一般用来按照项目筹资方法筹集资金的载体（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第56段）。这种独立的项目公司有助于项目执行中的协调，并为保护项目的利益提供一个机制，项目公司的利益不一定与母公司

[1]“公私伙伴关系合同条款指南”，2017年版，国际复兴开发银行，世界银行。

[2]有关信息载于国际顾问工程师联合会网站：http://fidic.org。

的利益或视情形而定与联合体成员或其他项目促成人的利益相一致。当项目联合体成员承诺提供项目所需的相当部分服务或用品时，这一方面可能至关重要。

14. 如果尚未成立项目公司，通常要求在选定中标联合体之后较短时间内设立项目公司。由于私人伙伴的责任和义务中相当一部分通常是在早期商定的，其中包括长期性的责任和义务（公私伙伴关系合同、贷款和担保协议和建造合同），所以在就这些文书进行谈判时项目有其独立的代表，对项目而言是有益的。还有，长远来看，项目公司的持股结构应当反映中标联合体成员之间就各自对项目的承诺水平和股权参与达成的一致意见（见第三章，“授予合同”，第42段）。在一些国家，外国投资须遵守专门的规则并由主管当局逐案批准，这些国家发现将投资登记要求与公私伙伴关系项目授权要求合并成一个单一程序是有益的，有利于节省时间和成本。

15. 提供公共服务的实体往往需要按照东道国的法律作为法律实体而设立。这项要求反映出立法机关希望除其他以外确保公共服务提供者遵守本国会计和公开性条款（例如公布财务报表或关于公开某些法人行为的要求）。不过，这突出说明东道国有必要实施适当的公司法（见第七章“其他有关的法律领域”，第31-34段）。项目公司可以很容易设立，并适当顾及被视为符合公共利益的合理要求，这些可能有助于避免不必要地拖延项目的实施。

16. 另一个重要问题涉及设立项目公司所需的股本投资。订约当局理所当然要争取充足的股本，以确保项目公司有坚实的财务基础并保证其履行义务的能力。但是，所需的投资总额以及债权资本与股权资本的理想比例随着项目的不同而不同，不宜由法律规定一个固定数额作为在本国实施基础设施项目的所有公司的最低限度资本。相反，可以让订约当局有更大的灵活性，以得出与项目的财务需要相称的适当的股本投资数额。例如，可以在建议征求书中用债务和股本之间的一个理想比例来表示预期股本投资，并可将预期股本投资作为财务和商业建议书的评价标准之一，以激励投标人之间的竞争（见第三章，“授予合同”，第84-86段）。

17. 无论如何，都似宜审查关于私人伙伴组建的立法条款或条例要求，以确保这些条款与东道国承担的国际义务相一致。限制或要求服务提供者须通过特定类型的法律实体或合资企业才能提供服务，以及从外国人持股的最高百分比限制或单笔或全部外国投资的总值方面限制外国资本的参与，这些规定均可能与关于经济一体化或服务贸易自由化的某些国际协议的签署国所承担的具体义务不一致。

18. 关于私人伙伴公司结构的上述考虑也适用于将公私伙伴关系合同授予现有法律实体、在该国运营其他公私伙伴关系项目的法律实体的子公司或者将公私伙伴关系合同授予国有企业，后者在一些国家比较常见。在国有企业实施公私伙伴关系项目的情况下，需要认真考虑——最好早在规划阶段——缓解国家作为项目公司控股股东与少数股东之间潜在利益冲突的措施。由于国家和项目公司之间的代理关系，还需要考虑放款人对政治风险的担忧。此外，还应当考虑在会计上如何处理国有公司承担的债务以及这种债务作为潜在的附属或间接负债对国家资产负债表可能产生的影响（见第二章，“项目规划和准备”，第15-16段；另见第七章，“其他有关的法律领域”，第44-46段）。

19. 国内法有时载有关于项目公司活动范围的规定，例如要求活动仅限于特定项目的开发和运营。这类限制可能有助于确保项目账目的透明度并保持项目资产的完整性，因为可以将该项目的资产、收益和负债同其他项目或与该项目无关的其他活动区分开来。此外，这种规定还便于评估每个项目的绩效，因为每个项目的亏损或利润是不能以其他项目或活动的债务或收益来弥补或抵减的。然而，给予私人伙伴将其活动扩展到相关项目或辅助活动的可能性（例如，与建造地铁线路相关联，开发火车站附近的购物中心或房地产项目）可能会对拥有此类相关项目专门知识的私人伙伴或联合体成员产生强烈的激励（见第二章，“项目规划和准备”，第84-86段）。

20. 订约当局可能还希望得到以下保证，即项目公司的章程和细则充分反映该公司在公私伙伴关系合同中承担的义务。因此，公

私伙伴关系合同有时规定：对项目公司章程和细则的修改，必须在得到订约当局批准时才能生效。如果订约当局或另一公共当局参与了项目公司，有时作出这样的规定，即在股东会议或董事会会议上，订约当局投赞成票才能作出某些决定。无论如何，必须对两个方面进行权衡，一方面是由订约当局代表的公共利益，另一方面是有必要给项目公司以开展业务的必要灵活性。如果认为有必要规定对项目公司章程和条例的拟议修正必须得到订约当局批准，此种规定最好只限于涉及被认为关系非常重大的条款的情况（例如，资本数额、股份等级及其特权或者清算程序），这些应在公私伙伴关系合同中予以确定。

## C. 项目场地、资产和地役权

21. 关于项目场地的规定是多数公私伙伴关系合同的基本组成部分。它们涉及的问题一般包括土地和项目资产的所有权、土地的购置以及私人伙伴建造或运营基础设施所需的地役权。如果公私伙伴关系合同设想向私人伙伴转让公共财产或确立使用公共财产的权利，可能需要事先的立法授权。如果项目场地不在公共财产上，可能还需要立法为购置所需要的财产或地役权提供便利。

### *1. 项目资产的所有权*

22. 如前所述，公私伙伴关系项目可能涉及项目相关资产为公共所有或设施完全由私人利益方拥有和运营的情况（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第48-55段）。不管东道国的一般政策或部门政策如何，重要的是所涉各种资产的所有权制度得到明确界定并以充分的立法授权为依据。然而，制定这方面的详细立法条款可能并无迫切需要。在许多国家，提供一个立法框架概述需要在公私伙伴关系合同中处理的事项就足够了。

23. 有些法律制度一般将在特许权类公私伙伴关系下提供公共服务所需的有形基础设施视作公共财产（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第14-16段），即使该基础设施最初是用私人资金购置或建立的。其中除可能由订约当局向私人伙伴提供的任何财产之

外，一般还包括为建造该设施而特意购置的任何财产。不过，在项目寿命期内，私人伙伴可能对该设施进行大规模的改进或扩建。也许并非总是能够容易地根据适用的法律，确定这种改进或扩建是否是私人伙伴所持有的公共资产的一部分，或者其中一些改进或扩建是否可与私人伙伴所持有的公共财产分开并成为私人伙伴的私有财产。因此，公私伙伴关系合同似宜酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将成为私人伙伴的私有财产。

24. 明确项目资产所有权的必要性并不限于将提供公共服务所需的有形基础设施视为公共财产的法律制度。一般来说，如果由订约当局提供执行项目所需的土地或设施，公私伙伴关系合同似宜酌情具体规定哪些资产将依然是公共财产，哪些资产将成为私人伙伴的私有财产。私人伙伴可以获得这种土地或设施的所有权，也可以仅仅获得这种土地或设施的租赁权或使用权，以及在这种土地上进行建造的权利，当这种土地仍然是公共财产时尤其如此。在任一种情况下，私人伙伴权利的性质都应当明确规定，因为这将直接影响私人伙伴为筹集项目资金而在项目资产上设定担保权益的能力（见第60和第61段）。

25. 除了公私伙伴关系合同期限内资产的所有权之外，还应当考虑公私伙伴关系合同期满或终止时的所有权制度。在特许权类公私伙伴关系中，订约当局寻求服务的连续性，因此对与项目有关的有形资产感兴趣，这将要求在合同结束时移交所有项目资产。反过来，在非特许权类公私伙伴关系中，公私伙伴关系合同主要被视为在特定时期内采购服务的手段，而不是建造有形设施的手段。因此，在非特许权类公私伙伴关系中，法律可以将私人伙伴的移交义务局限于最初从订约当局或其他公共机构那里收到的公共资产和财产，或被认为是确保提供服务所必需的某些其他资产。如果指定了一个新的私人伙伴，这种财产直接从私人伙伴移交给该私人伙伴之后提供服务的另一个私人伙伴（另见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第42和第43段）。

26. 这种立法办法的差异往往反映出公共部门和私营部门在不同的法律和经济制度下起着不同的作用，但也可能是因为订约当局

有一些实际考虑。订约当局允许私人伙伴在项目期结束时保留某些资产，一个实际考虑可能是希望降低提供服务的费用。如果项目资产可能对私人伙伴有残余价值，并且在挑选过程中可以考虑到该残余价值，订约当局就可以指望收取的服务费会低一些。的确，如果私人伙伴不指望必须在项目寿命期内收回资产的全部成本，而是可以在公私伙伴关系合同到期后通过出售资产或将其用于其他目的而收回部分成本，则提供服务的成本可能低于私人伙伴必须在项目寿命期内摊销其全部成本的情况。此外，某些资产在项目期结束时可能需要广泛的整修或技术升级，订约当局要这些资产或许并不合算。还可能有一些剩余赔偿责任或相应的费用，例如，环境损害赔偿责任或拆除费等。

27. 出于这些原因，某些国家的法律并未设想无条件将所有资产移交给订约当局，而是允许区别对待三大类资产：

*(a)* 必须移交给订约当局的资产。此类资产一般包括私人伙伴用来提供有关服务的公共财产。此类资产可能包括订约当局向私人伙伴提供的设施和私人伙伴根据公私伙伴关系合同建造的新设施，尽管在非特许类公私伙伴关系中，保留这些资产可能并不总是符合公共利益。有些法律还要求移交私人伙伴此后为运营设施而购置的资产、货物和财产，特别是已成为移交给订约当局的基础性设施的一部分或永久性附属物的资产、设施和财产；

*(b)* 订约当局可选择购买的资产。此类资产通常包括最初由私人伙伴拥有或者后来由其购置的资产，这种资产虽非提供服务所不可或缺或绝对必要，但可增进设施运营的便利性或效率，或提高服务的质量；

*(c)* 仍属于私人伙伴私有财产的资产。这些资产是由私人伙伴拥有、不属于上文*(b)*项范畴的资产。订约当局一般无权获得此种资产，私人伙伴可以自由地转移或处置此种资产。

28. 鉴于上文所述，似宜在法律中要求公私伙伴关系合同酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将是私人伙伴的私有财产。公私伙伴关系合同应当确定在公私伙伴关系合同到期或终止

时，私人伙伴需要移交给订约当局或新的私人伙伴的资产；订约当局可选择向私人伙伴购买的资产；以及在公私伙伴关系合同到期或终止时私人伙伴可以自由地转移或处置的资产。这些规定应辅以合同规定的标准，以酌情确定私人伙伴在公私伙伴关系合同到期或终止时就移交给订约当局或新的私人伙伴或订约当局购买的资产而可能有权获得的赔偿（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第40-43段）。

### *2. 执行项目所需土地的购置*

29. 如果一个新的基础性设施要建造在公共土地上（即土地由订约当局或另一个公共当局拥有），或者要对一个现有基础性设施加以更新或改造，通常要由该土地或设施的拥有者将其提供给私人伙伴使用。如果土地并非订约当局已经拥有，而需要从土地所有人手中购买，情况可能会更复杂一些。在多数情况下，考虑到与可能是一大批单个的土地所有人进行谈判可能发生的拖延和涉及的费用，私人伙伴不一定最有条件负责购买项目所需的土地，或者如在某些法域可能需要的那样，为了确定单个所有人的产权是否有效而对地契进行复杂的调查研究，并审查先前发生的一连串产权转让。因此，通常都是由订约当局承担提供实施项目所需土地的责任，以避免由于购置土地而造成不必要的拖延或增加项目费用。在项目准备阶段进行的环境和社会影响研究应当估计购置所需土地的成本，例如确定要遵循的程序、需要的时间以及所有可能的障碍或可能造成延误的原因（见二章，“项目规划和准备”，第15段）。订约当局可以从土地所有人那里购置所需的土地，必要时也可强制征购。

30. 政府在付给所有人适当补偿情况下强制征购私有财产的程序，各国国内法制度对此使用不同的技术词语，如“征用”，本《指南》中称为“强制征购”。多数国家的法律规定了政府强制征购私有财产的条件和限制，包括向所有人支付补偿（见第七章，“其他有关的法律领域”，第7-10段）。在法律中规定了一种以上强制征购程序的国家，最好授权公私伙伴关系所需的一切购置行为均由主管公共当局采用这些程序中最有效率的程序进行，例如在

某些国家出于迫不得已的公共需要而实施的特别程序（见第七章，“其他有关的法律领域”，第23和第24段）。

31. 强制征购财产的权力通常属于政府。但是，对特许权类公私伙伴关系而言，有些法律制度授权基础设施运营者或公共服务提供者（如铁路公司或电力局）采取某些行动，强制征购为向公众提供服务或扩大服务所需的私有财产。特别是在有些国家，强制征购财产时给予所有人的赔偿是在法院诉讼中判定的，这些国家似宜赋予私人伙伴以采取与强制征购有关的某些行动的权力，而政府仍然负责完成根据有关法规属于启动强制征购程序前需要具备的条件的那些行动。土地一经征购，往往成为公共财产，不过在某些情况下，法律也可允许订约当局和私人伙伴根据各自在购置财产的费用中所占的比例商定另一种安排。

### *3. 地役权*

32. 如果私人伙伴提供服务需要跨越或通过第三方的财产才能进入项目场地和实施或维护任何工程，可能需要作出特别安排（例如在毗邻地面设立交通标志；在第三方的财产上竖立电线杆或在其上方架设输电线；安装和维护变电和配电设备；修剪影响到架设在毗邻财产上的电话线的树木；或者埋设油、气、水管）。

33. 为特定目的而使用他人财产或在他人财产上作业的权利通常称为“地役权”。地役权通常需要有关财产的所有人同意，除非法律上规定了此种权利。由私人伙伴直接从有关财产的所有人那里获得地役权，往往不是一种快速或者具有成本效益的办法。更常见的做法是订约当局在强制征购项目场地的同时强制取得这种地役权。

34. 一种略为不同的变通办法可能是，由法律本身授权公共服务提供者视公共基础设施的建造、运营和维护的需要，进入或通过第三方财产或在第三方财产上作业或附设装置。如果认为有可能事先确定私人伙伴可能需要的某种最低限度的地役权，就可在针对特定部门的法规中使用此种办法，以便不必取得涉及个人财产的地役权。例如，专门针对发电部门的法规可以规定，私人伙伴可

按什么条件获得架设电线的权利，以便在属于第三方的财产之上安装和运营基本网络和配电网络。有些措施的实施可能需要得到此种权利，例如敷设或安装地下和架空电缆以及建立支撑结构和安装变电和配电设备；这类装置的维护、修理和拆除；沿地下或架空电缆设立安全区；或拆除电线沿线或侵入安全区的各种障碍物。如果东道国的法律并未明文规定，在私人伙伴获得的权利大大妨碍财产所有人对财产的使用（例如，基础设施的运营或维护所造成的干扰；由于赋予私人伙伴的地役权而造成财产的市场价值减少）的情况下，应当在多大程度上补偿受服务提供者地役权影响的财产所有者，则似宜酌情在一般的公私伙伴关系立法或具体部门的公私伙伴关系立法中就此作出规定。

## D. 财务安排

35. 公私伙伴关系项目的财务安排通常采取项目融资结构，一般包括涉及下列方面的条款：私人伙伴为项目筹集资金的义务，资金支付和核算办法，私人伙伴的报酬，以及可能为私人伙伴的债权人和股本提供者设立的担保权益的类别。特许权公私伙伴关系的财务安排可能与非特许公私伙伴关系没有什么共同之处，甚至在这两个类别之内，不同的部门和项目可能需要不同的财务安排。必须确保东道国的法律考虑到这种多样性，便利或至少不妨碍项目的财务管理。

### *1. 私人伙伴的财政义务*

36. 在公私伙伴关系中，一般由私人伙伴负责为基础性设施的建造和运营筹集和提供必要的资金。私人伙伴在这方面的义务一般载列于公私伙伴关系合同的详细条款中。在多数情况下，订约当局或其他公共当局有意将其财政义务限制于公私伙伴关系合同中具体规定的义务，或者政府同意为筹集项目资金而提供的直接支持措施（见第二章，“项目规划和准备”，第61-86段）。

37. 由项目公司各股东直接投入的私人资本数额通常不过是拟议投资总额的一部分。更大部分来自商业银行和国际金融机构向私

人伙伴提供的贷款和来自在资本市场发行债券和其他流通票据所得的收益(见“导言和公私伙伴关系的背景信息”,第56-69段)。因此,应当确保法律不会不必要地限制私人伙伴订立其认为适合用来为基础设施融资的财务安排的能力。

### *2. 付款来源和付款方法*

38. 正如在规划和可行性评估阶段所设想的那样,私人伙伴有权获得的经济补偿以及计算和确保付款的方法是项目的核心要素(见第二章,“项目规划和准备”,第6-16段)。公私伙伴关系合同和相关文件通常载列处理这些问题的详细条款,视项目类型而定,立法可以在便利甚至促成当事各方设想的财务安排方面发挥重要作用。

39. 付款来源和付款方法因项目类型和部门而有所差异。在特许权公私伙伴关系中,项目的现金流主要通过私人伙伴运营的基础性设施的最终用户(例如通过收费桥的司机)或购买其提供的服务或商品的客户(例如支付电费或饮用水水费的家庭)付款来得到保证。反过来,在非特许权公私伙伴关系中,订约当局直接向私人伙伴支付基础设施的建造费用,并酌情支付此类基础设施或服务的使用或运营费用。显然,这是基于主要报酬形式的两种极端模式。在实践中,必要时常常兼而使用这两种办法,以确保项目的成功实施以及商定的私人伙伴的投资回收和利润率。在考虑到这种一般区别以及有可能组合使用各种付款方法的情况下,以下各段列出了可用的主要选择,并酌情指出立法在促成或便利这些选择方面的作用。

*(a)* 使用费

40. 在特许权公私伙伴关系中,在订约当局(见第51-59段)或政府(见第二章,“项目规划和准备”,第56-86段)没有提供补贴或付款的情况下,私人伙伴收取的服务费或使用费也许是收回项目投资的主要(有时甚至是唯一)收入来源。因此,私人伙伴将力求将服务费和使用费确定并保持在一个足以保证项目有足够现金流的

水平。然而，某些法律制度可能会限制私人伙伴确定服务费和使用费的自由。公共服务的收费通常是政府的基础设施政策的一个组成部分，也是广大公众直接关心的事项。因此，许多国家的监管框架都载有专门的规则，以控制公共服务的服务费和使用费。此外，有些法律制度的法定条款或一般条例规定了货物或服务的定价基准，例如要求费率必须符合“合理”、“公正”或“公平”的标准。

*(i)* 私人伙伴收取服务费的权力

41. 在一些国家，私人伙伴就提供公共服务收取服务费或要求就基础性公共设施收取使用费，可能必须事先得到立法授权。在一些国家，由于立法中没有这样一项一般性规定，因而产生了司法争端，对私人伙伴收取服务费的权力提出质疑。

42. 如果认为有必要在一般立法中对服务费和使用费的水平作出规定，这些规定应力求平衡兼顾投资者的利益和当前及未来使用者的利益。用来确定服务费和使用费的法定标准除考虑到政府认为相关的社会因素之外，还应考虑到私人伙伴在实现一定水平的现金流方面的利益，以确保项目的经济可行性和商业赢利性。这方面的良好做法要求在可行性研究和招标文件中纳入暂定费率计算。此外，最好向当事双方提供必要的授权，以便谈判适当的安排，包括补偿条款，处理适用直接或间接与提供公共服务有关的费率控制规则可能导致确定的服务费或使用费低于项目运营并产生利润所需要的水平这种情况（见第133段）。

*(ii)* 控制费率的方法

43. 国内法常常规定服务费或使用费须遵从某种控制机制。许多国家选择只在立法中规定笼统的费率原则，这些原则的实际实施则留给有关的管理机构及许可证或公私伙伴关系合同的条款和条件来决定。这种方法是可取的，因为计算公式因部门而异，而且可能需要在项目寿命期内加以修改。如果采用费率控制措施，法律一般要求将费率计算公式与建议征求书一起公布，并将费率计算公式列入公私伙伴关系合同。费率控制制度一般包括调整费率的公式和对费率条款的监测，以确保费率调整参数得到遵守。国内

法中最常见的费率控制办法以收益率和最高限价原则为基础。还有兼有这两个原则的要素的混合制度。应当指出，费率控制机制有效发挥作用，需要作详细的商业和经济分析，下文的简短讨论只是概要介绍部分问题和可能的解决办法。

a. 收益率法

44. 在收益率法下，设计的费率调整机制允许私人伙伴获得商定的投资收益率。任何特定期间的费率都是根据私人伙伴运营设施所需要的总体收入确定的，其中涉及确定其开支、为提供服务所作的投资和允许的收益率。定期或者有时在订约当局或其他有关当事方认为实际收益率高于或低于设施的收益要求时对费率进行审查。为此目的，订约当局核实设施的开支，确定私人伙伴所作投资在多大程度上可计入费率基数，并计算需要产生多少收入才能够支付所允许的开支并获取商定的投资收益。收益率法通常用于可预见有稳定需求量的公共服务的提供，如供电、供气或供水。对于需求量有较大弹性的设施或服务，如收费公路，也许不可能通过定期调整费率使私人伙伴的收益率保持稳定。

45. 据认为收益率法为基础设施运营商提供高度安全性，因为私人伙伴得到保证，收取的服务费将足以支付运营开支，并留出商定的收益率。由于定期调整费率，从而使私人伙伴的收益率保持基本稳定，公司用于提供公共服务的投资几乎没有什么市场风险。其结果一般是资本费用较低。收益率法可能存在的缺点是，基础设施运营商几乎没有什么动力去最大程度地降低成本，因为它们得到保证这些成本将通过调整费率而收回。不过，如果不即时调整费率或者如果调整不追溯适用，这些运营商可能会有一定程度的动力。应当指出，实施收益率法要求有大量信息以及进行大量谈判（例如关于符合规定的支出和成本分配）。

b. 最高限价法

46. 采用最高限价法时，为特定期间（例如四年或五年）确定一个费率计算公式，其中考虑到未来的通货膨胀和设施预期的未来效率增益。允许费率在公式确定的限度内波动。在有些国家，该公

式是各种指数的加权平均数，在另一些国家，它是消费价格指数减去生产率系数。如果需要大量新的投资，公式中可能加入一个额外组成部分以将这些额外费用考虑在内。该公式可以适用于公司的所有服务或者只适用于部分服务类别，可对不同类别使用不同的公式。不过，公式的定期调整以收益率类型的计算为基础，要求上述同样类别的详细信息，虽然没有那么频繁。

47. 实施最高限价法可能没有收益率法那么复杂。据认为最高限价法给公共服务提供者更大的激励，因为在下一个调整期之前，私人伙伴将保留成本低于预期所带来的好处。不过，与此同时，公共服务提供者在最高限价法下通常比在收益率法下面临更多风险。特别是，当成本高于预期时，私人伙伴面临损失的风险，因为私人伙伴在下一次费率调整之前不得提高费率。风险敞口越大，资本成本就越高。如果不允许项目公司提高收益，吸引新的投资可能会有困难。还有，公司可能倾向于降低服务质量以便降低费用。

c. 混合法

48. 目前采用的许多费率调整法兼有收益率法和最高限价法的要素，以便既降低服务提供者承担的风险，又对提高基础设施的运营效率提供足够的激励。其中一种混合法使用费率调整滑动比额表，确保当收益率低于某一阈值时向上调整，当收益率超过某一最高限度时向下调整，当收益率在两者之间时不作调整。平衡兼顾收益率法和最高限价法的其他可能的方法包括订约当局审查私人伙伴所作的投资，以确保这些投资符合有用性标准，以便在计算私人伙伴所需收益时将其考虑进去。另一种可能用来确定费率或更一般地说监测费率水平的费率调整法是基准或标杆定价法。通过将一个公共服务提供者的各种成本组成要素与另一个公共服务提供者的此类要素和国际标准进行比较，订约当局能够判断公共服务提供者要求的费率调整是否合理。

*(iii) 控制费率的政策考虑*

49. 以上讨论的每一种主要费率调整法各有利弊，对私营部门的投资决定有着不同影响。视情况而定，立法者、监管者和订约当局

在考虑费率控制办法是否适合国内环境时必须考虑到这些问题。不同的基础设施部门也可以采用不同的办法。一些法律确实允许订约当局在挑选私人伙伴时根据投资和服务的范围和性质要么采用最高限价法，要么采用收益率法。在选择费率控制方法时，应当考虑到各种政策抉择对私营部门投资决定的影响。不管选择什么机制，都应当认真考虑订约当局或管理机构是否有能力适当监测私人伙伴的绩效和令人满意地实施调整办法（另见第一章，“一般性法律和体制框架”，第37-60段）。尽管应当考虑到私人伙伴的利益，公共当局也应当确保对特许权公私伙伴关系的最终用户有足够的透明度。应当及早选择并明确告知费率控制方法，例如视情形在可行性研究报告、预选标准或建议征求书中告知，订约当局或管理机构应当允许公众了解计算和决策过程。

50. 必须牢记，确定费率调整公式不能一劳永逸，因为技术、汇率、工资水平、生产率和其他因素在公私伙伴关系合同期内肯定会发生很大变化，这种变化有时甚至是不可预测的。另外，费率调整公式一般是在假设一定水平的产出或需求情况下制定的，如果产出或需求量发生很大变化，这种公式会导致不能令人满意的结果。因此，许多国家建立了修订费率公式的机制，包括定期（例如每四年或五年）修订公式或每当事实证明公式不能确保给予私人伙伴适当补偿时予以临时修订（另见第133段）。费率制度也需要适当的稳定性和可预测性，以便公共服务提供者和用户能够相应地制定计划并根据可预测的收益流进行融资。投资者和放款人可能尤其关心影响费率调整方法的监管变化。因此，它们一般要求将费率调整公式载入公私伙伴关系合同。

*(b) 订约当局付款*

51. 订约当局付款的功能和性质可能因公私伙伴关系安排的类型而有所不同。此类付款可以包括对实际提供的服务的直接付款、对可用的空间或生产能力的直接付款、公共补贴或订约当局和私人伙伴之间商定的其他形式的财政转移。在非特许权公私伙伴关系中，如果私人伙伴不对基础设施或服务的最终用户收费（例如，当私人伙伴运营一个供公众使用的设施时），订约当局直接付款

可能是私人伙伴的唯一收入来源。还有，如果私人伙伴生产的商品是为了由另一个提供服务者进一步输送或分配，订约当局可能承诺按商定的价格和商定的条件成批购买此种商品。反过来，在特许权公私伙伴关系中，直接付款不是项目供资的主要来源，因为私人伙伴通常会通过向设施的最终用户或其提供的服务或产品的购买者收取费用而获得经营收入。尽管如此，在某些特许权公私伙伴关系中，订约当局或其他公共当局可承诺直接向私人伙伴付款，以取代或补充应由使用者支付的服务费（例如，以所谓的“影子通行费”的形式，这种通行费意在保证商定的交通流量预测中预期的收入流）。在任一种情况下，订约当局的财务状况和金融机构的评级（如果适用的话）对于以适当的成本获得融资至关重要。

52. 若无直接付款，许多公私伙伴关系项目可能不可行，无论是因为对非公共部门开发的服务或设施没有直接的市场需求（例如废物收集、惩教设施或污水处理厂），还是因为需求不足以支付项目成本（如交通流量较低地区的桥梁或隧道），还是因为订约当局是私营部门的实际客户（如政府机构使用私人伙伴建造和管理的办公空间，或者私人伙伴建造和维护由国家卫生和社会保障系统运营的医院）。在非特许权公私伙伴关系中，订约当局直接向私人伙伴付款。因此，私人伙伴不会面临需求风险（付款水平与需求水平无关），而只会面临提供率风险（例如，私人伙伴可能无法按照公私伙伴关系合同中商定的水平提供服务的风险）。在特许权公私伙伴关系中，私人伙伴的情况有所不同，在这种伙伴关系中，主要通过设施用户付款而获得报酬，这使得私人伙伴面临需求低于预期的风险。无论如何，付款的类型、金额和计算方法应以绩效为基础，并与项目评估期间和授予合同时编制的财务模型相一致（见第二章，“项目规划和准备”，第6-14段；和第三章，“授予合同”，第30、31、67和76段）。此外，为透明起见，可能需要订约当局或政府（视情况而定）定期报告为支持项目而直接向私人伙伴支付的款项，并就此提出理由，如计量的数量或履约情况评价报告（见下文第104段，和第二章，“项目规划和准备”，第69段）。下面简要讨论这种安排的主要示例。

*(i)* 预付款或租金付款

53. 预付款或租金付款经常用于未设想由最终用户付款的非特许权公私伙伴关系中。在这些情况下，订约当局向私人伙伴支付根据公私伙伴关系合同进行的建造、翻新或其他工作的费用，并根据合同中商定的公式酌情支付基础性设施和服务的运营和管理费用。最常见的方法是每月或每年按照商定的基础设施开发时间表付款。一旦工程完成，设施可投入使用，就可以按照合同规定，根据表面结构或类似物理参数的付费表，为设施可供使用或实际投入使用提供付款。

54. 无论公私伙伴关系的类型如何，订约当局都应当仔细考虑预付款和租金付款的必要性，因为此类付款为私人伙伴参加公私伙伴关系项目投标提供了重要的激励，许多潜在投资者可能将此类付款纳入最初的财务模拟中。虽然在某些类型的非特许权公私伙伴关系（如私人伙伴提供设施供订约当局使用的情况）中这种付款可能是必不可少的，但在另一些项目如许多特许权公私伙伴关系中，预付款可能与公私伙伴关系安排的根本目的背道而驰，并对设施建造和运营的效率起不到激励作用。最好将此类付款与合同中规定的绩效监测机制挂钩（见下文第91和第92段），例如通过扣款和奖金来鼓励高效行事。此外，由于付款可能需要事先拨出预算，并可能要接受审计和其他形式的公共控制，因此必须确保公式清楚明确，而且用来监测和衡量私人伙伴绩效的合同机制和参数是可核查和客观的。

*(ii)* 基于生产能力和使用情况付款

55. 有些项目设想订约当局有义务支付款项，以对私人伙伴提供某种服务或提供可供使用的能力作出补偿。基于生产能力和使用情况付款通常使用基于提供的服务单位数量乘以每个单位的商定价格的公式。在非特许权公私伙伴关系中，这些付款是私人伙伴的唯一报酬来源，或者与订约当局其他类型的直接付款（例如预付款或租金付款）结合使用。在特许权公私伙伴关系中，这种付款通常作为最终用户实际付款水平低于合同估计数时的补充。

56. 交通部门基于使用情况付款方面一个很有名的例子是称作“影响通行费”的机制。影子通行费是这样一种安排，即私人伙伴承担义务，在一定年限内开发、建造和运营一段公路或另一交通设施或为之提供资金，以换取定期付款，此种定期付款取代或补充使用者支付的实际的或明确的通行费。影子通行费办法可用来处理交通项目所特有的风险，例如交通流量低于预期的风险（见第二章，“项目规划和准备”，第34段）。而且，影子通行费办法在政治上可能比直接收费更易于接受，例如，有些情况下人们担心，公共道路收取通行费也许会引发道路使用者的抗议。然而，当这种安排涉及对项目公司提供某种形式的补贴时，应当认真考虑这种安排是否与东道国在区域经济一体化或贸易自由化国际协定下承担的某些义务相符（见第七章，“其他有关的法律领域”，第4-6段）。

57. 影子通行费（以及基于使用情况估计的任何类似补充付款）可能给订约当局带来很大一笔开支，因而需要进行密切和全面的监测。在采用影子通行费办法开发新公路项目的一些国家，订约当局支付给私人伙伴的款项主要是按以车辆英里数衡量的实际交通流量来计算的。据认为，似宜规定在开始通车之前不支付款项，以激励私人伙伴尽快开通道路。与此同时，人们发现似宜根据公私伙伴关系合同期限内的实际交通量计算付款。这种制度使私人伙伴有理由确保尽量减少因修复工程而导致道路停用。另一做法是，可以在公私伙伴关系合同中载入一条因修复工程而减少行车道的罚款或违约赔偿金条款。私人伙伴通常需要进行连续的车辆测算，以计算出每年的车辆英里数，计算结果由订约当局定期核实。一种略加变通的办法是影子通行费与使用者直接付通行费相结合。在此种办法中，只有当某一时期交通量降低到原先商定的最低水平以下时，订约当局才支付影子通行费，确保私人伙伴在运营公路方面盈利。

*(iii) 收购承诺*

58. 如果私人伙伴运营的设施所产生的货物或服务能够长期交付给一个指定的收购者（如独立的发电厂），订约当局或其他公共当局通常有义务按商定费率购买私人伙伴提供的货物或服务。此种

合同通常称为“承购协议”。承购协议常常包括两种付款办法：按所提供生产能力付款和按实际消费单位付款。例如，在一个发电项目中，电力承购协议可设想下述两种收费：

*(a)* 容量收费。无论计费期内实际产出如何，这些收费均应支付，这些收费应足以支付私人伙伴为项目融资和维护项目而发生的所有固定费用，包括偿还债务和其他持续性融资费用、固定的运营和维护费用以及一定的收益率。容量收费的支付常常以达到某种绩效或可用率标准为条件；

*(b)* 消费量收费。此种收费不是为了补偿私人伙伴的全部固定费用，而是为了偿付私人伙伴为生产和交付某一单位相关服务或货物（例如一度电）而需要承担的可变成本或边际成本。消费量收费通常应能够补偿私人伙伴的可变运营成本，例如设施运行时所消耗燃料的费用、水处理费用以及消耗品的费用。可变付款通常挂钩私人伙伴自身的可变运营成本或者合理反映运营成本变化情况的某一指数。

59. 从私人伙伴的角度看，容量收费和消费量收费相结合的办法特别有用，可确保在私人伙伴生产的商品或服务的输送或分配功能被垄断时得以收回成本。但是，承购协议中规定的容量收费应与订约当局可以利用或实际利用的其他发电容量来源相称。为确保订约当局有资金根据承购协议付款，似宜考虑是否需要预先作出预算安排。为确保承购协议下的付款，可由东道国政府或由某一国家或国际担保机构出具一份担保书（见第二章，“项目规划和准备”，第72和第73段）。

## E. 担保权益

60. 个人财产上的担保权益为有担保债权人提供主要两种权利：一是财产权，有担保债权人原则上有权收回财产或让某一第三方将其收回和变卖，二是优先偿付权，在债务人违约时优先从变卖财产的收益中获得偿付（提及担保权益法律之处，包括贸易法委员会

编拟的标准，如《贸易法委员会担保交易示范法》，见第七章，“其他有关的法律领域”，第11-17段）。项目融资中的担保安排一般起到防范性或预防性作用，确保万一某一第三方获得了债务人的业务（例如，由于收回担保物、破产情形或直接从债务人手里获得），那么由变卖这些资产而得到的所有收益将首先用来偿还未清偿的贷款。尽管如此，放款人通常会致力于获得担保权益，使他们能够收回担保物，占有他们能够接管和运营的项目，以恢复项目的经济活力，从而在适当时候转售项目，或者无限期保留项目并持续取得收益。

61. 担保安排在基础设施项目的融资中起着关键作用，尤其是采用“项目融资”方式进行的融资。公私伙伴关系的融资文件一般包括与项目有关的有形资产上的担保权以及私人伙伴持有的无形资产上的担保权。下文讨论成功地订立担保安排的几项主要要求。然而，应当指出，在有些法律制度中，只有在例外情况和某些特定条件下才允许给放款人某种担保，使其能够接管项目，这种情况和条件是：设立这种担保需要订约当局同意；设立担保的目的应当只是为了方便项目的融资或运行；担保权益不应当影响私人伙伴承担的义务。这些条件往往源自一般法律原则或法定条款，订约当局不得通过合同安排予以放弃。

### *1. 有形资产担保权益*

62. 如果项目资产为公共财产，谈判必要的担保安排以便获得项目融资会面临一些法律障碍。如果私人伙伴并不拥有财产的所有权，在许多法律制度中，它就没有（或只有有限的）权力在这种财产上设保。存在这类限制时，法律仍可为担保安排的谈判提供便利，例如指明可以在哪些资产上设定此种担保权益，或者允许设定担保权益的类型。在有些法律制度中，私人伙伴在获得租赁权益或某些财产的使用权时，即可在租赁权益或使用权上设定担保权益。

63. 此外，在公私伙伴关系合同包含有不同类别的公共财产时，也可设定担保权益，例如一家铁路公司除有权使用公共基础设施外，还得到了毗邻土地的所有权（不仅仅是使用权）。对于订约当

局所拥有或必须移交给订约当局的资产，或者订约当局根据合同有权选择购买的资产（见第28段），如有设定任何形式担保权益的可能性，法律可以要求，私人伙伴设定此类担保权益须经订约当局批准。

### *2. 无形资产担保权益*

64. 一个特许权基础设施项目中，主要无形资产即特许权本身，亦即特许公司运营该基础设施或者提供相关服务并就所提供的服务向公众收取使用费的权利。在多数法律制度中，随附公私伙伴关系合同的特许权意味着特许权持有人有权控制整个项目，并使私人伙伴有权获得项目产生的收入。因此，特许权的价值甚至超过了一个项目所涉全部有形资产的总价值。由于私人伙伴通常有权占有和处置所有项目资产（可能的例外是其他当事方所拥有的资产，例如由私人伙伴占有的公共财产），特许权通常涵盖目前和未来的有形或无形资产。因此，放款人可能将特许权视作与私人伙伴谈判的担保安排的一个重要组成部分。质押特许权本身的做法可能对私人伙伴和放款人有多种实际好处，尤其是在不允许在一家公司的所有资产上设定担保权或一般不承认非占有式担保权益的法律制度中。这些好处可能包括：免得在每项项目资产上设定单独的担保权益，使私人伙伴能够在企业正常经营过程中继续处理这些资产，使得有可能质押某些资产而无需将资产的实际占有权转给债权人。此外，质押特许权使放款人有权在私人伙伴违约时，通过接管特许权并作出安排由另一私人伙伴继续实施项目而避免项目被终止。因此，质押特许权实际上很好地补充或在某些情况下替代了放款人与订约当局之间有关放款人介入权利的直接协议（见第162-165段）。

65. 然而，在某些法律制度中，如果没有明确的立法授权，质押特许权可能会遇到障碍。在某些法律制度下，只能在设保人可以自由转让的资产上设定担保权益。在多数情况下，基础设施的运营权未经订约当局同意是不能转让的（见第70和第71段），因此，在有些法律制度中，私人伙伴不可能对特许权本身设定担保权益。有些大陆法系法域最近的立法已经消除了该障碍，这些立法

创设了一种特别的担保权益，有时称作“*hipoteca de concesión de obra pública*”或“*prenda de concesión de obra pública*”（“公共工程特许权抵押”或“公共工程特许权质押”），这种担保权益普遍向放款人提供了涵盖公私伙伴关系合同赋予私人伙伴的所有权利的可执行担保权益。然而，为了保护公共利益，法律规定放款人为执行此种权利而采取任何措施，需要征得订约当局同意，相关条件应载入订约当局与放款人订立的协议中。某些普通法系法域采取了限制性较强的办法，这种办法区分两种权利，一种是按照政府执照开展某项活动的不可转让权利（产生于执照的“公共权利”），另一种是索取执照持有人所得收益的权利（后者在执照下得到的“私人权利”）。

### *3. 贸易应收款担保权益*

66. 大多数公私伙伴关系中通常提供的另一种担保形式是将源于与私人伙伴客户的合同的收益转让给放款人。这些收益可以包括单一合同的收益（例如配电实体购买电力的承诺，或者非特许权公私伙伴关系中订约当局的租金付款），也可以是大量单笔交易的收益（例如每月煤气费或水费付款）。在特许权类公私伙伴关系中，这些收益一般包括因公众使用基础设施而向公众收取的服务费（例如收费公路的收费），或者消费者因使用私人伙伴提供的商品和服务而支付的价款（例如电费）。它们还可能包括公私伙伴关系附属合同的收入。这类担保是与放款人谈判达成的融资安排的一项典型内容，贷款协议常常要求基础设施项目的收益存入由放款人指定的受托人管理的代管账户。这种机制在私人伙伴发行债券和其他流通票据方面也可以发挥重要作用。

67. 贸易应收款担保在涉及发行债券和其他流通票据的融资安排中起着重要作用。这些票据可以由私人伙伴自己发行，在这种情况下，购买该证券的投资者将成为其债权人，也可以由某个第三方发行，项目应收款已通过所谓的“证券化”机制转让给该第三方。证券化涉及创立由项目收入流支持的金融证券，项目收入流被承诺用来支付该证券的本金和利息。证券化交易通常涉及建立一个与私人伙伴相分开的法人实体，该实体专门从事资产或应收款证券化业务。这一法人实体常常称作“特殊目的载体”。私人伙伴将

项目应收款转让给特殊目的载体，然后由特殊目的载体向投资人发行由项目应收款支持的有息票据。证券化债券持有人因而有权获取私人伙伴同其客户的交易所产生的收益。私人伙伴向顾客收取服务费，将资金转给特殊目的载体，再由特殊目的载体转给证券化债券持有人。有些国家的最新立法明确承认私人伙伴有权将项目应收款转让给特殊目的载体，由它为了项目债权人的利益而持有和管理应收款。为保护债券持有人不致因私人伙伴破产而受损害，似宜采取必要的立法措施，使私人伙伴和特殊目的载体在法律上相互分开。

68. 在大多数情况下，由私人伙伴逐笔确定向债权人转让的应收款并不切实可行。因此，项目融资中的应收款转让一般采取大批转让未来应收款的形式。各种法律制度的国内立法都纳入了承认私人伙伴有权质押基础设施项目收益的法定条款。然而，各种法律制度对于整批转让应收款和未来应收款的有效性可能有着相当大的不确定性。因此，应当确保关于担保权益的国内法不妨碍当事各方有效转让贸易应收款以便获得项目所需资金的能力（见第七章，“其他有关的法律领域”，第16-17段）。

#### *4. 项目公司担保权益*

69. 在未经订约当局同意不得转让或转移特许权的情况下（见第70和第71段），法律有时禁止在项目公司的股份上设立担保权。但是应当指出，以项目公司的股份作担保是放款人在项目融资交易中通常要求的一种担保，因此，对设立此种担保一律加以禁止也许会限制项目公司为项目筹措资金的能力。因此，如同其他形式的担保一样，法律应当允许私人伙伴的股东设立此种担保，但如果转让项目公司的股份必须报请批准的话，则此种担保也必须事先征得订约当局批准（见第72-76段）。

### F. 私人伙伴转让权利

70. 公私伙伴关系合同中包含的特许权是根据私人伙伴的具体资格和可靠程度而授予的，而且多数法律制度都规定特许权不得随

意转让。事实上，国内法往往禁止未经订约当局同意而转让私人伙伴在被授予合同后获得的权利。这种限制的目的一般是确保订约当局对基础设施运营人或公共服务提供者的资格加以控制。一些国家还禁止在项目设施完工之前进行这种转让。

71. 有些国家认为，应当在立法中提及，在什么条件下可以批准特许权到期前的转让，例如，新私人伙伴接受公私伙伴关系合同规定的所有义务，以及关于新私人伙伴提供服务的技术和财务能力的证据。这类一般性立法条款还可以公私伙伴关系合同中的具体条款作为补充，其中列出这些限制的范围以及订约当局可予同意的条件。在这方面，在投标阶段及早披露公私伙伴关系合同草稿将使潜在投资人能够充分知悉在什么条件下可能准予转让特许权（见第三章，“授予合同”，第76段）。应当指出，这些限制一般适用于私人伙伴自愿转让其权利；这些限制并不排除在订约当局同意的情况下，为避免由于私人伙伴严重违约而终止，而将特许权强制转让给放款人指定的一个实体（另见第158-161段）。在任何情况下，对转让权利的限制应与对转移项目公司控股权益的限制相一致（见第72-76段）。

## G. 项目公司控股权益的转移

72. 订约当局可能希望，投标联合体原始成员在整个项目期内一直保持对项目的承诺，对项目公司的有效控制不会转移到订约当局不了解的实体手中。选择私人伙伴实施基础设施项目至少部分是因为他们对于这类项目的经验和能力（见第三章，“授予合同”，第38-41段）。因此，订约当局会担心，如果私人伙伴的股东们完全自由转移其对某一项目的投资，则无法保证由谁实际提供有关服务。然而，实际上，私人伙伴和投标联合体的这种承诺只有在其履行义务的能力范围内才有意义。

73. 订约当局可从部分投标联合体在预选阶段所展示的经验以及原始联合体的母组织及其分包商提供的履约担保中得到保证。但

是，在实践中，由私人伙伴各股东显而易见的专门知识所带来的保证不应过份强调。如果为实施公私伙伴关系而建立一个单独的法律实体，如常见的那样（见第13段），则一旦项目遇到麻烦，私人伙伴股东的支持可能仅限于它们的最大赔偿责任。因此，对投资转让的限制，其本身并非防范私人伙伴不履约风险的充分保障。特别是，这些限制并不能代替公私伙伴关系合同所规定的适当补救措施，例如监督所提供报务的水平（见第85-86段），或发生绩效不尽人意的情况时终止合同而不给予全额补偿（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第49和50段）。

74. 除上述以外，限制提供公共服务的公司的股份转让也会给订约当局造成某些不利。如前所述（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第56-69段），可以从不同投资者那里得到多种多样的融资，风险各不相同，回报率也不一样。初始投资者，如建筑公司和设备供应商，寻求在较高风险中获得较高回报，而随后的投资者可能会要求与他们承担的较低风险相称的较低回报。初始投资者多数拥有有限的资源，需要回收资本以便再参与新的项目。因此，这些投资者可能不愿意将资本绑定在长期项目上。在建造期结束时，初始投资者可能更愿意将权益出售给要求较低回报率的二级股本提供者。在使用量更加确定之后，就可进行另一次再融资。但是，如果由于基础设施项目股份的可转让性受到制约，投资者对于项目开发进行投资和再投资的能力就受到限制，在此情况下，就可能使融资费用升高。在某些情况下，也许根本不可能为某一项目筹到资金，因为其参与对于项目实施至关重要的有些投资者可能不愿意参与投资。从长远看，如果投资者转移其在公私伙伴关系项目中的权益的自由受到不必要限制，则公共基础设施投资市场的发展可能会受到影响。

75. 由于上述原因，法律对于转让项目公司控股权益的限制最好局限于某一段时间（例如公私伙伴关系合同订立后若干年，或建造阶段完成后），或者局限于出于公共利益而需要施加这种限制的情况（例如，订约当局认为联合体某一成员继续存在于私人伙伴的股权结构中对于按照合同和监管要求运营基础设施或提供服务至关

重要）。以下情形可能属于这种情况，即私人伙伴占有公共财产，或私人伙伴得到政府的贷款、补贴、股本或其他形式的直接支持。在此种情况下，订约当局对公共资金得到妥善使用负有责任，这就要求得到保证，即资金和资产托付给一个可靠的公司，初始投资者在一段合理的时限内始终对该公司承担责任。有理由对私人伙伴的股份转让施加限制的另一种情况是，订约当局出于某种利益，需要防止将股份转让给某些特定的投资者。例如，订约当局也许希望对购买公共服务提供者的控股权益加以控制，以避免在完全放开的部门形成寡头垄断或垄断。或者一家公司曾对政府某个部门实施诈骗，该公司通过一家新收购的子公司而被政府另一个部门雇用，这种情况也被认为是不合适的。

76. 对于这些例外情况，最好要求初始投资者在转让其股权之前先征得订约当局同意。应在公私伙伴关系合同中写明，不应不合理地拒绝或不适当地拖延此类同意。为透明度起见，还似宜规定不予批准的理由，并要求订约当局在每次拒绝批准时都具体陈述理由。这种限制的适当期限——无论是针对项目的特定阶段还是针对公私伙伴关系合同的整个期限——可能需要逐案考虑。在某些项目中，设施完工之后也许可以放松此种限制。还应在公私伙伴关系合同中明确指明，任何此种限制适用于私人伙伴中任何股份的转让，还是在建造阶段或此后很长一段时间，订约当局重点关心某一特定投资者（例如某一建筑公司或是设施的设计者）。

## H. 建造工程

77. 在传统采购中，购买建造工程的订约当局一般是建造合同下的雇主，拥有广泛的监测和检查权利，包括审查建造项目和要求对其进行修改、密切跟踪建造工程和时间表、检查和正式接收竣工工程并最终批准设施运营的权利。因此，订约当局通常承担费用超支和进度推迟以及建造项目竣工后能否正常运行方面的风险。

78. 在公私伙伴关系项目中，私人伙伴承担着按照公私伙伴关系合同规定的标准和成本按时完成项目的责任，连同相关的财务风险

（见第二章，“项目规划和准备”，第30-32段）。因此，私人伙伴愿意确保项目按时竣工和费用概算不被超出，并且一般将谈判包括建筑承包商履约担保在内的固定价格、固定时间的统包合同。

79. 出于这些原因，关于以公私伙伴关系形式建造设施的立法条款，在某些国家局限于笼统地规定私人伙伴根据公私伙伴关系合同条款实施公共工程的义务。法律可以赋予订约当局监测工程进度以确保工程进度符合协议条款的笼统权利，但此种监测权的行使并不导致公私伙伴关系合同中商定的建造风险又由私人伙伴转给订约当局。在这些国家，较详细的条款可在公私伙伴关系合同中加以规定。

### *1. 建造计划的审查和批准*

80. 可取的做法是在公私伙伴关系合同中制定相关程序，帮助将竣工时间和建造成本保持在估计范围内，并降低私人伙伴和相关公共当局之间发生争端的可能性。如果法定条款要求订约当局审查和批准建造项目，公私伙伴关系合同应当规定审查的程序和最后期限，并规定如果订约当局在相关期限内没有提出异议，即应视为已予批准。也许还可以在公私伙伴关系合同中规定订约当局可提出异议或要求修改项目的理由，例如安全、防卫、安保、环境问题或不符合技术标准。

### *2. 建造条款的变动*

81. 在建造基础性设施的过程中，常常出现一些情况，因而有必要或最好改动建造工程的某些方面。因此，订约当局似宜保留下令就建造范围、工程所用设备或材料的技术特征或按照技术标准、图纸和工程标准提供所需的建造服务等方面作出改动的权利。这些改动在本《指南》中称为“变动”，一般包括对原始合同文件所要求的工程结构的某一方面作出改动。变动通常在合同中加以规定，不涉及合同的修改或修正。此外，变动不包括由于成本变化或货币波动而调整费率或修订价格，也不包括修订付款条件，尽管变动可能导致按公私伙伴关系合同规定的条件调整价格（见第140段）。

同样，在情况发生重大变化、遇到免责障碍或因为其他原因而重新谈判公私伙伴关系合同（见第141-144和150-151段）在本《指南》中也不视为变动。

82. 鉴于大多数基础设施项目的复杂性，不可能排除变动项目的建造标准或其他要求的必要性。不过，这些变动常常导致执行项目或提供公共服务的推迟；还可能使私人伙伴履行公私伙伴关系合同更加繁重。而且，落实大规模改动命令在费用上可能超出私人伙伴自己的财力，因而要求增加大量资金，而这些资金又无法以可接受的成本获得。因此，订约当局最好考虑采取措施，控制可能需要变动的情形。订约当局要求的可行性研究的质量和在挑选过程中提供的技术标准（见第三章，“授予合同”，第67和70-74段）的质量在避免随后改动项目方面发挥着重要作用。

83. 公私伙伴关系合同应当载列订约当局可以要求变动建造标准的具体条件和酌情应支付私人伙伴的补偿，用以弥补落实这些变动引起的额外费用和迟延。公私伙伴关系合同还应当澄清私人伙伴在多大程度上有义务落实这些变动，以及私人伙伴是否可以对这些变动提出异议，如果可以的话，依据什么理由。按照一些法律制度中的合同惯例，当变动引起的额外费用数额超过设定的最高限额时，私人伙伴即可免除义务。应当指出，并非所有变动都必定由订约当局发起。在实践中，变动也可能源于订约当局同意执行私人伙伴提出的建议，例如，在建造阶段采用更有效的工艺或材料，降低成本或提高性能。为了鼓励旨在提高效率或降低成本的建议，当事各方似宜在公私伙伴关系合同中承认私人伙伴为此目的提议技术改动的权利，前提是这种技术改动须经订约当局同意。此外，许多国家认为，规定超出某一单项或累积价值的变动须交由上级当局批准是一项好的政策。

84. 大型建造合同中曾使用各种处理变动的合同方法，以确定承包商落实改动的义务的程度以及对合同价款或合同期限的必要调整。经适当变通后，这些解决办法可用来处理订约当局在公私伙

伴关系合同下谋求的变动。[3] 不过，应当指出，在基础设施公私伙伴关系合同中，项目公司得到的付款包括设施产出的使用费或价款，而不是建造工程的全盘价格。因此，基础设施公私伙伴关系合同中使用的补偿办法有时包括从一次总付到提高费率或延长公私伙伴关系合同期限各种办法的组合。例如，可能有些改动造成的费用增加是私人伙伴能够自己消化或为之出资的以及酌情通过调整费率或付款机制予以摊销的。如果私人伙伴本身没有能力为这些改动再融资或提供资金，当事各方似宜考虑一次总付，以代替昂贵而复杂的再融资结构。无论如何，当事各方可能不得不进行直接的重新谈判。

### *3. 订约当局的监督权力*

85. 在有些法律制度中，购买建造工程的公共当局通常保留出于公共利益而下令暂停或中断工程的权力。不过，为了让潜在投资者在某种程度上放心，需要限制这种干预的可能性，并规定这种中断不得超过必要的期限或范围，同时考虑到导致要求暂停或中断工程的情形。立法中关于可称作公共利益理由的事件的定义可以让潜在投资者在这方面感到放心，这些事件包括大规模环境问题，或者危及建设公私伙伴关系项目所在地区的人口的情形。可能还需要商定此种暂停的最长期限或者规定给予私人伙伴以适当补偿。此外，可以提供担保，以确保补偿得以支付，或者为项目暂停所造成的损失以及暂停解除后恢复公私伙伴关系合同的经济和财务平衡而赔偿私人伙伴（另见下文第140段，和第二章，“项目规划和准备”，第74-76段）。

86. 在有些法律制度中，为提供某些公共服务而建造的设施在建造结束后成为公共财产（见第26段）。在这种情况下，法律常常要求已竣工设施由订约当局或另一个公共当局正式接收。在正式接收之前，通常对已竣工设施进行检查，并圆满完成必要的测试，以确定该设施能够运行，并符合有关标准和技术与安全要求。即使

[3] 关于综合工厂建造合同中采用的方法和可能的解决办法的讨论，见《贸易法委员会关于起草建造工厂合同的法律指南》（联合国出版物，出售品编号：C.87.V.10），第二十三章，“变动条款”。

在不要求订约当局正式接收的情况下(例如设施仍然是私人伙伴的财产)，也常常需要就订约当局最后检查和批准建造工程作出规定，以确保工程符合健康、安全、建筑或劳工条例。公私伙伴关系合同应当详细说明已竣工设施竣工测试或检查的性质；测试时间表(例如，可能适宜在某一阶段内进行局部测试，而不是在竣工时进行一次性测试)；未通过测试的后果；以及安排测试所需资源尤其是聘用独立的工程人员进行测试和支付相应费用的责任。在一些国家，人们发现这样做是有益的，即在订约当局最后批准之前准许设施临时运行，并提供一次机会，使私人伙伴可以纠正在这个时候发现的一些缺陷。

### *4. 保证期*

87. 私人伙伴谈判的建造合同一般规定质量保证，即承包商对工程缺陷以及与工程一起提供的技术文件的不准确或不充分之处承担赔偿责任，但合理的例外情形除外(例如正常的损耗或私人伙伴维修或运行不当)。额外的赔偿责任也可能源自适用法下的法定条款或一般法律原则，如某些法律制度对工程结构缺陷规定了特别长的赔偿责任期。公私伙伴关系合同应当规定，订约当局最后批准或接收设施，并不解除建造合同和适用法中可能导致的建筑承包商对工程缺陷和技术文件的不准确或不充分之处所负的任何赔偿责任。

## I. 基础设施的运营

88. 建造阶段的完成解除与公私伙伴关系有关的最重要风险之一，即项目未能完成的风险(见第78段，以及第二章“项目规划和准备”，第30-32段)。因此，公私伙伴关系合同允许建筑公司在第一阶段结束时离开项目公司的情况并不罕见(见第74段)。

89. 运营和维护设施的条件，以及质量和安全标准，常常在法律中列出并在公私伙伴关系合同中详加说明。此外，特别是在水、电、环境卫生和公共运输领域，订约当局或一个独立的管理机构可对

设施的运营行使监督职能。详尽讨论与基础性设施运营条件有关的法律问题将超出本《指南》的范围。因此，以下段落只简要介绍一些主要问题。

90. 关于基础设施运营的监管规定和提供公共服务的法律要求的目的是实现与公众有关的各种目标。鉴于基础设施项目通常期限较长，有可能在公私伙伴关系合同有效期内需要改变此类规定和要求。因此，运营阶段由订约当局要求的或当事各方另行商定的变动可能远远大于建造阶段。在私人伙伴向最终用户提供服务或商品的项目中，如在特许权公私伙伴关系中，上述规定和要求尤其重要和详细。然而，必须牢记私营部门需要一个稳定和可预测的监管框架。改变规章或者频繁地引入新的和更严厉的规则可能对项目的执行产生破坏性影响并影响到其财政维持能力。因此，一方面当事各方可以达成合同安排，以抵消随后的规章改变的不利影响（见第131-134段），另一方面管理机构或政府（视情况而定）最好避免过度监管或不合理地频繁改变现有规则。

### *1. 技术或服务标准*

91. 公共服务提供者一般必须满足一套技术和服务标准。在大多数情况下，此种标准太详细，不能在立法中列举，可能载于实施法令、条例或其他文书。立法应当笼统地规定为制定详细标准提供指引的原则或者要求遵守国际标准，例如，国际金融公司的《绩效标准》[4]（见第七章，“其他有关的法律领域”，第49段）。服务标准常常详细载列于授予合同程序期间发给投标人的订约当局的要求中（见第三章，“授予合同”，第70-74段），随后也在公私伙伴关系合同本身得到反映。这些标准包括质量标准，如对水的纯度和压力的要求；进行修理的时间上限；缺陷或投诉数量上限；运输服务的及时进行；供应的连续性；以及环境、社会、劳动、卫生和安全标准。

[4]国际金融公司，《绩效标准》，2012年，可在以下网址查阅：https://www.ifc.org/。

92. 订约当局一般保留监测项目公司是否遵守规定的运营标准的权力。私人伙伴将会关注尽可能避免设施运营的中断，保护自己免于承受任何此种中断的后果。私人伙伴将寻求得到保证，订约当局行使监督或监管权不致造成设施运营不应有的干扰或中断，也不会给私人伙伴造成不应有的额外费用。

### *2. 服务的扩展*

93. 在有些法律制度中，在一项政府公私伙伴关系合同下运营以向一个社区或地区及其居民提供某些基本服务（例如电、饮用水）的实体有义务提供一个相对充分地满足社区或地区的需求的服务系统。这一义务常常不仅涉及授予公私伙伴关系合同时的历史需求，而且意味着有义务与所服务的社区或地区的增长保持同步，并按社区或地区的合理需求的要求逐步扩展该系统。在有些法律制度中，这一义务具有公共义务的性质，有关社区或地区的任何居民可以援引这一义务。在另一些法律制度中，这一义务具有法定义务或合同义务的性质，视具体情形而定，订约当局或一个管理机构可以强制执行这一义务。

94. 在有些法律制度中，这一义务并不是绝对和无限制的。私人伙伴扩展其服务设施的义务实际上可能取决于各种因素，如扩展的必要性和成本以及预期可从这种扩展中得到的收入；私人伙伴的财务状况；进行这种扩展所带来的公共利益；以及私人伙伴根据公私伙伴关系合同在这方面承担的义务的范围。在有些法律制度中，私人伙伴可能有义务扩展其服务设施，即使该扩展工程不能立即盈利，或者即使由于进行扩展，私人伙伴的服务范围最终可能包括无利可图的地区。尽管如此，这一义务还是受到一些限制，因为不得要求私人伙伴进行给私人伙伴或其消费者带来不合理负担的扩展。视具体情况而定，扩展服务设施的成本可以由私人伙伴消化、以提价或特别收费的形式转嫁给客户或最终用户，或者由订约当局或其他公共当局以补贴或赠款的形式全部或部分消化。鉴于评估任何特定扩展工程的合理性可能需要考虑多种多样的因素，公私伙伴关系合同应当规定在什么情况下可

能要求私人伙伴扩展其服务设施及为这种扩展筹措资金的适当办法。

### *3. 服务的连续性*

95. 公共服务提供者的另一项义务是确保在大多数情况下连续提供服务，除非发生了严格定义的免责事件（另见第146-148段）。在有些法律制度中，这一义务具有法定义务的性质，即使在公私伙伴关系合同中没有明文规定，这一义务也适用。在存在着这一规则的法律制度中，这一规则的必然结果是，根据合同法的一般原则可允许合同当事方暂停或中断履行义务的各种情况（例如经济困难或另一当事方违约），不能被私人伙伴援引作为全部或部分暂停或中断公共服务的提供的理由。在有些法律制度中，订约当局甚至拥有特别的强制执行权力，在出现非法中断情形时强迫私人伙伴恢复提供服务。

96. 这一义务也必须服从合理性这项一般规则。各种法律制度承认私人伙伴有权因在困难情况下必须提供服务而得到公平的补偿（见第153段）。而且，在一些法律制度中，人们认为，如果整体运营导致亏损，不可以要求公共服务提供者进行运营。如果整个公共服务，而非仅仅一个或几个分支或地区不再盈利，私人伙伴有权得到订约当局的直接补偿，或者有权终止公私伙伴关系合同。不过，终止一般要求征得订约当局同意或者需要作出司法裁定。在允许这种解决办法的法律制度中，最好在公私伙伴关系合同中具体列明有理由暂停服务甚至免除私人伙伴在公私伙伴关系合同下的义务的特殊情况（见第145-154段；另见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第37段）。

### *4. 平等对待客户或用户*

97. 在一些法域，向一般公众提供某些服务的实体有特定的义务确保按照基本相同的条件向所有同类用户和客户提供服务。不过，在这些法律制度中，只要在同时期向类似情况下从事类似业务的消费者和用户提供类似的服务，基于对消费者和用户的合理和客

观分类的区别对待就得到接受。因此，向不同类别的用户（例如一方面是居民消费者，另一方面是商业或工业消费者）收取不同价格或提供不同的准入条件可能不违背平等对待的原则，前提是这种区分以客观标准为基础，并且符合消费者情况或向他们提供服务的条件的实际差异。尽管如此，如果收费或其他服务条件的差异以服务的实际差异为依据（例如，消费高峰时间提供的服务收费较高），则这种差异通常必须与实际差异的幅度相称。

98. 除了私人伙伴自己确定的区分外，对某些用户或客户的不同待遇可能是立法行动的结果。在许多国家，法律要求必须以特别优惠的条件向某些类别的用户和客户提供某些服务（例如对学生或老年公民的折价运输；或对低收入或农村用户降低水费或电费）。公共服务提供者可以通过多种方式补偿这些服务负担或费用，包括通过政府补贴、通过以所有公共服务提供者分担这些义务的财务负担为目的而建立的基金或其他官方机制、或者通过来自盈利更高的服务的内部交叉补贴（见第二章，“项目规划和准备”，第68-70段）。

### *5. 相互连接和接入基础设施网络*

99. 在铁路运输、电信或供电或供气等部门经营基础设施网络的公司有时被要求允许其他公司接入网络。这一要求可以在公私伙伴关系合同中规定，也可以在具体部门的法律规章中规定。某些基础设施部门引入此种相互连接和接入要求，作为对某一部门结构改革的补充；另一些部门引入这些要求的目的在于促进仍然完全或部分一体化经营的部门的竞争（关于市场结构问题的简要讨论，见“导言和公私伙伴关系背景信息”，第27-47段）。

100. 常常要求网络运营商以财务和技术方面公平和不歧视的条件提供接入机会。不歧视指新的入网者或服务提供者应能够以不次于网络运营商给予自己网点或与之竞争的服务提供者的网点的条件使用网络运营商的基础设施。然而，应当指出，例如，许多管道接入制度不要求运营商和竞争用户享有完全平等的条件。接入义务可能以某种方式受到限制。例如，接入义务可能仅限于多余容量，或者受制于合理的条款和条件，而非同等的条款和条件。

101. 尽管入网定价通常以成本为基础，但管理机构常常保留监督入网费率的权利，以确保价格高得足以充分鼓励对所需要的基础设施进行投资，而又低得足以使新的入网者能够以公平条件进行竞争。如果网络运营商也提供服务，与其他服务提供者存在竞争，可能要求从会计角度将其活动分开，以便确定第三方使用网络或部分网络的实际成本。

102. 技术准入条件可能同样重要，网络运营商可能需要调整其网络以满足新入网者的接入要求。接入可以是接入整个网络或者是接入网络具有垄断性质的部分或分段（有时称为瓶颈或必需设施）。许多国家政府允许服务提供者建造自己的基础设施或者在有可替代的基础设施时使用这些基础设施。在这些情况下，服务提供者只需要接入网络的一小部分，根据许多条例，其必须支付的费用不能超过与使用所需特定设施相对应的费用，例如，本地电信环路、供电中的输电能力或使用铁路的一个区段。

### *6. 披露要求和透明度义务*

103. 许多国内法规定公共服务提供者有义务就其运营情况向管理机构提供准确和及时的信息，并赋予管理机构具体的执法权。执法权可能包括查询和审计，包括详细的绩效和合规审计，对不合作的公司实施制裁，以及要求披露信息的强制令或处罚程序。

104. 通常要求公共服务提供者保存并向管理机构披露其财务账目和报表，并保留详细的成本核算记录，使管理机构得以分别跟踪公司活动的各个方面。私人伙伴公司和各附属公司之间的财务交易也需要详细审查，因为私人伙伴公司可能试图向不受管制的企业或外国附属公司转移利润。可能对基础设施运营商有详细的技术和绩效报告要求。不过，一般而言，需要对要求基础设施运营商提交的信息的范围和类型确定合理的限度。而且，应当采取适当的措施对私人伙伴及其附属公司可能提交给管理机构的任何专利信息保守机密。除了可能要求私人伙伴向订约当局或监管机构提供的信息之外，为透明度起见，并为了确保向私人伙伴支付的基于绩效的

付款是合理的，订约当局本身也可能有义务向公众披露绩效评价的一些内容（见第52段，另见第三章，“授予合同”，第15段）。

### *7. 私人伙伴的执行权*

105. 在授予提供公共服务的公私伙伴关系合同方面已形成传统的国家，私人伙伴可能有权为便利提供服务而订立规则（例如用户说明书或安全规则），采取合理的措施来保证这些规则得到遵守，并在出现紧急情况时或出于安全原因而暂停提供服务。为此目的，在大多数法律制度中都需要有一般的立法授权或者甚至立法机关的逐案授权。但是，授予私人伙伴的权力的范围通常在公私伙伴关系合同中确定，不需要在立法中详加规定。最好规定由私人伙伴颁布的规则应酌情在管理机构或订约当局批准后生效。不过，批准私人伙伴所提议的运营规则的权利不应随意行使，私人伙伴应有权对拒绝批准所提议规则的决定提出上诉（另见第一章，“一般性法律和体制框架”，第56和第57段）。

106. 一个特别重要的问题是，尽管有确保服务连续性的一般义务，私人伙伴是否可以因为用户违约或不遵守规则而中断服务（见第95和第96段）。许多法律制度承认，提供公共服务的实体可以制定和实施允许对未付费或严重违反使用条件的消费者或用户切断服务的规则。这样做的权力常常被认为对于防止滥用并确保服务的经济可行性至关重要。不过，鉴于某些公共服务是人们所必需的，在有些法律制度中这项权力可能需要立法授权。另外，对行使这一权力可能有一些明示或默示的限制或条件，如特别通知要求和具体的消费者补救措施。其他限制和条件可能源于一般消费者保护规则的适用（见第七章，“其他有关的法律领域”，第50和第51段）。

## J. 一般性合同安排

107. 本节讨论部分合同安排，这些安排一般出现在各个部门的公私伙伴关系合同中，并常常在国内订约当局使用的标准合同条款中得到反映。虽然本节讨论的这些安排基本上属于合同性质，但

视东道国的具体法律制度，这些安排可能对东道国的立法有某些重要影响。

### *1. 分包*

108. 鉴于基础设施项目的复杂性，私人伙伴一般会利用一家或几家建筑承包商的服务，以实施公私伙伴关系合同下的一些或大部分建造工程。私人伙伴也可能希望在项目的运营阶段利用具有经营和维护基础设施经验的承包商提供的服务。一些国家的法律总体上承认私人伙伴为实施建造工程而订立必要合同的权利。在政府承包商分包能力受到限制的国家，承认私人伙伴分包权利的立法条款可能尤其有用。视公私伙伴关系合同下建造或管理的设施类型而定，订约当局可能希望知道，谁出现在正在施工或承包商提供服务所在的建筑工地上，或者谁出现在订约当局负责或订约当局有监督权的建筑物、基础设施或区域现场（如市政厅、市立学校、体育设施、港口或高速公路）。

*(a)* 挑选分包商

109. 私人伙伴雇用分包商的自由在一些国家受到限制，在这些国家，规则规定公共服务提供者须使用招标程序或类似程序授予分包合同。在基础性设施主要或完全由政府经营，几乎没有或仅有少量私营部门投资时，往往采用此类法定规则。此类法定规则的目的是确保使用公共资金的经济性、高效、廉正和透明度。不过，在公私伙伴关系中，这些规定可能妨碍潜在投资者参与，因为项目资助人会认为这些规则过于繁琐，或影响其灵活雇用分包商。

110. 然而，不管是否有此类明确限制，私人伙伴挑选分包商的自由都不是无限的。总承包商披露与分包商相关信息的义务始终适用，无论是在招标过程还是在建造阶段。在一些国家，私人伙伴必须在其建议书中确定将保留哪些承包商，包括这些承包商的技术能力、财务状况和公司治理方面的信息（见第三章，“授予合同”，第77段）。另一些国家或者要求在订立公私伙伴关系合同时提供

这类信息，或者要求这类合同需由订约当局事先审查和批准。分包链条的透明度有助于实现各种目的。订约当局希望了解分包商，并得到关于分包商遵守环境、社会和劳动法领域的适用义务以及劳动监察机构或环境保护机构下令采取的管理措施的保证。披露分包商的信息还将使订约当局能够核实，分包商本身不存在导致私人伙伴被禁止竞标公私伙伴关系合同的任何情况。这将确保被禁止竞标公私伙伴关系合同的公司（例如，因为违反反腐败或洗钱法律，见第三章，“授予合同”，第39段）不会绕过这些法定限制，并非法受益于公共合同。分包链的透明度也有助于防止订约当局和分包商之间的利益冲突，例如，与订约当局代理人有不良代理关系的个人或公司持有分包商的股份或其他权益。项目公司与其股东之间也可能存在利益冲突，放款人通常也关心这一点，放款人可能希望确保项目公司的承包商不会获得过高报酬。无论如何，如果认为订约当局有权审查和批准项目公司的分包合同，公私伙伴关系合同应当明确规定这种审查和批准程序的目的和订约当局可以不予批准的具体情况。作为一般规则，授予订约当局的审查权力应受到限制，通常不应拒绝批准，除非发现分包合同包含明显违背公共利益的条款（例如，向分包商支付过多款项的条款或对赔偿责任的不合理限制、腐败证据），或者分包商不遵守东道国适用于执行公私伙伴关系的具有公法性质的强制性规则（例如，国际或国家环境、社会和劳动方面的法律）。换言之，重要的是在挑选私人伙伴方面对公共当局规定的任何限制也适用于私人伙伴挑选分包商。

*(b) 管辖法律*

111. 私人伙伴及其承包商常常选择他们熟悉而且他们认为妥善管辖其合同所涉问题的法律。视合同的类型而定，与管辖的法律条款有关会出现不同的问题。例如，可能与外国公司签订设备供应合同和其他合同，签约双方可能希望选择他们所熟知的法律，以便为例如设备故障或设备不符合要求等问题提供一种适当的保证制度。而私人伙伴则可能同意对其与当地客户签订的合同适用东道国的法律。

112. 专门管辖公私伙伴关系的国内法很少载有关于管辖私人伙伴所签订合同的法律的条款。事实上，多数国家没有找到令人信服的理由，以制定关于管辖私人伙伴与其承包商之间合同的法律的具体条款。因此，在大多数国家，这些合同由当事双方根据其合同的法律选择条款或适用的国际私法规则选择的适用法律管辖。然而，应当指出，在某些法律制度中，为合同和其他法律关系选择适用法律的自由要按照国际私法规则或东道国的某些公法规则受制于一定的条件和限制。例如，某些区域经济一体化协定的缔约国有义务颁布相互协调的国际私法条款，除其他外处理公共服务提供者与其承包商之间的合同问题。虽然国际私法规则常常允许在选择管辖商务合同的法律方面有相当大的自由度，但在某些国家，当合同和法律关系不能确定为商务性质时，例如东道国公共当局订立的某些合同（例如政府的担保和保证，公共当局购买电力或供应燃料的承诺）或与消费者的合同，这种自由就受到限制。私人伙伴与其分包商之间的合同选择外国法律不应免除他们遵守东道国关于设施建造或运营的强制性法律（如环境、劳动、安全或安保法律规章）的义务。

113. 在有些情况下，国内立法载有一些规定，目的是酌情澄清私人伙伴与其承包商之间订立的合同受私法管辖，以及承包商不是订约当局的代理人。此类规定在有些国家可能会产生一些实际后果，如订约当局对分包商的行为不负附带赔偿责任，或者负责的公共实体没有义务对分包商雇员与工作有关的伤病或死亡支付工伤赔偿。

### *2. 对用户和第三方的赔偿责任*

114. 基础性设施建造或运营过程中的缺陷可能会造成私人伙伴的雇员、设施用户和其他第三方的人身伤亡或者财产损害。出现这种情况时，向第三方支付损害赔偿的问题很复杂，可能不受公私伙伴关系合同适用法律中管辖合同约定赔偿责任的规则管辖，而是受往往具有强制性的管辖非合同约定赔偿责任的适用法律规则管辖。另外，在某些法律制度中，还有管辖公共当局非合同

约定赔偿责任的特别的强制性规则，订约当局可能受制于这种规则，尤其是公私伙伴关系属于公共服务领域时。此外，公私伙伴关系合同不能限制私人伙伴或订约当局赔偿非公私伙伴关系合同当事方的第三方的赔偿责任限额。因此，订约当局和私人伙伴似宜规定如何相互分摊因对第三方造成人身伤亡或财产损害而应向第三方支付损害赔偿的风险，但这种分摊须不受强制性规则的管辖。当事各方还似宜就这类风险的投保作出规定（见第128和第129段）。

115. 如果第三方因设施的建造或运营受到人身伤害或遭受财产损害，因而向订约当局提出索赔，法律可能规定仅由私人伙伴对这种情况承担所有责任，订约当局不应对第三方的这种索赔承担任何赔偿责任，但因订约当局严重违约或轻率造成的损害除外。尤其应当规定，仅订约当局批准设施的设计或标准或者订约当局接收建筑工程或最后授权设施投入运行或供公众使用，并不使订约当局对该设施的用户或其他第三方因设施的建造或运营或者所批准的设计或标准不当而遭受的损害承担任何赔偿责任。另外，由于根据适用法律，关于分配赔偿责任的条款可能不能对第三方强制执行，因此，公私伙伴关系合同似宜规定，在第三方因基础性设施的建造或运营受到人身伤害或财产损害而提出赔偿要求时，订约当局应受到保护并得到赔偿。

116. 公私伙伴关系合同还应当规定，当事各方应当相互通报对他们提出的和预期会提出的、而订约当局又有权得到赔偿的索赔要求或诉讼，并在提起这种诉讼的国家的法律所许可的范围内，在抗辩这种索赔要求或诉讼方面相互提供合理的协助。

### *3. 履约担保和保险*

117. 除私人伙伴的义务之外，常常还须提供某种形式的履约担保和与建造（见第77-87段）和运营阶段（见第88-106段）有关的若干风险的保险。一些国家的法律一般要求私人伙伴提供适当的履约担保，并要求在公私伙伴关系合同就此事作出更详细的规定。在

其他国家，法律载有更详细的规定，例如要求提供上限为基础投资规定百分比的某一类别的担保。

*(a)* 履约担保的类型、功能和性质

118. 履约担保一般有两种类型。一种类型是货币履约担保，担保人仅承诺向订约当局支付不超过指定限额的资金，用于在私人伙伴不履约的情况下履行私人伙伴的赔偿责任。货币履约担保可以采取履约保证金、备用信用证或见索即付保函的形式。[5] 另一类型的担保是履约保证书，担保人选择两种办法中的一种：*(a)* 自己纠正有缺陷的建设或完成未完工的建设，或 *(b)* 让另一家承包商纠正有缺陷的建设或完成未完工的建设，并就未履约造成的损失补偿订约当局。这种保证的价值限于指定的金额或合同价值的某一百分比。使用履约保证书时，担保人也常常保留仅通过给订约当局付款而解除义务的选择。履约保证书一般由专业担保机构如担保公司和保险公司提供。一种特殊的履约保证书是维护保证书，这种保证书保护订约当局不致因将来在启动或维护期间可能出现的故障而蒙受损失，并担保完工后保证期内的任何修理或维护工作将由私人伙伴自己负担费用妥善实施。

119. 履约担保按性质一般可分为独立担保和从属性担保。若担保人的义务独立于私人伙伴在公私伙伴关系合同下的义务，其担保称为“独立”担保。使用独立担保（常称为一索即付担保）或备用信用证的，担保人或开证人有义务在受益人要求时付款，后者出示担保书或备用信用证中规定的凭据，即有权获得该文书下的款项。此种凭据可以只是受益人关于承包商没有履约的一项声明。担保人或开证人无权以事实上没有不履行主合同情事为理由而不付款；不过，根据适用于该文书的法律，在非常例外和严格界定的情况下可以拒绝或限制付款（例如，当受益人的要求明显属于欺诈时）。相比之下，如果担保人的义务不仅涉及检查

[5] 关于见索即付保函的更多信息，见国际商会《见索即付保函统一规则》（RUGD 758），经2010年修订，贸易法委员会第四十四届会议核准；《大会正式记录，第六十六届会议，补编第*17*号》（第247-249段）。

付款的书面要求，还必须评估承包商对于没有履行工程合同的赔偿责任的证据，此种担保即为从属性担保。不同担保下连带关系的性质可能有所不同，可能包括在仲裁程序中需要证明承包商的赔偿责任。依其性质而言，履约保证书具有附属于主合同的性质。

*(b) 各类履约担保的利弊*

120. 从订约当局的角度来看，货币履约担保对于支付订约当局因私人伙伴的拖延或违约而发生的额外费用也许特别有用。货币履约担保还可用作给私人伙伴施加压力使其根据公私伙伴关系合同的要求按时完成建造工程和履行其他义务的一个手段。不过，这些担保的金额一般只是所担保的义务的经济价值的一小部分，常常不足以支付雇用第三方代替私人伙伴或其承包商履约的费用。

121. 从订约当局的角度来看，一索即付担保的好处是确保无需出示承包商未履约或受益人损失程度的证据即可立即得到所担保的款项。另外，提供货币履约担保的担保人，特别是银行，更喜欢一索即付担保，因为产生付款责任的条件很明确。因此，担保人不会卷入到订约当局和私人伙伴是否存在未履行公私伙伴关系合同的情况的争端。银行签发一索即付担保的另一个好处是，有可能通过直接利用私人伙伴的资产迅速、高效地收回在此种担保下支付的款项。

122. 一索即付担保或备用信用证对于订约当局的不利之处是这些文书可能增加项目总成本，因为私人伙伴通常有义务以开具一索即付担保或备用信用证的机构为受益人，获得并保留大额反担保。还有，提供这种担保的私人伙伴可能希望购买保险，以防范在私人伙伴事实上并未不履约的情况下订约当局索取了此种担保或备用信用证下的款项的风险，而这种保险的费用也包括在项目成本中。私人伙伴还可能将其可能需要针对订约当局采取任何行动以便追回被不当索要的款项的潜在成本纳入项目成本。

123. 一索即付担保或备用信用证对于私人伙伴的不利之处是，如果私人伙伴没有不履约而订约当局索取了担保款项，私人伙伴将会因担保人或信用证开证人在向订约当局付款后从私人伙伴的资产中得到补偿而承受直接损失。私人伙伴在向订约当局追回被不当索要的款项时也可能遇到困难和拖延。

124. 从属性担保的条款常常要求受益人证明承包商没有履约，以及受益人所受损失的程度。另外，债务人被控告没有履约时可以采用的抗辩理由也可以为担保人采用。因此，订约当局在根据该保证书提出索赔时有可能面临旷日持久的争端。实际上，可以减少这种风险，例如可以规定根据保证书条款提出索赔要求时须依照国际商会拟订的《契约保证单统一规则》第7 (*j*)㈠条规定的程序。[6] 该《统一规则》第7 (*j*)㈠条规定，尽管委托人和受益人对合同或任何合同义务的履行有任何争端或分歧，一旦由第三方（可以是但不限于独立建筑师、工程师或鉴定人）如保证书所规定的那样出具违约证明，而且这种证明或其正式副本送达担保人，就应视为违约已经确立，即应当根据契约保证单支付赔偿金。如果采用这种程序，订约当局可能有权根据契约保证单获得赔偿金，哪怕私人伙伴对订约当局获得赔偿金的权利有异议。

125. 不过，作为担保人承受较小风险的反映，担保人赔偿责任的货币限额可能大大高于一索即付担保下的限额，因而涵盖了公私伙伴关系合同下工程的较大百分比。如果订约当局不能方便地自己安排纠正缺陷或完成建筑工程，而需要第三方安排协助纠正或完成，履约保证书也可能有好处。然而，如果建筑工程涉及使用只有私人伙伴掌握的技术，由第三方纠正或完成可能行不通，那么，与货币履约保证相比，履约保证书可能没有最后提到的好处。对于私人伙伴来说，从属性担保的好处是保留私人伙伴的借款能力，因为从属性担保与一索即付担保和备用信用证不同，并不影响私人伙伴在放款人那里的信贷额度。

[6]《契约保证单统一规则》的案文转载于A/CN.9/459/Add.1号文件。

126. 从上述考虑可以看出，不同类型的担保对私人伙伴承担的不同义务可能有益。尽管要求私人伙伴提供适当的履约担保是有益的，但最好由当事各方确定需要担保的范围以及对于私人伙伴承担的各种义务应提供哪种担保，而不是在法律上只要求一种形式的担保而排除其他形式的担保。应当指出，项目公司自己将要求它选择的承包商提供一系列履约担保（见第108-110段），以订约当局为受益人的额外担保通常会提高项目的总成本和复杂程度。在有些国家，对国内订约当局提供的实用指导意见建议它们认真考虑是否要求担保和在什么情况下要求提供担保、应担保哪些具体风险或损失和在每一种情况下哪一类担保最合适。确定的担保金额过高可能危害项目公司为项目筹集资金的能力。

*(c)* 担保的期限

127. 公私伙伴关系的一个特殊问题涉及担保的期限。订约当局可能想获得在项目整个寿命期间保持有效的履约担保，既包括建造阶段又包括运营阶段。然而，鉴于基础设施项目期限较长，而且难以估量可能产生的各种风险，担保人开具涵盖项目整个期限的履约保证书或为其在履约保证书下的义务购买再保险可能会有问题。在实践中，这个问题因为以下规定而变得更加复杂，相关规定是，不续签履约保证书即构成要求兑现保证书的理由，因此，仅仅允许项目公司提供较短期限的保证书可能不是一个令人满意的解决办法。某些国家使用的一种可能的办法是要求分别为建造阶段和运营阶段提供保证书，从而可以更好地评估风险和再保险的可能性。可以通过精确地确定运营阶段需要投保的风险来加强这一制度，以便更好地评估风险和减少保证书的总金额。订约当局要考虑的另一个可能是要求提供特定重要时期、而不是整个项目期限的履约担保。例如，也许需要有建造阶段的保证书，这一保证书持续到竣工后的适当期限，以便涵盖可能的潜在缺陷。然后，这一保证书可酌情由涵盖若干年运营期的履约保证书来代替，以便项目公司证明其根据规定标准运营设施的能力。如果事实证明项目公司的履约情况令人满意，可以放弃运营

阶段剩余时间的保证书要求，直到公私伙伴关系合同期限结束前的一定时期，此时可能要求项目公司再提供一份保证书，酌情担保其履行与移交资产和采取其他措施以有序完成项目收尾工作有关的义务（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第55-69段）。

*(d)* 保险安排

128. 公私伙伴关系的保险安排一般根据其所适用的阶段而不同，某一项目阶段只购买一定类别的保险。一些保险形式，如营业中断险，可能是私人伙伴为自己的利益而购买的，而其他形式的保险可能是东道国法律的要求。法律常常要求的保险形式包括设施损坏保险、第三方责任保险、工伤保险、污染和环境损害保险。

129. 东道国法律规定的强制性保险单往往需要从当地保险公司或者获准在该国经营的另一家机构获得，在某些情况下这可能带来一些实际问题。某些国家通常提供的保险类别可能不如一般可国际市场买到的保险品种那么多，在这种情况下，私人伙伴仍然面临可能超出其自我保险能力的各种风险。这种风险就环境损害保险而言尤其严重。在一些国家可能会出现更多困难，因为当地保险公司在国际保险和再保险市场上再保险的能力有限。因此，项目公司往往需要在该国境外购买额外保险，以致提高了项目融资的总成本。

### *4. 条件变化*

130. 公私伙伴关系通常持续很长时期，在这段时期内许多与项目有关的情况可能发生变化。可以在公私伙伴关系合同中自动处理这些变化的影响，要么通过例如含有指数化条款的费率结构（见第43-50段）等财务安排，要么明文规定或通过排除方式规定，由某一方承担某些风险（例如，如果指数化办法中没有考虑燃料或电力的价格，由私人伙伴消化吸收价格高于预期的危险）。不过，在自动调整机制中纳入某些变化可能并不可行，或者当事各

方可能更愿意排除自动调整的可能性，而留待当事各方在一致认为情况需要时通过相互协议修正合同。虽然公私伙伴关系合同纳入避免重新谈判合同必要性的长期调整机制通常被视为良好做法，但立法者试图列出合同自动调整适用的所有情况是不可取的。*(a)*和*(b)*节提及经常导致修改合同的情况，无论这种修改源自自动机制（调整）；还是源自双方之间的谈判（修正）；还是通过外部机制，如争端解决（改写）。从立法观点来看，有两种特殊变化值得特别关注：立法或规章变化和经济条件的意外变化。

*(a)* 立法和规章的变化

131. 鉴于公私伙伴关系持续时间长，私人伙伴在履行公私伙伴关系合同下的义务时可能面临额外的费用，因为适用于其活动的立法未来可能发生意外变化。在极端情况下，立法甚至会使私人伙伴在财务上或实际上不能执行该项目。为了考虑对付立法变化的适当解决办法，似有必要将立法变化分为两类，一类是对公私伙伴关系或对某个具体项目有特殊影响的立法变化，另一类是也影响到其他经济活动而不只是基础设施运营的一般立法变化。

132. 私营部门和公共部门的所有商业组织一样受到法律变化的影响，一般都要应付这些变化对其业务产生的后果，包括这些变化对其产品价格和需求的影响。可能的例子也许包括：资本减免税结构的变化，这种变化适用于所有类别资产，不管这些资产由公共部门还是私营部门所有，也不管这些资产是否与基础设施项目有关；不仅仅影响基础设施项目建筑工人的健康和安全，而是影响到所有建筑项目建筑工人的健康和安全的条例变化；以及关于危险物品处理的条例的变化。法律的一般变化可视为普通商业风险，而不是私人伙伴活动特有的风险，政府可能难以承诺保护基础设施运营者免于此种同样影响其他商业组织的立法变化的经济和财政后果。当公私伙伴关系由不受中央政府直接监督的地方当局实施时尤其如此，中央政府保留对相关部门进行监管的权力。因此，

似乎并无明显理由表明私人伙伴不应承受一般立法风险，包括适用于整个商业部门的法律变化导致的成本风险。

133. 如果公私伙伴关系合同中规定了费率控制机制，私人伙伴将酌情寻求订约当局和管理机构保证，允许它通过提价收回立法变化带来的额外成本。如果不能给予这种保证，最好授权订约当局与私人伙伴谈判，当不能通过费率控制措施全部收回一般性立法变化产生的额外成本时，私人伙伴可能有权得到的赔偿。在规划阶段发布的准备文件中（见第二章，“项目规划和准备”，第14段）和在合同文件中纳入这种经济和财务场景是可取的。

134. 另一种情况是，针对某一项目、某类类似项目或一般公私伙伴关系的特定立法变化使私人伙伴面临成本提高的情况。这种变化不能视为普通商业风险，可能大大改变谈判公私伙伴关系合同时所依据的经济和财务假设。因此，订约当局常常同意承担由于针对某一项目、某类类似项目或一般公私伙伴关系的具体立法而带来的成本增加。例如，在高速公路项目中，针对具体公路项目或公路运营公司或该类私营公路项目的立法可能导致根据公私伙伴关系合同中的有关条款调整费率。当公私伙伴关系涉及外国投资时，私人伙伴也可以援引任何适用的促进或保护投资条约的争端解决机制（见第七章，“其他有关的法律领域”，第5段）。

*(b)* 经济条件的变化

135. 一些法律制度有这样的规则，即如果经济或财务条件发生变化，虽不妨碍某一当事方履行合同义务，但使履行这些义务在财务上比原来订立公私伙伴关系合同时预想的更危险，这种情况下可以修改公私伙伴关系合同条款。在有些法律制度中，修改协议条款的可能性一般在所有政府合同中默示，或在有关立法中明确规定。在有些国家，法院也可以下令修改合同。同时，重要的是确保这种一般法律理论不会导致订约当局承担无限责任。

*(i)* 导致修改合同的情形

136. 与私人伙伴投资有关的财务和经济考虑是根据基于谈判时的情况所作的假设及当事各方对项目周期内这些情况如何发展的合理预期谈判确定的。在某种程度上，订约当局发布的招标文件所描述的经济和财务场景以及投标人提交的财务建议书的假设，通常包括对经济和财务参数的预测，有时甚至包括一定幅度的风险（见第三章，“授予合同”，第73段）。但是，可能会发生当事各方在谈判公私伙伴关系合同时未能合理预见到的某些事件，当初要是考虑到这种事件，就会作不同的风险分配或对私人伙伴投资作不同考虑。鉴于基础设施项目的持续期较长，应当制定机制来处理这种事件的财务和经济影响。一些国家采用关于修改合同的规则，并发现此类规则有助于当事各方找到公平的解决办法，确保基础设施项目持续的经济和财政维持能力，从而避免发生私人伙伴不能履约的破坏性情况。不过，这些规则也可能有不利之处，尤其是从政府的角度来看。

137. 如同一般性立法变化一样，大多数商业组织也面临经济条件发生变化的风险，但无法求助于政府可能保护它们免受这些变化的经济和财务影响的一般担保。订约当局由于经济条件的变化而补偿私人伙伴的无限制义务可能导致原来分配给私人伙伴的商业风险的很大一部分转嫁给公共部门，这是一种不限数额的财务责任。而且，应当指出，拟议的费率水平和风险分配的要素是挑选私人伙伴的重要因素，即使不是决定性因素（见第三章，“授予合同”，第84-87段）。过分宽容地允许重新谈判项目会鼓励在筛选程序期间提出低得不切实际的建议书，因为指望一旦被授予项目即可提高费率。因此，订约当局可能希望对于经法定条款或合同条款授权在经济条件变化后修改公私伙伴关系合同作合理限制。

138. 最好在公私伙伴关系合同中规定，有理由修改公私伙伴关系合同的情况变化必须是私人伙伴无法控制的，并且在谈判公私伙伴关系合同时不能合理预期私人伙伴将其考虑进去或者避免或克服其后果。例如，不可能预期享有独家经营特许权的收费公路经

营者考虑到非订约当局的一个实体随后开设一条不收费的替代公路而造成交通量减少并承担此种风险。然而，通常预期私人伙伴会考虑到在项目寿命期间劳动力成本合理增长的可能性。因此，在正常情况下，工资高于预期这一事实不足以成为修改公私伙伴关系合同的理由。

139. 最好还在公私伙伴关系合同中规定，只有所指称的经济和财政条件变化达到招标文件所界定的项目总成本（见第三章，“授予合同”，第73段）或私人伙伴收益的某一最小比值时才能要求修改公私伙伴关系合同。这样一条门槛规则也许有助于避免因为小的变化就繁琐进行有关调整的谈判，而直到此种变化积累到成为一个较大数字才进行此种谈判。有些国家有为定期修订公私伙伴关系合同确定累积数额上限的规则。这些规则的目的在于避免滥用变化机制，将其作为实现与原来公私伙伴关系合同中所设想的财务平衡无关的总体财务平衡的手段。不过，从私人伙伴和放款人的角度来看，此类限制可能意味着，例如万一发生特别急剧的情况变化而导致成本大幅提高，它们将承受相当大的风险。因此，需要既认真考虑采用一种上限的可取性，又认真考虑这种上限的适当数额。

*(ii)* 获承认的修改合同的范围

140. 订约当局应有可能促成在某种合理限度内修改公私伙伴关系合同。当事方这样做的最佳方式是在公私伙伴关系合同内插入具体的审查条款或选择条款，例如提供明确的价格调整或指数化机制（见上文，第43-50段），或者准确地确定由于设施运行过程中出现的技术困难而有必要对合同进行的其他改写的范围，例如为了确保公共服务的继续而可能需要采取的任何特殊维护措施（见上文，第95-96段）。

141. 除了合同约定的变动、指数化或调整机制所涵盖的修改之外，订约当局还可能面临其授予公私伙伴关系合同时最初没有预见到的外部环境。如果订约当局虽曾合理谨慎地拟订初始授标书，但仍然无法预测到某些事件或事态发展，这些事件或事态发展使

履行现有合同变得繁重得多，在这种情况下，似宜考虑到具体项目的性质和特点及相关领域的良好做法，允许修改合同，以确保公私伙伴关系合同仍然具有经济和实际上的可持续性。然而，与此同时，应当限制当事各方修正合同的权利，以避免设想的修改会根本性改变整个合同的性质的情况。例如，这种情况的例子可能包括，当事各方将有待执行的工程或有待提供的服务改成别的什么内容，或者从根本上改变公私伙伴关系安排的类别（例如，从特许权公私伙伴关系改为需要订约当局大量直接付款的风险分担安排）。

142. 避免对合同进行广泛修改的原因是为了维护公私伙伴关系合同授予和管理的透明度、完整性和经济性。事实上，至少在假设情况下，如果在投标时已经知道或预计到经过修改的条款，那么授予合同程序的结果可能会不同，这样也许另一个投标人会提交一份比实际选择的建议书更有利的建议书，从而为订约当局带来总体上更高的性价比。作为一个原则问题，法律应当要求，在初始合同发生重大变化的情况下，特别是当事各方权利和义务的范围和内容发生重大变化，或者最初设想的风险分配发生变化的情况下，应当实施新的合同授予程序。

143. 尽管如此，仍然有可能对公私伙伴关系合同进行修改，以便在某一价值范围内对合同价值作小的改动，而不必进行新的合同授予程序。为此，并且为了确保法律的确定性，法律可以规定最高门槛，超过该门槛，只有在明确界定的例外情况下，才可能修改公私伙伴关系合同。为了确定可能需要授予新合同的门槛，法律可以参照中标建议书中界定的公私伙伴关系合同的现值（见第三章，“授予合同”，第77段）。导致修改合同的例外情况的一个例子可能是需要满足订约当局关于立法中规定的环境、安全或其他要求的请求，这类要求可能随着时间而变化。另一个例子可能是需要再次为公私伙伴关系合同融资。这种情况在大型公私伙伴关系项目中并非罕见，政府似宜为融资安排提供便利，以便公私伙伴关系项目得以继续。

144. 为了防止规避设定的门槛，法律还可以规定，在几次连续修改的情况下，该值的评估应当以几次连续修改的累计净值为基础。

这种累计计算只适用于给定期限，而不适用于公私伙伴关系合同的整个期限。

### *5. 免责障碍*

145. 在基础设施项目的寿命期内，可能发生妨碍当事一方履行其合同义务的事件。引起妨碍履行义务的事件一般超出任一当事方的控制范围，可能是自然性质的，例如自然灾害，也可能是人为行为的结果，如战争、暴乱或恐怖袭击。许多法律制度一般承认，由于发生某些类别事件而不能履行合同义务的当事方可免除对任何这种未能履约的后果的责任。这一概念（有时称为“不可抗力”）由来已久，定义明确，对公私伙伴关系合同的当事各方都有重要影响。

*(a)* 免责障碍的定义

146. 免责障碍有两重意义：免责障碍一般包括当事一方无法控制的事件，这类事件导致该当事方无法履行其义务，并且该当事方即使给予应有的注意也不能予以克服。通常的例子包括下列事件：自然灾害（例如龙卷风、水灾、旱灾、地震、暴风雨、火灾、闪电）；战争（不管是否宣战）或其他军事行动，包括暴乱和内乱；设施出故障或对设施的蓄意破坏、恐怖行动、犯罪分子的毁坏或威胁采取这种行动；放射性或化学污染或电离辐射；不可预见和抗拒的自然要素包括地质条件的影响；以及非常重大的雇员罢工行动。

147. 一些法律只笼统地提及免责障碍，而另一些法律载有使当事方免除履行公私伙伴关系合同义务的各种情况的详尽清单。后一种方法可能有助于确保对于根据有关立法开发的所有项目前后一致地处理此事，从而避免一个私人伙伴获得比其他公私伙伴关系合同更有利的风险分配的情况。然而，有必要考虑在法规或管理规定中列出一个在所有情况下应视为免责障碍的事件清单可能会有的不利之处。一种危险是该清单可能不完整，遗漏了重要的障碍。另外，某些自然灾害，如暴风雨、龙卷风和水灾，可能是项目现

场一年中特定时间的正常情况。因此，这些自然灾害可能是在该地区开展业务的任何公共服务提供者应当承担的风险。

148. 需要认真考虑的另一个方面是订约当局以外的公共当局的某些行为是否以及在多大程度上可能构成免责障碍。私人伙伴可能需要获得执照或其他官方批准书才能履行某些义务。因此，公私伙伴关系合同似宜规定，如果私人伙伴因为自身不能达到签发执照或批准书的有关标准而被拒发执照或批准书，或者虽被签发但随后又被收回，则私人伙伴不能将这种拒绝作为免责障碍来依赖。不过，如果由于无关或不适当的动机而拒发或收回执照或批准书，则规定私人伙伴可将这种拒绝作为免责障碍来依赖是公平的。另一种可能的障碍可能是订约当局以外的一个公共当局或政府机关导致项目中断，例如由于政府计划和政策发生变化，要求中断项目或对其进行重大修改，这种修改对原来的设计有很大影响。在这种情况下，应当考虑订约当局和导致这种障碍的公共当局之间的体制关系，以及它们相互独立的程度。归类为免责障碍的事件在有些情况下可能相当于订约当局直接违反公私伙伴关系合同，视订约当局是否能够合理地控制或影响另一个公共当局的行为而定。

*(b) 对当事各方的后果*

149. 建造阶段发生免责障碍通常应当延长为设施竣工留出的时间。在这方面，必须考虑任何这种延长对整个项目期限的影响，公私伙伴关系合同的总期限将建造阶段也计算进去时尤其如此。设施延迟竣工会减少经营期限，可能对私人伙伴和放款人的全部收入估计数产生不利影响。因此，似宜考虑在什么情况下理应延长公私伙伴关系合同的期限，以便考虑到建造阶段可能发生的延期。

150. 另一个重要问题是私人伙伴是否有权因为发生免责障碍导致收入损失或财产损害而得到补偿。公私伙伴关系合同中规定的风险分配对这一问题作出了回答。除非政府提供某种形式的直接支持，公私伙伴关系一般由私人伙伴自负风险，包括自然灾害和其

他免责障碍导致的亏损风险，因此，常常要求私人伙伴针对这些障碍购买适当的保险。为此，一些法律明文规定，发生免责障碍造成亏损或损害时，不得给予私人伙伴任何形式的补偿。然而，不一定由此就认为，与此同时不能将可作为免责障碍的事件当作修订公私伙伴关系合同的条款以恢复合同的经济和财务平衡的理由（另见第135-144段）。

151. 不过，有时对涉及建造由订约当局永久拥有的设施或在项目期结束时要求移交给订约当局的设施设想一种不同的风险分担办法。在有些国家，订约当局有权作出安排，帮助私人伙伴修理或重建由自然灾害或公私伙伴关系合同中界定的类似事件损坏的基础性设施，前提是在建议征求书中已设想给予这种帮助的可能性。有时，订约当局有权同意，在工程中断超过某一天数，但又不超过某一最长时限的情况下，向私人伙伴支付补偿，前提是此种中断非由私人伙伴负责的事件造成。

152. 如果私人伙伴由于任何这种障碍而不能履约，而当事各方又未能就修订合同达成可接受的方案，有些国家法律授权私人伙伴终止公私伙伴关系合同，而不损害在这些情况下可能应当得到的补偿（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第53段）。

153. 还需要结合适用于提供有关服务的其他规则考虑关于免责障碍的法定和合同条款。在某些法律制度中，法律要求尽管发生定义为合同规定的障碍事件的情况，公共服务提供者仍要为继续提供服务作出一切努力（见第95和第96段）。在这些情况下，似宜考虑在多大程度上可以合理地要求私人伙伴承担这种义务，以及对于私人伙伴面临的额外费用和困难应当给予什么补偿。

154. 除下述机制外，一些风险（特别是武装冲突和内乱）可以通过多边投资担保机构由世界银行等国际金融机构部分承保，条件是该国有资格由多边投资担保机构承保，并且其他适用的条件得到满足（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第67段）。

### *6. 违约和补救方法*

155. 一般来说，当事各方可就处理违约的后果商定多种补救方法，直至终止公私伙伴关系合同。以下段落讨论关于违约和当事方采取的补救方法的一般性考虑（见第156和第157段）。这些段落探讨旨在纠正违约原因并保持项目连续性的某些类别的补救方法，特别是订约当局进行干预（见第158-161段）或替换私人伙伴（见第162-165段）的立法问题。终止公私伙伴关系合同这种最终补救方法以及终止可能产生的后果在《指南》别处讨论（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，D和E节）。

*(a) 一般性考虑*

156. 对私人伙伴违约的补救方法一般包括建筑合同或长期服务合同中常见的方法，如没收担保金、合同规定的罚款和违约赔偿金。[7] 在大多数情况下，此种补救方法一般具有合同性质，并不引起重要的立法考虑。尽管如此，必须规定适当的程序，以核实不履约情况并给予纠正这种情况的机会。在一些国家，实施合同规定的罚款要求正式检查和其他程序性步骤的调查结论，包括在实施较严厉制裁之前，由订约当局的高级官员进行审查。这些程序可由区分可纠正缺陷和不可纠正缺陷的规定来补充，同时要确定相应的程序和补救方法。虽然事先通知并非总是切实可行，尤其是在紧急情况下，但通常要求订约当局向私人伙伴发出通知，要求它在合理期限内纠正违约情况。还似宜考虑在未履行基本义务的情况下由私人伙伴支付罚款或违约赔偿金，并澄清在违反次要或附属义务的情况下不得实施罚款，可根据国内法寻求别的补救办法。另外，实施罚款或违约赔偿金的绩效监测制度可辅以对私人伙伴绩效超出商定条款支付奖金的办法。

[7] 关于综合工厂建造合同中采用的补救方法的讨论，见《贸易法委员会关于起草建造工厂合同的法律指南》，第十八章，“迟延、缺陷和其他不履约”。

157. 虽然订约当局可以通过司法上可强制执行的各种合同安排保护自己免受私人伙伴违约后果的影响，但在订约当局违约的情况下，私人伙伴可利用的补救方法可能受到适用法律的各种限制。主要的限制可能来自承认公共当局豁免司法诉讼和强制执行措施的国家或国际条例。视对私人伙伴承担义务的订约当局或其他公共当局的法律性质而定，前者可能无法采取强制执行措施来保证这些公共实体订立的义务得以履行（见第六章，“争端的解决”，第41-43段）。这种情况使得提供保护私人伙伴免受订约当局违约后果影响的机制变得非常重要，例如针对具体违约事件的政府担保或由第三方如多边贷款机构提供担保等方式（另见第二章，“项目规划和准备”，第88-98段）。

*(b)* 订约当局的介入权利

158. 一些国家法律明文准许订约当局暂时接管设施的运营，通常是在私人伙伴不履约的情况下，特别是订约当局有确保有关服务在任何时候都得到有效提供的法定义务时。在有些法律制度中，这一特权是大多数政府合同所固有的内容，即使在立法或公私伙伴关系合同中没有明确提到，也可以推定这一特权是存在的。

159. 应当指出，订约当局的干预权利，即“介入权利”，是一项极端措施。私人投资者可能担心订约当局会使用或威胁使用这一权利，以便就提供服务的方式强加自己的意愿，甚至控制项目资产。因此，最好尽可能明确界定可以行使介入权利的各种情况。应当将订约当局干预的权利限制于服务严重中断的情形，而非仅仅对私人伙伴的绩效不满的情形。似宜在法律中澄清，订约当局干预项目是暂时的，目的是纠正私人伙伴未能纠正的迫切问题。一旦紧急情况得到纠正，私人伙伴应恢复提供服务的责任。

160. 订约当局介入的能力可能受到限制，因为可能难以立即确定和雇用分包商来执行订约当局介入的行动。另外，频繁干预有可能将公私伙伴关系合同中已转移给私人伙伴的风险又返还订约当

局。私人伙伴不应依赖订约当局介入以处理按公私伙伴关系合同应由自身处理的特定风险。

161. 最好在公私伙伴关系合同中澄清哪一方承担订约当局干预的费用。在大多数情况下，私人伙伴应承担订约当局因私人伙伴自身过错造成的不履约而引起的干预费用。在有些情况下，为了避免就赔偿责任和费用的适当数额产生争端，协议可以授权订约当局采取措施自己纠正问题，然后向私人伙伴收取此种纠正的实际费用（包括自己的行政费用）。不过，如果这种干预是在发生免责障碍之后发生的（见第145-154段），当事各方可以视公私伙伴关系合同如何分配特定风险商定不同的解决办法。

*(c)* 放款人的介入权利

162. 在项目寿命期内可能出现这样的情况，即由于私人伙伴违约或发生私人伙伴无法控制的非常事件，若项目由另一个私人伙伴负责而继续进行下去，从而避免项目终止，可能符合当事各方的利益。放款人依赖的主要担保是项目产生的收入，他们特别担心贷款偿还之前项目中断或终止的风险。如果发生影响私人伙伴的违约障碍，放款人将有兴趣确保工程不会半途而废，以及公私伙伴关系合同的执行保持盈利。订约当局也可能有意让一个新的私人伙伴实施项目，作为必须接管项目并由自己负责继续实施项目的替代办法。

163. 最近几个大型基础设施项目的协议列入了允许放款人经订约当局同意挑选一个新的私人伙伴履行现有公私伙伴关系合同的条款。这类条款一般由订约当局和给私人伙伴提供资金的放款人之间订立的直接协议加以补充。这种直接协议的主要目的是在私人伙伴违约时，允许放款人让另一个私人伙伴代替违约的私人伙伴继续履行公私伙伴关系合同，从而避免订约当局终止公私伙伴关系合同。放款人的介入权利与订约当局的干预权利不同，前者针对私人伙伴不提供服务的情形经常发生或者可以合理地认为此种情形不可补救的情况，后者涉及特定、暂时和紧急的不提供服务情形。根据最近已利用此类直接协议的国家的经验，人们发现，

阻止终止协议和提供替代私人伙伴的可能性给了放款人又一项担保，使之可以免受私人伙伴违约的影响。与此同时，订约当局也得到机会避免由终止公私伙伴关系合同而引起的中断，从而保持服务的连续性。

164. 不过，在有些国家，在没有立法授权的情况下实施这些条款可能面临着困难。私人伙伴不能履行自身义务通常是订约当局接管设施的运营或终止协议的一个理由（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第16-26段）。为了挑选一个新的私人伙伴来接替违约的私人伙伴，订约当局常常需要采用原先挑选私人伙伴的相同程序，订约当局也许不可能经与放款人协商而同意雇用一个没有按照这些程序挑选的新的私人伙伴。另一方面，即使订约当局有权在紧急条件下与一个新的私人伙伴进行谈判，也可能需要与新的私人伙伴订立新的公私伙伴关系合同，该私人伙伴能否承担前任私人伙伴的义务，可能有一定的限制。

165. 因此，似应在法律中承认订约当局有权与放款人订立协议，其中规定当私人伙伴程度严重地没有根据公私伙伴关系合同的要求提供服务时，或者在发生可能有理由终止公私伙伴关系合同的其他明确规定的事件后，经订约当局同意，可以指定新的私人伙伴履行现有的公私伙伴关系合同。订约当局和放款人之间的协议，除其他外，应当具体说明以下各点：什么情况下允许放款人用新的私人伙伴来代替；替换私人伙伴的程序；订约当局拒绝提议的替代私人伙伴的理由；以及放款人按照公私伙伴关系合同规定的相同标准和相同条件维持服务的义务。

# 五． 公私伙伴关系合同的期限、展期和终止

## A． 概述

1. 大多数公私伙伴关系合同都有固定的期限，在合同期满后，视项目类型而定，私人伙伴将服务或基础性设施的运营责任移交给订约当局，或者订约当局选择对合同进行重新招标。B 节讨论确定公私伙伴关系合同期限时应当考虑的各种要素。C 节讨论公私伙伴关系合同是否和在何种情况下可以展期的问题。D 节审议在何种情况下可以在公私伙伴关系合同期满之前终止合同的问题。最后，E 节讨论公私伙伴关系合同期满或终止的后果，包括项目资产的移交和当事方在终止时有权获得的补偿以及项目收尾工作，特别是基础设施退役事宜。

## B． 公私伙伴关系合同的期限

2. 一些国家的法律载有相关规定，将基础设施特许权的期限或公私伙伴关系的期限限定在一定年限范围内。一些法律对大多数基础设施或公私伙伴关系项目设定了一般性限制，对某些基础设施部门的项目设定了特殊限制。有些国家只对某些基础设施部门规定了最长期限。

3. 从私人伙伴的角度来看，公私伙伴关系合同的期限应该足够长，以便私人伙伴收回投资并且获得合理利润。从订约当局的角度来看，只要有可能需要服务，合同原则上应当持续有效，但也应符合该国对有关部门的投资战略和竞争政策，同时考虑到长期、专营性公私伙伴关系项目可能导致将竞争对手排除在市场之外。除这两项基本考量因素外，公私伙伴关系合同的合适期限可能取决于多方面因素，主要包括：

*(a)* 工程因素。在确定公私伙伴关系合同的适当期限时，工程和其他技术因素是重要考量。一般来说建造阶段——通常与初始融资相对应——发生破坏性事件的风险最大（例如第二章“项目规划和准备”第30-32段讨论的完工、费用超支和其他风险），在确定整体项目期限时必须考虑这些风险。此后运营阶段的期限也应反映对主要或关键设备或资产运行期限的预期，其方式是估计这些设备或资产为具有成本效益地创造收入的目的而可能继续使用的年数，包括项目所需技术发生变化的可能性；

*(b)* 财务因素。从财务角度来看，项目的最佳期限将由各种资本预算编制方法来确定，如回收期、净现值、内部收益率或时间效益/物有所值。私人伙伴偿还债务和摊销初步投资所需的时间是一个关键要素。在这里，经济“摊销”概念系指基于设施在项目期结束时不再有任何残余价值的假设，以所作投资逐步冲销项目收入。

4. 鉴于很难为公私伙伴关系项目的期限规定一个统一的法定期限，最好给予订约当局某种程度的灵活性，以便根据具体情况，通过谈判确定有关项目的合适期限。有些情况下，合同期限是在选择过程中确定中标者所依据的公式的一个因素（“收入的最低现值”）（见第三章，“授予合同”，第84段）。采用这种办法时，当事方商定的合同期限允许私人伙伴实现其标书中预期的总体收入水平。所有这些选项都要求对合同期限采取灵活的立法办法。已建立体制机制来监测公私伙伴关系合同以及建设公私伙伴关系谈判和管理能力的国家（见第二章，“项目规划和准备”，第47段）可在考虑到以往经验的情况下，根据项目的性质为订约当局制定关于可取或适当合同期限的准则或建议。

5. 在一些法律制度中，法律要求所有公私伙伴关系合同均须遵守一个最长期限，但不具体规定几年，以此实现所期望的灵活性。有时法律仅说明确定公私伙伴关系期限时应当考虑哪些要素，其中可能包括需要私人伙伴所作投资的性质和数额以及具体设施和相关装置的正常摊销期限。一些针对具体项目或部门的法律规定了一种组合制度，规定公私伙伴关系合同的最长期限为某一时期终了时或者全部偿还私人伙伴的债务并实现一定的收入、生产或

使用水平时，以先达到者为准。对公私伙伴关系合同的期限采取灵活的立法办法，可能允许定制解决方案，以满足项目的特定需要和财务参数，例如订约当局和私人伙伴商定允许在特定情况下自动展期的可变或浮动项目条款（见下文，第10段）。

6. 但是，如果需要采用法定限制，最高期限应足够长，以便私人伙伴能够充分偿还债务并实现合理利润。另外，授权订约当局在例外情况下同意更长的合同期限可能是有益的，在这样做时，应考虑到投资额和所需回收期，并须经过特别的审批程序。

## C. 公私伙伴关系合同的展期

7. 根据某些国家的订约惯例，订约当局和私人伙伴可就公私伙伴关系的一次或数次展期达成协议。但多数国家的国内法规定，只有在特殊情况下才能将公私伙伴关系合同展期。在这种情况下，公私伙伴关系合同到期时，通常要求订约当局选择一个新的私人伙伴，采用的程序一般与当初选择现任私人伙伴时采用的程序相同（关于筛选程序的讨论，见第三章，“授予合同”）。

8. 一些国家认为，对公私伙伴关系合同，特别是涉及提供公共服务独家特许权的合同，应当要求不时重新招标，而不是由当事各方随意展期。定期重新招标可强烈激励私人伙伴改善绩效。初次授标与第一次（以及后来的）重新招标的间隔时长应考虑投资额以及私人伙伴面临的其他风险。例如，对于不需要大量固定投资的固体废物收集公私伙伴关系而言，周期可能相对较短（例如，三到五年），而对于需要大量投资的公私伙伴关系而言，周期可能较长，例如配电或供水公私伙伴关系，私人伙伴在这些公私伙伴关系中会建设新的设施或网络，或者在扩建或改建现有设施或网络方面做大量工作。多数国家均在项目期终了时重新招标，但是也有一些国家，可授予很长期限的合同（例如99年），在此期间定期重新招标（例如，每10年或15年一次）。有几个国家采用了后一种机制，根据这种机制，第一次重新招标在私人伙伴收回全部投资之前进行。作为对现任运营者的激励，一些法律规定，在授予相同活动的后续

公私伙伴关系合同时，私人伙伴可比其他投标人享有优先权。不过，私人伙伴如果没有赢得下一轮投标，可能有权获得补偿。要求中标者付清现任私人伙伴一切产权的价款和尚未收回的投资可减轻投资者和放款人面临的长期风险，并为他们提供一个有益的退出选择（见第42和第43段）。

9. 尽管有上述种种情况，但最好不要完全排除在某些特定情况下通过谈判展延公私伙伴关系期限的选择。基础设施项目的期限是项目可行性和“物有所值”评估的一个核心因素（见第二章，“项目规划和准备”，第6-14段）。期限也是就财务安排进行谈判时考虑的主要因素之一，直接影响到私人伙伴所提供服务的价格。当事方可能会认识到展延公私伙伴关系合同（作为其他补偿机制的替代或与其他补偿机制相结合）可作为一项有益的选择，以处理意料之外的障碍或项目存续期间发生的其他情况变化。此类情况可能包括以下任何一种情形：展期以补偿项目暂停或因发生阻碍性事件而造成的利润损失（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第145-154段）；展期作为收入流意外下滑的补偿，包括由于管制价格和费率控制措施超出合同预期的范围（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第49和第50段）；展期以补偿订约当局或其他公共当局导致的项目暂停（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第148段）；或展期以允许私人伙伴得以收回由于施工现场出现意外不利条件（如地质或气象条件）或需要针对设施开展额外工作而造成的施工延误或费用超支的成本，在公私伙伴关系合同的正常期限内，私人伙伴无法收回这些成本，除非不合理地提高费率（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第81-84段）。

10. 合同展期以涵盖这些情况可能是合同约定的自动机制旨在实现的目标，也可能是当事方协议的结果，前提是合同设想了这种可能性。前一种可能性，特别是在合同把展期与公私伙伴关系存续周期中预先商定的收入现值水平联系在一起时，可能具有在确定展期的适当长度时限制自由裁量权或主观判断范围的优势。无论如何，

为了保证透明度和减少滋生腐败行为的机会，合同应当明确规定可准予合同展期的情况，私人伙伴的绩效应当受到适当监督（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第91和第92段）。出于相同的原因，一些国家规定公私伙伴关系期限的展延需服从总累计期限或需经专门指定的公共当局批准。

## D. 终止

11. 公私伙伴关系合同在期满前终止的理由和任何此类终止的后果往往由国内法规定。通常法律允许当事方在发生某些类别的事件后终止公私伙伴关系合同。公私伙伴关系当事各方的主要利益是确保设施圆满竣工和运营，以及就特许权公私伙伴关系而言，确保连续、有条不紊地提供相关公共服务。在实践中，终止是发生争端和诉讼的常见原因，也是反复出现的国际投资索赔的理由（见第六章，“争端的解决”，第5段，和第七章，“其他有关的法律领域”，第4-6段）。鉴于终止将带来严重后果，例如服务的提供可能受到干扰甚至中断，以及随之而来的诉讼费用，多数情况下应将终止作为迫不得已的最后手段。应认真考虑任一当事方行使这项权利的条件。尽管当事双方条件不一定完全相同，但一般来说最好使当事双方终止的权利和条件实现公平的均衡。

12. 除了明确界定发生哪些情况或哪类事件才能行使终止公私伙伴关系合同的权利以外，当事双方最好考虑采取适当程序，以确认是否存在终止公私伙伴关系合同的有效理由。尤其重要的一个问题是，公私伙伴关系合同是否可单方面终止，或者是否需要司法机构或其他争端解决机构作出裁定方可终止。

13. 私人伙伴通常不得无端终止公私伙伴关系合同，在某些法律制度中，即使订约当局违约，私人伙伴也须经最终司法裁决方可终止合同。但在某些国家，根据适用于与政府实体所签订合同的规则，公共当局可行使此类权利，但须向私人伙伴支付补偿。不过，另有一些国家对公共服务特许权作出了例外规定，因为这种特许权的合同性质被认为与单方面终止权利不相符。最后，一些法律制度不承

认公共当局拥有单方面终止的权利。但是，投资人和放款人会担心订约当局过早或无理终止合同的风险，即使终止的决定可能须经由争端解决机制予以审查。还应指出，给予订约当局单方面终止公私伙伴关系合同的权利，不能充分取代约定的设计良好的绩效监督机制或适当的履约担保（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第88-104和117-129段）。

14. 因此，有关终止的规定应与公私伙伴关系合同中规定的违约补救措施相符。特别是，最好将终止的条件与订约当局介入的条件区分开来（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第158-161段）。另外也很重要的一点是，应结合私人伙伴与其放款人之间谈判达成的融资安排的背景情况来考虑订约当局的终止权利。在多数情况下，导致终止公私伙伴关系合同的事件也正是在贷款协议中构成违约的那些事件，结果是私人伙伴的全部未偿债务可能会立即到期。因此，如果与原有私人伙伴的公私伙伴关系合同看起来随时可能终止，那么最好允许放款人另外提议新的私人伙伴，以努力避免终止的风险（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第162-165段）。

15. 综上所述，一般情况下，最好规定经合同所列争端解决机构作出最后决定后，方可终止公私伙伴关系合同。这样一项要求将会减轻对过早或无端采用终止手段的担心。与此同时，不排除采取适当手段以确保服务的连续性，直至争端解决机构作出最后决定，前提是公私伙伴关系合同规定了违约情况下可采取合同规定的补救措施，例如订约当局和放款人介入的权利。在此类要求不符合适用于政府合同的行政法一般原则的国家，应当至少确保订约当局终止公私伙伴关系合同的权利不损害私人伙伴要求对订约当局终止决定作出事后司法审查的权利。

### *1. 订约当局终止*

16. 订约当局的终止权一般与以下三类情况有关：私人伙伴严重违约；私人伙伴破产；出于公共利益而终止。

*(a)* 私人伙伴严重违约

17. 当合同涉及私人伙伴在某种形式的“特许权”下提供公共服务时(见“导言和背景信息”, 第18和第19段), 订约当局有责任确保公共服务按照适用的法律、条例和合同条款得到提供。因此, 一些国家法律明确承认, 订约当局在私人伙伴违约的情况下拥有终止公私伙伴关系合同的权利。由于终止会造成破坏性影响, 并且为了维持服务的连续性, 不宜将终止视为一种制裁手段, 以应对私人伙伴各类不尽如人意的表现。相反, 一般只应在“特别严重”或“反复”不履约的情况下, 特别是不再能够合理预期该私人伙伴有能力或有意愿履行公私伙伴关系合同的情况下, 方可诉诸这种极端的补救办法。许多法律制度以专门的技术用语指代订约一方违约的程度属于此类性质, 以致另一方可在合同期满之前终止合约关系(例如“重大违约”、“实质性违约”或类似术语)。这类情况在本《指南》中被称为“严重违约”。

18. 将终止的可能性限制于严重违约情形可使放款人和投资人放心, 它们将受到保护, 不会因订约当局作出不合理决定或过早作出决定而受到损害。法律可作出一般性规定, 承认订约当局有权在私人伙伴严重违约时终止公私伙伴关系合同, 而由公私伙伴关系合同进一步界定严重违约的概念并酌情提供说明性实例。从务实的角度看, 不宜在法规或公私伙伴关系合同中列出可予终止事件清单。一般来说, 私人伙伴违反义务的严重性及其影响将取决于违约发生在项目的哪个阶段(见下文, 第21-26段)。

19. 国内法通常认为, 足够严重、以致有理由在项目的任一阶段终止公私伙伴关系合同的一类违约行为是: 私人伙伴及其代理人的行为被认定严重违反国家刑法, 或者根据私人伙伴的国内法或第三国法律被认定犯有任何其他刑事罪。与授予或管理公共合同或发放执照或许可证有关的公职人员贪污受贿行为, 无论是否具体涉及公私伙伴关系合同, 都是公认的终止公私伙伴关系合同的理由。自《联合国反腐败公约》生效以来, [1] 各国承担打击这类行为的国际

[1]《公约》由联合国大会2003年10月31日第58/4号决议通过, 于2005年12月14日生效。

义务，许多国家会针对腐败和贿赂行为提起诉讼，即便这些行为是在国外实施的，前提是犯罪人是其国民，或者腐败行为损害了其国内利益。根据国内法通常可作为终止合同的正当理由的其他刑事犯罪例子包括：*(a)* 参与犯罪组织；*(b)* 欺诈；*(c)* 恐怖主义犯罪或与恐怖主义活动有关的犯罪；*(d)* 洗钱或资助恐怖主义行为；或 *(e)* 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第2条 *(b)* 款含义内的其他严重犯罪。[2] 作为法律实体的私人伙伴犯下此类罪行时，或经终裁定罪的人员担任私人伙伴行政、管理或监督机构的成员或在其中拥有代表权、决定权或控制权时，这两种情况下终止合同均是合理行为。

20. 除上一段所述可能要求立即制裁的情况外，通常订约当局在诉诸补救措施之前最好给私人伙伴一段额外的时间，以便私人伙伴履行义务，并避免违约的后果。例如应向私人伙伴发出通知，指明有关情况的性质，并要求私人伙伴在某一时限内纠正。同时也应酌情给予放款人和担保人机会，使之能够按照向订约当局提供的履约保证书的条款或放款人与订约当局之间的直接协议的条款行事，以防止私人伙伴违约造成后果，例如临时聘请第三方来消除私人伙伴违约造成的后果（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第117-129和162-165段）。公私伙伴关系合同也可规定，若在相关期限到期前情况未得到纠正，则订约当局可终止公私伙伴关系合同，但须先行通知放款人，使之有机会在此种终止通知和终止生效日期之间行使按照其与订约当局的直接协议可享有的任何替换权。公私伙伴关系合同也可就终止日期的延期作出规定，前提是订约当局和放款人就此种延期达成一致意见。但也需确定合理时限，因为订约当局不能为私人伙伴违背公私伙伴关系合同的情况无限期地持续承担费用。此外，采用的程序应不得妨碍订约当局为规避私人伙伴中断服务的危险而介入的权利（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第158和第159段）。

[2] 即“构成可受到最高刑至少四年的剥夺自由或更严厉处罚的犯罪的行为”（《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，大会2000年11月15日第55/25号决议通过，于2003年9月29日生效）。国内法中严重犯罪的常见例子包括谋杀、强奸、绑架、偷窃、抢劫、盗窃、处理被盗财产、敲诈、贩运毒品、侵吞、贿赂、欺诈、伪造货币、洗钱、偷运枪支、童工和其他形式的人口贩运。

*(i)* 建造开始之前严重违约

21. 建造开始之前往往有理由终止公私伙伴关系合同的事件实例包括下述私人伙伴违约情形：

*(a)* 未开展设施的建造；

*(b)* 未开始项目的开发；或

*(c)* 或未在授予公私伙伴关系合同之后的规定期限内提交所需的规划与设计。

22. 原则上，只有在订约当局已不能合理预期选定的私人伙伴将采取必要措施开始执行项目的情况下方可终止合同。因此，订约当局应考虑到造成私人伙伴延迟履行义务的各类情况。此外，私人伙伴不应承担订约当局或其他公共当局的不作为或失误所造成的后果。例如，如果并非私人伙伴自身过失而造成其未能在议定时段内取得政府的执照和许可证，一般不应因此而终止公私伙伴关系合同。

*(ii)* 建造阶段严重违约

23. 有理由在建造阶段终止公私伙伴关系合同的事件举例如下：

*(a)* 未遵守建筑规章、规格或最低设计和作业标准，以及无理由地未在议定日程内完工；

*(b)* 未遵守强制性劳动法律和标准、社会保障法律和相关的公共政策标准；

*(c)* 未按商定条款提供或展延所需的担保；

*(d)* 违反其他重大法规或合约义务。

24. 终止应与私人伙伴违约的程度和违约给订约当局造成的后果相称。例如，指定完工日期可能涉及订约当局的合法利益，因此，订约当局可将延期完工视为违约事件，以此作为终止合同的理由。但延期本身，特别是对公私伙伴关系合同的规定而言并非过度延

期的话，可能不构成订约当局终止合同的充分理由，前提是订约当局对私人伙伴按照所要求质量标准完成施工的能力及其这样做的承诺感到满意。

*(iii)* 运营阶段严重违约

25. 通常可据以在运营阶段终止合同的违约实例酌情包括下列各类情况：

*(a)* 未按照法规和合约中的质量标准提供服务的严重情况，包括无视适用于特许权公私伙伴关系的价格控制措施；

*(b)* 未事先得到订约当局的同意而无理由地暂停或中断提供合同规定的服务；

*(c)* 私人伙伴未按照商定的质量标准维护设施及其设备和附属物的严重情况，或无理由拖延而不按商定的计划、日程和时间表实施维护工程；

*(d)* 未遵行由订约当局或管理机构针对私人伙伴失职违规行为酌情实施的制裁。

26. 因私人伙伴未遵行由订约当局作出的监管决定或实施的制裁而终止公私伙伴关系合同的可能性凸显出需要在公私伙伴关系合同中设立有效的争端规避和解决机制（见第六章，“争端的解决”，第5-9段）。当私人伙伴被认定犯有税务欺诈或其他类型的欺诈行为，或其代理人或雇员参与贿赂公职人员和其他腐败行为时，也会导致公私伙伴关系合同终止，这也凸显了上述必要性（见上文，第18段）。后一类情况还突出说明有必要设计有效机制，打击贪污和贿赂，并使私人伙伴得以针对东道国官员的非法付款要求或非法威胁提出申诉（另见第七章，“其他有关的法律领域”，第55-57段）。

*(b)* 私人伙伴破产

27. 基础设施服务的提供一般不得间断，因此，大多数国内法要求在私人伙伴被宣布破产或丧失偿付能力的情况下终止公私伙伴关

系合同。为确保服务的连续性，必须移交给订约当局的资产和财产可排除在破产程序外，而且法律可要求需要事先征得政府的批准，清算人或破产管理人方可处理私人伙伴在公私伙伴关系项目框架内拥有的各类资产。

28. 在允许对特许权本身设定担保权益的法律制度下（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第64和第65段），法律规定，订约当局可与这类有担保债权人协商，指定一名临时管理人，以确保连续不断地提供相关服务，直至参与破产程序的有担保债权人根据破产管理人的建议，决定是否继续开展此项活动或者是否将利用此项特许权的权利付诸招标程序为止。

*(c) 出于公共利益而终止*

29. 根据某些国家的订约惯例，采购建造工程的公共当局传统上保留出于公共利益考虑而终止建造合同的权利（即除了说明终止合同是出于政府的利益之外，无须提供任何其他理由）。在某些普通法法域内，只有在法规或有关合同作出明文规定的情况下，才可行使此项有时被称为“为便利而终止”的权利。一些属于大陆法传统的法律制度也承认公共当局拥有出于“公共利益”或“一般利益”而终止合同的类似权力。在有些国家，即使没有此类明确的法规或合同规定，政府的订约权也可暗含此项权利。在授权政府可出于公共利益考虑而终止合同的法律制度中，这项权利被视为至关重要，可保护政府能够不受限地为公共福祉行使职能。

30. 尽管如此，还是应当认真考虑行使此项权利的条件以及这样做产生的后果。确定哪些因素构成公共利益的权力可能属于政府的裁量范围，因此，只有在特殊情况下才能对订约当局终止公私伙伴关系合同的决定提出质疑（例如动机不当，“滥用权力”）。然而，一项出于公共利益而终止公私伙伴关系合同的不加限制的一般性权利可能会造成一种无法估量的风险，无论是私人伙伴还是放款人，若没有足够的担保使其在遭受损失时可迅速获得补偿，二者可能均不愿接受此种风险。因此，应当尽早使潜在投资人知悉所设想的出于公共利益终止合同的可能性，并应在连同建议征求书一

起分发的公私伙伴关系合同草案中明确提到这种可能性(见第三章,“授予合同”,第76段)。在实践中,对出于公共利益考虑终止时应付的赔偿,可涵盖计算因订约当局严重违约而终止合同应付赔偿时考虑的项目(见第51段;关于出于公共利益理由终止时的财务安排的详细讨论,见第54段)。此外,一般而言,可取的做法是将行使公私伙伴关系合同的终止权限制于某些出于公共利益的迫切需要而不得不终止合同的情形,并且应对此类情形作出狭义解释(例如,政府计划和政策其后发生重大变化,要求将某个项目并入更大的系统中;或订约当局的计划发生变化,要求对项目作出重大修改,而这些修改大大影响原有设计或在私营情况下项目的商业可行性)。尤其不宜将出于公共利益考虑的终止权视作一种手段,用来在不满意私人伙伴履约情况时替代合同规定的其他补救办法(见第四章,“公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同”,第155-165段)。

### *2. 私人伙伴终止*

31. 虽然在某些法律制度下订约当局终止公私伙伴关系合同的权利可能不受限制,但私人伙伴终止合同的理由一般限于订约当局严重违约或其他特殊情况,通常不包括随意终止公私伙伴关系合同的一般性权利。另外,有些法律制度不承认私人伙伴有权单方面终止公私伙伴关系合同,只承认其有权请主管法院等第三方裁定终止公私伙伴关系合同。

*(a) 订约当局严重违约*

32. 通常,私人伙伴终止公私伙伴关系合同的权利仅限于订约当局被认定违反其大部分义务这类情况(例如未向私人伙伴支付商定的款项或因私人伙伴自身错误以外的原因未颁发设施运营所需的执照)。在订约当局有权要求变更或更改项目的法律制度中,私人伙伴可能有权在下述情形下终止公私伙伴关系合同:订约当局对原项目的更改或修改造成所需投资额大量增加,而当事各方未能就适当的补偿数额达成协议(见第四章,“公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同”,第81-84段)。

33. 除订约当局本身严重违约之外，在下述情形下允许私人伙伴终止合同也是公平的做法：由于除订约当局以外的公共当局的行为，例如未能提供执行公私伙伴关系合同所需要的某些支持措施，造成私人伙伴无法履行义务（见第二章，“项目规划和准备”，第61-86段）。

34. 虽然私人伙伴终止合同可能并非总是需要有司法机构或其他争端解决机构的最后裁决，但如果发生订约当局违约的情况，私人伙伴可利用的补救办法可能有限。根据许多法律制度所依循的一条法律规则，在合同一方违反其大部分义务的情况下，合同另一方可以暂不履行自身义务。然而，在某些法律制度下，这一规则对政府合同不适用，与之相反，法律规定，除非并且直至合同被司法判决或仲裁裁定撤销，否则政府承包商不得仅以订约当局违约为由不履行合同。

35. 限制私人伙伴暂不履约的权利往往是为了确保公共服务的连续性（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第95和第96段）。不过，应当指出的是，虽然订约当局可以通过行使介入权来减轻私人伙伴违约的后果，但私人伙伴通常没有类似的补救办法。遇到订约当局严重违约的情形，私人伙伴可能遭受巨大乃至无法挽回的损失，其程度取决于需要多长时间才可获得准予解除私人伙伴根据公私伙伴关系合同所承担义务的最终裁定。这些情形凸显出必须针对订约当局承担的义务提供政府担保（见第二章，“项目规划和准备”，第71-76段），以及有必要允许当事各方选择迅捷、有效的争端解决机制（见第六章，“争端的解决”，第3-49段）。

*(b)* 条件变化

36. 如果私人伙伴的履约负担因发生未预见到的条件变化而大大加重，而且当事各方未能达成协议，以便适当修改公私伙伴关系合同，使之适应已发生变化的条件，那么国内法常常允许私人伙伴终止公私伙伴关系合同（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第135-144段）。如果订约当局不遵守旨在保持合同经济平衡的合同条款（如调整和指数化条款），私人伙伴也有权终止合同。

### 3. 任一当事方终止

(a) 履约障碍

37. 有些法律规定，如若出现公私伙伴关系合同所界定的免责性障碍情形，致使当事各方长期无法履行其义务，则当事各方可以终止公私伙伴关系合同（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第146-148段）。为此，似宜在公私伙伴关系合同中规定，如果免责性障碍在某一规定时间内持续存在，或如果两个或两个以上免责性障碍累计存在时间超过一定时限，则任一当事方可终止协议。如因法律原因导致项目无法执行，例如，由于法规变动或司法裁定影响到公私伙伴关系合同的有效性，则行使这一终止权可无需受制于任何时限，在法规变动或其他法律障碍生效后即可立即行使。

(b) 双方同意

38. 某些国内法允许当事方经双方同意后终止公私伙伴关系合同，但通常需得到上级当局的批准。在一些法律制度中，经双方同意后终止合同可能意味着公共服务中断，从而导致订约当局因服务中断问题被问责，这种情况下订约当局可能需要法律的具体授权。

## E. 公私伙伴关系合同期满或终止的后果

39. 合同期满或终止的后果依公私伙伴关系的类型与结构（即“特许权”公私伙伴关系和“非特许权”公私伙伴关系）和项目性质而有所不同（关于各类公私伙伴关系安排的概述，见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第14-16段）。对于特许权类公私伙伴关系而言，合同期满或终止通常意味着撤销特许公司运营设施、提供相关服务并收取相应款项的权利。在这类情况下，除非基础设施将为特许公司永久所有，否则公私伙伴关系合同的期满或终止通常要求将资产移交给订约当局或另一个承接设施运营工作的特许公司。非特许权公私伙伴关系的情况可能有所不同，特别是私人伙伴持有项目资产的所有权时，情况更是不同。此类伙伴关系可能涉及重大财务后果，当事各方需要在公私伙伴关系合同中就此作出详细规定，尤其是要针对由任一当事方终止合同的情况作出详细规定。当事各方还需商定各项收尾措施，以确保有序移交运营设施和提供服务的责任。

### 1. 移交与项目有关的资产

40. 多数情况下，在公私伙伴关系合同期满或终止时，应将最初提供给私人伙伴的资产和财产以及与公私伙伴关系有关的其他物品退还订约当局（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第22-28段）。在典型的“建设—运营—移交”项目中，私人伙伴还有义务在公私伙伴关系合同期满或终止时，将有形基础设施和其他与项目有关的资产移交给订约当局。需要移交给订约当局的资产通常包括未清应收款项和移交时存在的其他权利等无形资产。根据项目的情况，应移交的资产还可包括特定技术或专门知识（见第56-60段）。应当指出的是，在某些公私伙伴关系中，资产直接、自动移交给新选定的私人伙伴，后者将接替现任私人伙伴提供服务。

*(a) 资产移交给订约当局*

41. 根据要移交的资产类型，可能需要作出不同的安排（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第27段）：

*(a) 必须移交给订约当局的资产*。按照某些国家的法律传统，在公私伙伴关系项目结束时，私人伙伴需要将此类资产移交给订约当局，资产不得附带任何留置权或质押权负担，而且订约当局不承担任何费用，但如果私人伙伴为确保服务的连续性而对财产进行了改进或现代化更新，并且尚未收回为此投入的成本，那么可就此获得补偿。在实践中，该项规则的前提是谈判商定足够长的合同期限和足够高的收入水平，使私人伙伴能够完全摊销其投资并全额偿还债务。其他法律留出了更大的灵活空间，授权订约当局针对由私人伙伴建设的资产或其对实体设施或系统所作其他投资的任何残余价值，向后者提供补偿；

*(b) 订约当局可选择购买的资产*。如果订约当局决定行使选择权购买这些资产，那么私人伙伴通常有权按其资产当时的公平市价得到补偿。但是，如果这些资产预计将被全部摊销（即私人伙伴的融资安排并未设想资产留有残余价值），那么当事方通常会商定，支

付的价格将是名义价格。根据某些国家的订约惯例，订约当局通常享有对此类资产设置的某些担保权益，以此作为有效移交的担保；

*(c)* 仍属于私人伙伴私有财产的资产。私人伙伴一般可以自由地转移或处置此种资产。

*(b)* 资产移交给新的私人伙伴

42. 如前所述，订约当局不妨在公私伙伴关系合同到期时重新招标，而不是自行运营设施（见第7段）。为此目的，法律似宜要求私人伙伴将资产移交给新的私人伙伴。为确保有条不紊地过渡和服务的连续性，应当要求私人伙伴在移交时与新的私人伙伴合作。先后两任私人伙伴之间移交资产，可能需要向现任私人伙伴支付某种补偿，具体视资产是否已经摊销而定。

43. 在这方面需要考虑的一个重要要素是在甄选程序中私人伙伴拟定的财务建议书的结构（另见第三章，“授予合同”，第76段）。在公共基础设施公私伙伴关系中，投标人财务建议书的基本假设之一是，公私伙伴关系所需建设或购置的所有资产将在公私伙伴关系存续期间全部摊销（即全额收回成本）。因此，财务建议书通常不会预期资产在公私伙伴关系期限结束时留有残余价值。在这类情况下，显而易见没有理由要求继任私人伙伴向原私人伙伴支付任何补偿，原私人伙伴可能需要免费或仅仅以名义对价将所有资产移交给继任私人伙伴。事实上，如果私人伙伴已经实现了预期回报，继任私人伙伴支付移交费无异于一笔额外费用，这笔额外费用最终要通过继任者根据第二项合同收取的价格来支付。然而，如果私人伙伴的最初建议书设想的费率水平假定了在公私伙伴关系期限结束时，资产具有一定残余价值，或如果财务建议书假设会从第三方获得大额收入，则私人伙伴可能有权就移交给继任私人伙伴的资产获得补偿。

*(c)* 移交时的资产状况

44. 如果在公私伙伴关系期满时，资产需移交订约当局或直接移交新的私人伙伴，那么私人伙伴通常有义务移交资产，确保资产不

附带任何留置权或质押权负担，以及在考虑服务需要的情况下资产状况可保证基础设施正常运作。针对订约当局享有的接收可运营状况资产的权利，有些法律作出了补充，规定私人伙伴有义务按谨慎维护所要求的适当状况持有和移交资产，并为此提供某种担保（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第127段）。如果订约当局要求按规定条件归还资产，那么所要求的条件应当合情合理。订约当局要求资产具有一定的剩余寿命可能是合理的，但期望资产仍处于崭新状态是不合理的。此外，这些要求可能不适用于公私伙伴关系合同终止的情形，尤其不适用于合同在建造阶段顺利完工之前终止的情形。

45. 可取的做法是制定明晰的程序，评估和核实应移交给订约当局的资产的状况。例如，不妨设立一个由订约当局和私人伙伴双方代表组成的委员会，以确定设施是否处于规定状况，以及是否符合公私伙伴关系合同载列的相关要求。公私伙伴关系合同还可就此种委员会的任命和职权范围作出规定，可授权该委员会要求私人伙伴采取合理措施，修理或排除在设施中发现的任何瑕疵和缺陷。最好规定在合同终止之前的某一适当阶段（最迟一年，但在某些情况下甚至更早）进行一次特别检查，此后订约当局可以要求私人伙伴采取额外的维护措施，以确保物品在移交时处于适当状况。订约当局似宜在公私伙伴关系合同中要求私人伙伴提供特别担保，以便确保圆满移交设施。订约当局可利用此种担保支付受损资产或财产的维修费用。

### *2. 终止时的财务安排*

46. 公私伙伴关系合同的终止可能发生在私人伙伴得以收回投资、偿还债务和获得预期利润之前，这可能会给私人伙伴造成巨大损失。订约当局可能为了确保设施完工或继续提供相关服务等原因追加投资或承担大笔费用，从而也可能蒙受损失。考虑到这些情况，公私伙伴关系合同通常载有广泛的条款，处理合同终止时当事各方的财务权利和义务问题。公私伙伴关系合同终止后可能出现巨额或有负债，需要在项目规划的早期阶段在订约当局的风险矩阵中对此进行适当评估（见第二章，“项目规划和准备”，第15和第16段）。此外，订约当局的实际付款——无论是作为合同终

止的补偿款还是作为资产移交的正常付款——可能需要足够的预算拨款，订约当局可能需要在付款到期应付很早之前就寻求这些拨款。

47. 以下段落讨论了各种因素，订约当局和私人伙伴通常会考虑这些因素，以便确定公私伙伴关系合同终止时任何一方可能有权获得的补偿标准。在这方面，必须对合同约定的补偿标准和因不正当终止而应支付的损害赔偿加以区分。在后一种情况下，付款是完全恢复原状的替代手段，其目的是使受害一方所处的境遇与另一方没有不正当终止合同时其所处的境遇大体相同。[3] 反过来，合同约定的补偿款通常不具有恢复原状的性质或惩罚性，通常反映出双方认为的对所作投资的公平补偿以及由于合同提前终止而可能造成的利润或利益损失。

48. 确定补偿款的方法主要有三种：*(a)* 基于收入的方法，该方法通过使用现金流量贴现、调整现值或资本化现金流方法，根据业务的当前和预期收入对其进行估值；*(b)* 以市场为基础的方法，该方法需要将相关项目与销售价格所证明的类似企业或所有者权益的市场价值进行比较；*(c)* 最后，以资产为基础的方法，使用应予补偿的资产的会计价值或重置价值。所有三种方法都可以用来设定参数，以便计算公私伙伴关系合同终止时的补偿数额，并且它们通常随着合同终止所处的时段和终止理由的不同而有所变化。然而，在确定补偿参数时下列因素通常发挥核心作用：

*(a)* 未偿债务、股权投资和预期利润。项目终止在私人伙伴的贷款协议中通常列为违约事件。由于贷款协议通常包括一条所谓的“加速条款”，即在发生违约事件时所有债务可能立即到期，因

[3] 常设国际法院通常将习惯国际法下损害赔偿标准界定如下：“非法行为的实际概念有一项基本原则——一项似乎是经由国际惯例、尤其是仲裁法庭裁决建立的原则——它规定赔偿必须尽可能消除非法行为的所有后果，并恢复实施该行为以前极可能存在的状况。恢复原状，如果无法做到，则给予价值相当于恢复原状的数额；如有必要，在所受损失无法通过恢复原状或支付相当于恢复原状的金额而得到弥补时，须赔偿损失——这些原则应当有助于确定对于违反国际法行为应付补偿的数额”。(霍茹夫工厂案（德国诉波兰），案情实质，1928年常设国际法院（A辑）第17号（9月13日），第125页）。

此公私伙伴关系合同终止时私人伙伴遭受的直接损失可能包括届时尚未偿清的债务。订约当局是否以及在何种程度上补偿这种损失，通常取决于公私伙伴关系合同终止的理由。部分补偿可能局限于私人伙伴圆满完成的工程的等值金额，而全额补偿将包括所有未偿债务。补偿安排有时还考虑到另一类损失，即私人伙伴在项目终止时尚未收回的股权投资的损失。最后，合同终止还使私人伙伴无法获得该设施未来可能产生的利润。虽然损失的利润通常并不视为实际损失，但在例外情况下，例如订约当局不正当终止合同，未来预期利润的当前价值也可能包括在应付私人伙伴的补偿中；

*(b)* 完工程度、残余价值和资产的摊销。针对各类终止理由的合同补偿方案通常包括与终止时工程完成程度相称的补偿。工程的价值通常是根据施工所需的投资（特别是终止发生在建造阶段时）、重置成本或设施的“残余”价值来确定的。残余价值系指终止时基础设施的市场价值。某些种类的有形基础设施（例如桥梁或公路）或运营寿命即将到期的设施，其市场价值可能难以确定或者甚至根本不存在。有时可根据设施对订约当局的预期效用来估算残余价值。然而，可能会发现难以确定未完工工程的价值，特别是当订约当局需要更多投资以便使设施能够运营，而所需金额超过私人伙伴实际投资金额时。无论如何，很少会全额支付残余价值，特别是在项目收入构成私人伙伴投资的唯一报酬时。因此，私人伙伴通常只获得合同终止时资产尚未完全摊销的残余价值的补偿，而不是获得对设施价值的全额补偿。

*(a)* 因私人伙伴违约而终止

49. 在因私人伙伴自身违约而终止合同时，私人伙伴通常无权要求获得损害赔偿。事实上，私人伙伴可能有义务向订约当局支付损害赔偿，尽管在实践中，被债权人宣布债务到期的违约公司很少会有足够的剩余资金来实际支付这种损害赔偿，这凸显了可能要求私人伙伴提供的履约保证金或其他履约担保的重要性（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第118和第119段）。

50. 应当指出，违约导致的合同终止，即使被视为对严重不履约的制裁，也不应导致任何一方不当得利。因此，即使在私人伙伴建设意在最终移交给订约当局的基础性设施的公私伙伴关系中，终止也不一定意味着订约当局有权接管资产而无需向私人伙伴支付任何款项。解决这个问题的一种公平办法也许是根据公私伙伴关系合同中对资产所作的安排（见第40段），区别对待不同种类的资产：

*(a)* *必须移交给订约当局的资产*。如果公私伙伴关系合同规定，在公私伙伴关系合同结束时，项目资产自动移交给订约当局，违约终止通常不需要针对这些资产向私人伙伴支付补偿，但已圆满完成工程的残余价值中私人伙伴尚未摊销的部分除外；

*(b)* *订约当局可选择购买的资产*。如果订约当局有权选择在公私伙伴关系合同到期时按市场价值购买资产，或者有权要求向项目的新中标者提供这种选择，则经济补偿可能是适当的。但是，可以合理预期这种经济补偿将低于资产的全部价值，以刺激私人伙伴履约。同理，这类补偿可不必足以支付偿还私人伙伴未偿债务的全部费用。似宜在公私伙伴关系合同中列出详细的经济补偿公式（即相当于资产的清理价值，还是未偿债务和替代使用价值之间数额较小者）；

*(c)* *仍属于私人伙伴财产的资产*。私人伙伴所拥有的不属于上文*(a)*或*(b)*项的资产通常可由私人伙伴移走或处置，因此很少需要作出补偿安排。然而，完全私有化项目的情况可能有所不同，在这些项目中，私人伙伴拥有所有资产，包括对提供服务至关重要的资产。在这类情况下，为确保服务的连续性，订约当局可能认为有必要接管资产，即使公私伙伴关系合同并无此种规定。在这种情况下，普遍认为订约当局应向私人伙伴补偿资产的公允市场价值。然而，公私伙伴关系合同可以规定，补偿额应减去订约当局运营设施或雇用另一运营商所产生的费用。

*(b)* *因订约当局违约而终止*

51. 对于因订约当局的原因而终止合同所造成的损失，私人伙伴通常有权获得全额补偿。应付私人伙伴的补偿通常包括针

对尚未摊销的工程和装置价值的补偿，以及针对私人伙伴所遭受损失包括利润损失的补偿。这些补偿通常是根据私人伙伴在前几个财政年度的收入计算的（合同在运营阶段终止时），或者根据在最初设想的期限内对预期收益的预测计算的。私人伙伴可能有权获得债务和股本的全额补偿，包括偿债成本和利润损失。

*(c)* 因其他理由而终止

52. 如果终止合同不归咎于任何一方违约，那么在考虑补偿安排时，似宜对免责障碍和订约当局因公共利益或其他类似原因宣布终止合同加以区分。

*(i)* 因免责障碍而导致的终止

53. 根据定义，免责障碍是指当事各方无法控制的事件，因此，一般来说，在发生这种情形导致的终止时，任何一方不得提出损害赔偿要求。然而，在有些情况下，规定向私人伙伴提供某种补偿可能是公平的，例如对已完成工程的公平补偿，特别是当资产性质特殊导致私人伙伴不能移走或有意义地使用这些资产，而订约当局可以有效地利用这些资产来提供相关服务（例如桥梁）时，更是如此。但是，由于这类情况下的终止不能归因于订约当局，所以应付私人伙伴的补偿可不必是“全额”补偿（即偿还债务、股本和利润损失）。

*(ii)* 出于公共利益而终止

54. 如果公私伙伴关系合同承认订约当局有权出于公共利益而终止合同（见第30段），那么应向私人伙伴支付补偿的项目通常包括在因订约当局违约而终止合同时的应付补偿项目（见第51段），但不一定分毫不差。为了确定应付私人伙伴的公平补偿额，似宜对以下两种情况加以区分：发生在建造阶段的因公共利益终止合同，以及发生在运营阶段的因公共利益终止合同：

*(a)* 建造阶段终止合同。如果公私伙伴关系合同在建造和投资阶段终止，补偿安排可以遵循允许为方便而终止的大型建造合

同的标准做法。在这类情况下，承包商通常有权要求补偿已圆满完成的工程的造价，以及承包商因合同终止而承受的费用和损失。但是，由于订约当局通常并不对私人伙伴完成的建造工程支付价款，所以计算补偿的主要标准一般是截至终止时私人伙伴的实际投资总额，包括私人伙伴为实施公私伙伴关系合同规定的建造工程而从放款人提供的贷款中实际支付的总额，以及取消贷款协议所涉及的费用。建造阶段合同终止这一风险是公私伙伴关系项目融资的主要风险。一些国家试图减轻这种风险，并提高银行为项目担保的可能性，在这些项目中，订约当局通过定期发行反映相关时期所作投资额的可转让凭证，支付私人伙伴所完成工程的费用（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第51-52段）。在这种方案中，如果公私伙伴关系合同提前终止，订约当局确认但尚未支付的任何金额都将自动包括在订约当局应付的剩余金额中，作为未摊销投资付款。这种由订约当局间接承担建造风险的形式在一些公私伙伴关系模式中可以见到，其总体财务影响需要在项目规划阶段予以仔细考虑（见第二章，“项目规划和准备”，第30-32段）。另一个问题是，私人伙伴是否以及在多大程度上有权追回出于公共利益而终止的那部分合同的利润损失。一方面，私人伙伴可能因为预期完成设施建造并在公私伙伴关系合同的预期期限内运营该设施而放弃了其他商业机会。另一方面，订约当局有义务补偿私人伙伴的利润损失可能在经济上限制订约当局行使其为方便而终止的权利。一种方法可以是在公私伙伴关系合同中规定订约当局补偿利润损失的付款比额表，付款的数额将取决于为方便而终止公私伙伴关系合同时已完成的施工进程；

*(b)* *运营阶段终止合同*。对于私人伙伴已圆满完成的建造工程，补偿安排可能与在建造阶段终止合同的情形相同。但是，对在运营阶段终止合同的公平补偿可能还需要对利润损失作出合理补偿。对这种情况实行较高的补偿标准也许是合理的，因为如果在建造阶段终止合同，订约当局可能需要自行出资完成工程，而在运营阶段终止合同则有所不同，此时订约当局也许能够得到一整套能够运营并从中盈利的完备设施。针对利润损失的补偿

通常是根据私人伙伴在前几个财政年度的收入来计算的，但在某些情况下，可能需要考虑其他因素，如基于商定费率的预期利润，因为预期收入是项目可行性研究和财务结构的核心因素（见第二章，“项目规划和准备”，第33和第34段）。这是因为，收费公路及类似项目等一些基础设施项目具有在运营初期财务成本较高、收入相对较低的特点，在合同终止时项目可能还没有盈利记录。

### *3. 收尾和过渡措施*

55. 如果设施在合同期结束时移交给订约当局，那么当事各方可能需要作出一系列安排，以确保订约当局能够以既定效率和安全标准运营设施。公私伙伴关系合同可以规定私人伙伴有义务转让运营基础性设施所需要的某些技术或专门知识。公私伙伴关系合同还可以规定私人伙伴在某段过渡时期对设施的运营和维护继续承担某些义务。还可进一步规定私人伙伴有义务向订约当局供应修理设施可能需要的零部件或为供应这些零部件提供便利。但应指出的是，私人伙伴可能无法自己采取下文所述某些过渡措施，因为在多数情况下，私人伙伴只是为实施项目而成立，可能需要从第三方取得有关技术或零部件。

*(a) 转让技术和专门知识*

56. 在有些情况下，移交给订约当局的设施会包括产出某些物资（例如电力或饮用水）或提供有关服务（例如电话服务）所需的各种技术工艺。订约当局常常希望掌握这些工艺及其应用。订约当局还希望获得运营和维护设施所需的技术信息和技能。即使订约当局拥有基本能力，可以承担某些部分的运营和维护工作（例如建筑或土木工程），但也可能需要掌握必要的特殊技术工艺，以便可按照适合相关设施的方式进行运营工作。向订约当局传达这种知识、信息和技能通常称为“技术转让”。有关技术转让的义务不能单方面强加给私人伙伴，在实践中，这类事项须经有关各方广泛磋商。虽然东道国在取得运营设施所需的技术方面

拥有合法利益，但也应适当考虑到私人投资者的商业利益和经营策略。

57. 对技术转让与履行建造和运营设施所需的其他义务，可实行不同的合同安排。技术转让本身可采取不同方式，例如通过工业产权许可、当事双方建立合资企业或提供机密的专门知识。《指南》没有试图全面论述与工业产权许可或提供专门知识有关的合同谈判和起草问题，因为这个问题已在联合国其他机构发行的出版物中详细讨论过。[4] 以下段落仅指出有关传授运营和维护设施所需技能的某些重大问题，传授方式包括培训订约当局的人员或提供文件。

58. 向订约当局传授适当运营和维护工程所需的技术信息和技能，最重要的方法是对订约当局的人员进行培训。为使订约当局能够决定其培训要求，订约当局可在建议征求书中或在合同谈判期间，请私人伙伴提供一份组织结构图，列明工程运营和维护的人员要求，包括人员必须具备的基本技术和其他资格。关于这种要求的说明应足够详细，以便订约当局能够确定其现有人员所需培训的程度。私人伙伴通常拥有提供培训的能力。但在某些情况下，咨询工程师或专门从事培训的机构提供培训可能效果更好。

59. 适当运营和维护设施所需的技术信息和技能也可通过提供技术文件来传授。应提供的文件可包括规划、图纸、配方、运营和维护手册及安全须知。似宜在公私伙伴关系合同中列出应当提供的文件。可要求私人伙伴提供以特定语文编写的全面而清晰的文件。倘若非经演示无法理解文件所描述的程序，则似

[4] 世界知识产权组织的《发展中国家许可证颁发指南》(知识产权组织出版物第620 (E)号，1977年)对工业产权许可和提供专门知识的合同谈判和起草问题作了详细论述。谈判和起草这类合同时应当考虑的主要问题载于《技术转让协议的评价准则》，发展和技术转让丛书，第12号(ID/233，1979年)，以及载于《关于起草工程行业专门知识国际转让合同的使用指南》(联合国出版物，出售品编号：E.70.II.E.15)。另一本相关出版物是《发展中国家引进技术手册》(联合国出版物，出售品编号：E.78.II.D.15)。关于工业工程施工合同背景下技术转让的讨论，见《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》(联合国出版物，出售品编号：E.87.V.10)，第六章，“技术转让”。

宜规定私人伙伴有义务根据订约当局的请求对有关程序进行演示。

60. 可以具体规定应在何时提供文件。公私伙伴关系合同可以规定，所有文件应在合同规定的完工时间之前提供完毕。当事各方还似宜规定，只有提供了与工程运营有关的、按合同规定应在完工前提供的所有文件，方可认定完成了设施的移交工作。似宜规定，有些文件（例如操作手册）应在建造期间提供，因为这些文件可使订约当局的人员或工程师对正在建造的机械或设备的工作原理有所了解。

*(b) 设施移交后协助运营和维护设施*

61. 订约当局需要私人伙伴在多大程度上提供协助，取决于订约当局可用的技术和技能娴熟的人员。订约当局如果缺乏技能足够娴熟的人员对设施进行技术操作，不妨征求私人伙伴的协助来运营设施，至少是在最初阶段协助运营。在有些情况下，订约当局似宜请私人伙伴派出人员出任设施相关的多个技术职位，而在另一些情况下，订约当局似宜仅请私人伙伴提供技术专家，以顾问身份与订约当局的人员合作开展一些高度专业化的业务活动。

62. 为协助订约当局运营和维护设施，公私伙伴关系合同可要求私人伙伴在移交设施之前提交一项运营和维护方案，以保持设施在剩余的工作寿命期内以公私伙伴关系合同规定的效率水平运作。运营和维护方案可包括如下事项：组织结构图，列明设施的技术操作所需的关键人员以及每位人员需履行的职能；对设施进行定期检查；添加润滑油、清洁和校正；以及更换残次或已磨损的零部件。维护工作还可能包括具有组织性质的业务活动，例如制定维护时间表或更新维护记录。订约当局还可要求私人伙伴提供载有适当运营和维护程序的运营和维护手册。这些手册应采用订约当局人员容易理解的格式和语文。

63. 对订约当局的人员进行运营和维护程序培训的一个有效手段可以是在公私伙伴关系合同中规定，在设施移交之前或之后的一段时间内，订约当局的人员应与私人伙伴的人员一起进行运营和维护工作。之后可确定将由订约当局所雇人员出任的职位，并具体说明所需的资格和经验。为了避免磨擦和低效，似宜明确界定在有关期限内一方人员对另一方人员行使的任何权限。

*(c) 零部件的供应*

64. 在规定需将设施移交给订约当局的项目中，订约当局将需要获得零部件，用来替换已磨损或损坏的零部件，以及维护、修理和运营设施。零部件可能无法在当地获得，订约当局可能需要依靠私人伙伴供应。如果当事各方在公私伙伴关系合同中或在随后的协议中预计到订约当局在这方面的需要并作出相应规定，则可极大地便利当事各方就设施移交后零部件和服务的供应作出规划。但是，鉴于大多数公私伙伴关系的存续期限很长，当事各方可能难以在公私伙伴关系合同中预计设施移交后订约当局的需要并作出相应规定。

65. 一种可能的办法是当事各方另外订立一份合同来规范这些事项。[5] 此类合同可在设施即将移交时订立，届时订约当局可能对自身需要有着更加明确的认识。如果零部件制造方不是私人伙伴而是供应商，那么订约当局可能倾向于与这些供应商订立合同，而不是从私人伙伴那里获得零部件，或者订约当局不妨请私人伙伴作为其采购零部件的代理。

66. 订约当局的人员应具备安装零部件的技术能力。为此，公私伙伴关系合同可规定私人伙伴有义务提供必要的指导手册、工具和设备。这些指导手册应采用订约当局人员容易理解的格式和语文。合同还可要求私人伙伴提供“结构”图，指明各部分设备是怎样相互连接的，以及可以从何处入手安装零部件和进行维护及修

[5] 欧洲经济委员会拟定了一份《关于起草维护、修理和运营工业和其他设施的国际服务合同指南》(ECE/TRADE/154)，该《指南》经适当修改后可有助于当事各方另行起草一份或若干份关于在设施移交给订约当局后对设施进行维护和修理的合同。

理。在某些情况下，似宜要求私人伙伴对订约当局的人员进行安装零部件培训。

*(d)* 修理

67. 订立合同安排，确保设施在发生故障时得到迅速修理，这符合订约当局的利益。在许多情况下，私人伙伴可能比第三方更胜任修理工作。此外，如果公私伙伴关系合同不准订约当局向第三方披露私人伙伴提供的技术，那么这可能会限制对开展修理工作的第三方的选择，只有保证不披露私人伙伴的技术并且其保证获得私人伙伴认可的第三方才能入选。另一方面，如果设备的主要部分是由供应商为私人伙伴制造的，那么订约当局可能会发现最好还是与供应商订立独立的修理合同。似宜明确界定私人伙伴承担的任何修理义务的性质和期限，并将这些义务与私人伙伴根据质量保证要求承担的纠正设施缺陷的义务区分开来。

*(e)* 退役

68. 以上段落讨论了各种必要的收尾和过渡措施，以确保将资产或设施有序移交给订约当局（或继任私人伙伴，视情况而定）。已陈旧或运作情况无法满足东道国环境或可持续发展目标的基础设施或设施退役时需要采取不同类型的收尾措施。在这种情况下，“退役”意味着基础设施永久停止运营。退役可能需要从公私伙伴关系项目所在地拆除和移除基础设施，整个过程不得造成人员伤害或财产损失，也不得造成环境危害。周详的规划是必要的，而且公私伙伴关系合同应规定基础设施退役的程序和方法。例如，当事各方可能需要进行独立研究，以评估基础设施被淘汰的可能性或构成的环境或安全风险。此外还似宜在项目筹备期间进行的环境影响研究中，讨论退役的费用和程序（见第二章，“项目规划和准备”，第19-20段）。

69. 基础设施退役常常需要较高的费用。因此，公私伙伴关系合同应规定当事方各自对于妥善退役需要采取的各种步骤的义务，包括这些措施的费用和因环境危害或对场地、相邻财产的其他损害或一切形式的人身伤害所承担的一切潜在赔偿责任（以及相应

的保险或其他减轻风险安排）。除公私伙伴关系合同条款外，应当指出的是，有关环境或废物管理的一般立法可以对公私伙伴关系合同条款起到补充作用，特别是在基础设施计划外退役的情况下，在授予公私伙伴关系合同之后环境法规演变为更加严格的标准这种并非罕见的情况下，这种一般立法甚至可以取代合同条款。

# 六． 争端的解决

## A． 概述

1. 实施公私伙伴关系的一个重要因素是东道国解决争端的法律框架。投资者、承包商和放款人如果相信构成项目组成部分的合同所产生的任何争端都将得到公平、高效的解决，他们参与项目的积极性将会提高。同样，避免争端或迅速解决争端的高效程序将便利订约当局行使监测职能，并降低订约当局的总体管理费用。为了创造有利于投资的环境，东道国的法律框架应当落实某些基本原则，例如以下原则：应保证国内公司和外国公司可以按照大致相同的条件向法院提起诉讼；私人合同的当事方应有权选择合同的适用法律；外国判决和仲裁裁决应当可以执行；法律应当允许当事各方选择其认为最适合和最高效的司法和非司法争端预防和解决机制。

2. 公私伙伴关系一般要求建立一个由相互关联的合同和涉及不同当事方的其他法律关系组成的网络。关于解决这些项目所产生争端的法律规定必须考虑到多种不同的关系，这些不同的关系可能需要根据项目所处的阶段、争端的类别和所涉及的当事方而采取不同的争端解决办法。争端可能早在授予合同过程就会出现，例如，对订约当局在此过程中作出的决定尤其是对最终选定私人伙伴提出投标异议或投标质疑。一般来说，这些争端将按照国家公共采购法规定的复审和争端解决的一般程序处理（见第三章，“授予合同”，第142和第143段。）本章重点述及实施阶段和项目完工之后可能出现的争端。这些争端可分为三大类：

*(a)* *私人伙伴与订约当局和其他政府机构之间的协议所产生的争端。*在多数大陆法系国家，公私伙伴关系合同由行政法管辖（见第七章，“其他有关的法律领域”，第25-28段），而在另一些国家，此种合同原则上受一般的合同法管辖，并由为提供公共服务相关政府合同而制定的特别规定作为补充。这种制度可能影响到公私伙伴关系合同当事方能够商定的争端解决机制。类似的考虑可能也适用于私人伙伴与政府机构或政府所有的公司之间订立的为项目供应货物或服务或购买基础性设施所提供货物或服务的某些合同；

*(b)* *项目促成人或私人伙伴为实施项目而与有关当事方订立的合同和协议所产生的争端。*这些合同通常至少包括：㈠持有项目公司股权的当事各方之间的合同（例如股东协议、关于追加融资的协议或关于表决权的安排）；㈡贷款及有关的协议，这些协议除项目公司外还涉及其他当事方，例如商业银行、政府贷款机构、国际贷款机构和出口信贷保险公司；㈢项目公司与承包商之间的合同，而该承包商本身可能是由承包商、设备供应商和服务提供商组成的联合体；㈣项目公司与经营和维护项目设施的当事方之间的合同；㈤私人伙伴与私营公司之间关于供应运营和维护设施所需货物和服务的合同；

*(c)* *私人伙伴与其他当事方之间的争端。*这些其他当事方包括设施的用户或客户，这些用户或客户可以是：从项目公司购买水电然后转售给最终用户的政府所有的公用事业公司；商业公司，例如签约使用机场或港口的航空公司或航运公司；或支付公路使用费的个人等。这些争端的当事方不一定受以前合同性质或类似性质的任何法律关系的约束。私人伙伴和第三方之间也可能产生争端，例如生活在相邻地区的人、受项目影响的土著群体或民间社会代表。此类争端一般经由国内司法体系解决。法律似宜提供协商机制，以便能够在规划阶段就考虑到这些当事方的看法。各国也可考虑这些当事方与私人伙伴之间可能出现的争端的解决机制（见第七章，“其他有关的法律领域”，第50-51段；另见第二章，“项目规划和准备”，第18段）。

## B. 订约当局与私人伙伴之间的争端

3. 公私伙伴关系合同，尤其是与基础设施项目有关的公私伙伴关系合同，履约时间长，有多个企业参与建造和运营阶段。这些项目通常涉及政府机构，并且公众予以高度关注。这些情况突出说明有必要建立具有下述特征的机制：尽可能避免当事方之间分歧升级并维护其商业关系；防止建造工程或服务的提供被中断；并且应当适合可能产生的争端的具体特点。

4. 本节讨论实施公私伙伴关系各阶段应当特别注意的一些主要考虑因素。在讨论管理基础设施服务的权力（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第56和第57段）时，已经讨论如何解决私人伙伴对管理机构所作决定的不满。本《指南》早些时候也曾论述如何解决私人伙伴挑选过程中产生的争端（即合同前争端）（见第三章，“授予合同”，第142和第143段）。

### *1. 预防和解决争端的方法的一般性考虑*

5. 公私伙伴关系合同有效期内最经常引起争端的问题是在建造阶段、基础性设施运营期间或者与公私伙伴关系合同到期或终止有关可能发生的违反协议问题。这些争端可能非常复杂，常常涉及技术性很强的事项，必须迅速解决，以免影响基础性设施的建造或运营。由于这些原因，当事方最好制定允许挑选合格专家来帮助解决争端的机制。

6. 为了实现上述目标，公私伙伴关系合同常常规定综合性争端解决条款，以期尽可能防止争端的产生，促进达成相互同意的解决办法，并在争端产生时有高效的争端解决办法可供使用。这些条款一般规定按顺序采取一系列步骤，先是在早期提出警告，指出如当事方不采取预防行动，有可能发展成争端的问题。在确已发生争端时，公私伙伴关系合同一般要求当事各方交换信息并讨论有关争端，以期找到一种解决办法。如果当事各方自己不能解决争端，那么任何一方可以要求一个独立和公正的第三方参与，协助他

们找到一种可以接受的解决办法。在多数情况下，只有在这类调解办法不能解决争端时，才使用对抗性的争端解决机制。

7. 然而，当事方能否自由商定某些预防争端或解决争端的办法，可能会受到一些限制：其中一种限制可能涉及争端的主题事项；某些法律制度中的另一种限制可能产生于订约当局的政府性质。一些法律制度的传统做法是政府及其机构不得同意某些争端解决办法，特别是仲裁，视合同的主题事项而定。在有些国家，这一限制不适用于具有工业或商业性质、在与第三方的关系中根据私法或商法行事的公共企业。

8. 对自由商定包括仲裁在内的争端解决办法的限制还可能与公私伙伴关系合同的法律性质有关。在一些大陆法系中，公私伙伴关系合同视为行政合同，由此产生的争端可能需要交由东道国的司法机关或行政法庭解决。在另一些法系中，类似的禁令可能明文载于直接适用于公私伙伴关系合同的立法或司法判例中，或者来源于通常以立法规则或条例为依据的合同惯例。

9. 订约当局应当认真考虑《指南》所述的各种争端解决方法的相对利弊。有些国家希望在解决与公私伙伴关系有关的争端时使用非司法争端解决方法，包括《指南》所述的各种方法，以代替或补充国内法院的判决，这些国家应当消除可能的法律障碍，并且明确授权本国订约当局可商定其认为最合适和最高效的争端解决办法。缺乏此种立法授权可能会引起争端解决条款有效性的问题，并导致争端迟迟得不到解决。例如，尽管随后有人提出抗辩，指出订约当局无权订立仲裁协议，仲裁庭还是认定所订立的仲裁协议是有效的，在此情况下，在承认或执行阶段，这个问题还会向裁决需要得到其承认或执行的东道国法院或者第三国法院提出来。

### *2. 预防和解决争端的常用方法*

10. 以下各段介绍用来预防和解决争端的方法的主要特点，并述及这些方法对于大型基础设施项目各阶段即建造阶段、运营阶段

和终止后阶段的适宜性。虽然公私伙伴关系合同通常规定了综合性预防争端和解决争端机制，但仍应当力求避免采用过于复杂的程序或规定有过多层次的不同程序。下面各段简要介绍预防争端和解决争端的某些方法，旨在使立法者了解这些不同方法的具体特点和用途。不应理解为是在建议使用任何特定的方法组合。

*(a)* 早期警告

11. 早期警告条款可能是避免争端的重要手段。这些条款规定，如果合同一方认为已经发生的事件或它打算提出的权利要求有引起争端的可能，应尽快提请对方注意这些事件或权利要求。拖延提出权利要求有可能使对方感到吃惊，因而使对方产生不满和敌意，因此拖延提出权利要求是冲突的根源，同时拖延提出权利要求还会增大取证的难度。为此，早期警告条款一般要求提出权利要求的一方在规定时限内提出量化的权利要求和必要的证据。为使这些条款得到有效执行，常常规定对不遵守这些条款的制裁措施，例如丧失提出权利要求的权利或增加举证责任。在基础设施项目中，早期警告常常涉及可能对工程或公共服务的质量产生不利影响、提高成本、导致拖延或危及服务连续性的事件。因此，早期警告条款在整个基础设施项目期限内都有用。

*(b)* 调解和调停

*12.* 《指南》中将“调解”一词作为一个广义的概念使用，指某人或某个小组独立、公正地帮助当事方友好地解决其争端的程序。调解不同于争端当事方之间的谈判（当事方在争端产生之后一般会进行谈判），调解涉及独立地、不偏不倚地为解决争端提供帮助，而当事方之间为解决争端而进行的谈判不涉及第三人的帮助。调解与仲裁的不同之处在于，调解或以当事方同意解决争端方案而结束，或以调解失败而告终；而在仲裁中，仲裁庭可对当事方作出具有约束力的裁决，除非在作出仲裁裁决之前当事方已经解决争端。在实践中，人们使用包括“调停”在内的不同术语来表示这类调解程序。从业人员有时从第三人使用的方法或第三人参与程序的程度等角度对这些术语加以区分。然而，“调解”和“调停”两词更经常作为同义词使用。

13. 调解在世界各地正越来越多地得到采用，包括过去不常采用这一方式的地区。除其他以外，这种趋势反映在越来越多的国家颁布了调解立法，往往依据《贸易法委员会国际商事调解示范法》（2002年）[1]（继承该《示范法》的是《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》（2018年）），[2] 以及设立了向有关当事方提供调解服务的几个私人和公共机构。调解所产生的和解协议的执行目前取决于国内程序法和实体法，而这些法律在和解协议的效力和执行程序两个方面仍有很大差异。《联合国关于调解所产生国际和解协议公约》[3]处理了这个问题，它以极为成功的1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》[4]为模板，为跨国界承认和执行和解协议提供了一个有效、统一的制度。

14. 调解程序通常是非正式的，且容易采用，因而往往便捷而花费不多。该程序通常也是非公开和秘密进行的，不过，有些法域促进涉及公共机构的调解的透明度，例如，将和解协议公布于众。调解人可以发挥多种作用，通常比劝解人更活跃。他或她常常可以对当事方的立场提出质疑，强调一些不足之处，这样做通常有助于达成一致意见，如果得到授权，还可以提议可能的解决方案。这种程序一般没有约束力，调解人的责任是让当事方注意到问题和可能的解决办法，从而促进争端的解决，而不是作出判断。当所涉当事方很多，通过直接谈判难以达成一致意见时，这种程序特别有用。考虑到和解协议可能涉及财务和实际问题，并且为了透明度和问责制起见，也许可取的做法是规定订约当局执行和解协议须经更高级机构事先批准。

[1]《贸易法委员会国际商事调解示范法》的案文转载于《大会正式记录，第五十七届会议，补编第17号》(A/57/17)，附件一。

[2]2018年《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》的正式文本转载于《大会正式记录，第七十三届会议，补编第17号》(A/73/17)，附件二。

[3]关于人们所称的《新加坡调解公约》的正式文本，见大会2018年12月20日第73/198号决议。

[4]关于人们所称的《纽约公约》的正式文本，见联合国，《条约汇编》，第330卷，第4739号，转载于《有关国际贸易法的公约和其他文书登记簿》，第二卷（联合国出版物，出售品编号：E.73.V.3）。

15. 如果当事方在公私伙伴关系合同中就调解作出规定，他们还须解决各种程序问题，以便增大解决争端的机会。在合同中以提及方式纳入诸如《贸易法委员会调解规则》[5]之类的一套规则，将大大有助于解决这类程序问题。一些国际组织和国家组织还拟定了其他调解规则。

*(c)* 由独立专家审查技术性争端

16. 在建造阶段，当事方似宜考虑规定将某些类别的争端交由双方指定的一名独立专家处理。对于涉及建造基础性设施的技术问题的分歧（例如，工程是否符合合同规格或技术标准），这种办法可能特别有用。

17. 例如，当事方可以分别指定一名设计检查员或一名监理工程师，审查涉及设计审批和建造工程进度的分歧（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第77-87段）。独立专家应具有设计和建造类似项目的专门知识。应在公私伙伴关系合同中规定独立专家的权力（例如独立专家提出建议还是作出有约束力的决定），以及在什么情况下当事方可以寻求独立专家提出建议或作出决定。例如，在一些大型基础设施项目中，每当私人伙伴和订约当局就设计或建造工程的某些方面是否符合相应规格或合同规定的义务产生分歧时，私人伙伴可以征求独立专家的建议。公私伙伴关系合同中有些条款规定，须经订约当局事先同意，私人伙伴才能采取某些行动，例如最后批准基础性设施的运营（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第86段），对于这些条款，尤其应当将所涉事宜酌情提交设计检查员或监理工程师解决。

[5]关于《贸易法委员会调解规则》的正式文本，见《大会正式记录，第三十五届会议，补编第17号》(A/35/17)，第106段（《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第十一卷，1980年，第一部分，第二章，A节（联合国出版物，出售品编号：E.81.V.8））。还以小册子形式出版了《贸易法委员会调解规则》（联合国出版物，出售品编号：E.81.V.6）。《调解规则》附有一条示范调解条款，其中规定：“如果发生由于本合同所引起或与本合同有关的争端，而双方当事人愿意通过调解寻求争端的友好解决，调解应按照目前生效的《贸易法委员会调解规则》进行”。大会1980年12月4日第35/52号决议建议使用《贸易法委员会调解规则》。

18. 常常利用独立专家来解决建造合同中的技术性争端，建造行业实践中形成的各种机制和程序经适当修改后可用于公私伙伴关系。然而，应当指出，订约当局与私人伙伴之间争端的范围不一定与建造合同中通常发生的争端的范围相同。这是因为公私伙伴关系合同中订约当局和私人伙伴的相应地位与建造合同中工程业主和施工方的地位不完全相似。例如，建造合同中常常就按实际完工量应付承包商的款额发生争端，这种争端在订约当局与私人伙伴之间的关系中并不典型，因为后者通常不从订约当局那里得到所完成建造工程的款项。

*(d)* 争端审查委员会

19. 大型基础设施项目的公私伙伴关系合同常常规定可能在一个任命当局的帮助下由当事双方指定一些专家组成委员会，以便帮助解决建造和运营阶段可能产生的争端（《指南》中称作“争端审查委员会”）。这些委员会可以是常设的，也可以是特设的，取决于预期的争端数量和当事各方对任何一种备选办法的成本和效率的评估。争端审查委员会处理问题的程序可以是非正式和快速的，而且可以根据需要解决的争端的特点而加以调整。任命争端审查委员会可避免当事方之间的误解或分歧发展成为必须通过仲裁或司法程序才能解决的正式争端。事实上，这种程序作为一种避免争端的手段的有效性是其特有的长处之一，但争端审查委员会也可以作为解决争端的机制，特别是在该委员会被授权作出有约束力的决定时。

20. 在争端审查委员会程序中，当事方一般在项目一开始就挑选因在项目领域的知识而闻名的三名专家组成该委员会。如果项目由需要不同专门知识的几个阶段组成（即设施建造阶段与随后的公共服务管理阶段需要不同的专门知识），可以更换这些专家，但是如果频繁更换专家，可能会损失机构知识。在有些大型基础设施项目中，设立了不止一个委员会。例如，一个争端审查委员会可以专门处理涉及技术事项的争端（例如，工程设计，某项技术是否适宜，是否符合环境标准），而另一个委员会可以处理合同或财务性质的争端（例如，因拖延发放许可证而应付的补偿数额或关于如

何适用价格调整公式的分歧)。委员会的每一名成员都应具有特定类型项目的经验, 包括解释和管理公私伙伴关系合同的经验, 并应保证对当事方保持公正、独立。可以酌情向这些人提供关于施工进度或关于基础设施运营情况的定期报告, 当事方之间产生分歧时可立即告知这些人。他们可以每隔一段时间或在必要时与当事方见面, 审议已出现的分歧, 并就如何解决这些分歧提出可能的办法。

21. 委员会成员作为预防争端的人, 可以定期视察项目现场, 与当事方见面并随时了解工程进度。与当事方见面可有助于在任何潜在冲突升级并演变成真正的争端之前及早发现端倪。发现潜在冲突时, 委员会提出解决办法, 由于委员会成员的专门知识和威信, 这些解决办法很可能被当事方接受。接到提交的争端后, 委员会即开始进行评估, 评估以非正式方式进行, 通常采取在例行现场视察时与当事方进行讨论的方式。讨论由委员会主持, 但每一当事方均有充分的机会表明自己的观点, 争端审查委员会可以随意提问, 要求提供文件及其他证据。在事件发生不久和对抗性立场变得强硬之前, 在工作现场听取意见, 其好处是显而易见的。然后, 委员会召开非公开会议, 寻求达成一项建议或决定。如果当事方不接受这些建议, 争端确实已经产生, 委员会若得到当事方授权, 也处于一种独特的地位, 能够迅速解决争端, 因为委员会对问题和合同文件比较熟悉。

22. 鉴于公私伙伴关系的期限通常较长, 与执行这些项目有关的许多情况可能在特许期结束之前发生变化。其中一些变化的影响可能已自动包括在公私伙伴关系合同中(见第四章, "公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同", 第135-144段), 而有些变化则不易包括在自动调节机制中, 或者当事方可能更愿意将其排除在这样一个机制之外。因此, 当事方建立处理情况变化可能引起的争端的机制非常重要。这对于项目的运营阶段尤其重要。如果当事方已商定一些规则, 允许在发生某些情况之后修订公私伙伴关系合同条款, 即有可能出现是否已发生这些情况以及已发生时如何修改或补充合同条款的问题。为了便利解决可能出现的

争端和避免在当事方不能就修订合同达成一致时出现僵局，当事方似宜澄清争端审查委员会是否可以和在多大程度上可以修改或补充某些合同条款。在这方面，可以指出，当事方并非总是能够依赖仲裁庭或国内法院来处理问题。事实上，某些法律制度规定，法院和仲裁员无权修改或补充合同条款。而在另一些法律制度下，法院和仲裁员只有在得到当事方明确授权的情况下才可这么做。还有些法律制度规定，仲裁员可以这么做，但法院不可以。

23. 管辖仲裁或司法程序的法律可以确定当事方可在多大程度上授权仲裁员或法院复审争端审查委员会的决定。排除这类复审的好处是，争端审查委员会的决定将立即成为最终决定，并具有约束力。但是，允许进行这类复审可使当事方更加确信决定将正确无误。早期关于争端审查委员会的条款并没有规定如果不在仲裁或司法程序中提出质疑的话，委员会的建议将具有约束力。但实际上，由当事方同意的独立专家一致提出的建议，其综合说服力可使订约当局和项目公司自愿接受这些建议，而不提起诉讼或仲裁。近期关于争端审查委员会的合同条款通常规定，委员会的决定虽然不立即对当事方具有约束力，但如果一方或双方不在规定期限内将争端提交仲裁或启动司法程序，该决定即成为有约束力的决定。除了避免有可能旷日持久的诉讼或仲裁外，当事方通常还会考虑到，要推翻法院或仲裁庭可能认为的强有力建议可能非常困难，因为建议是由一开始就熟悉项目的独立专家提出的，并以争端刚发生之前和刚发生之时对项目的同步考察为依据。

24. 当事方可以同意使委员会的决定成为最终和有约束力的决定，虽然这种情况很少发生。然而，应当指出，许多法律制度规定，尽管当事方同意受争端审查委员会决定的约束，该委员会的决定也具有类似于合同的约束力，但却不可以按简易程序例如执行仲裁裁决的程序加以执行，因为委员会的决定不具有仲裁裁决的地位。如果当事方设想就争端审查委员会的程序作出规定，则有必要在公私伙伴关系合同中解决上述程序所涉各方面问题。公私伙伴关系合同最好尽可能准确地界定赋予争端审查委员会的权限范围。关于争端审查委员会的职能的性质，公私伙伴关系合同可授

权该委员会进行事实调查，并下令采取临时措施。公私伙伴关系合同可具体规定争端审查委员会应履行的职能和可处理问题的类别。如果允许当事方在决定作出之后的规定时间内启动仲裁或司法程序，当事方可以具体规定争端审查委员会进行的事实调查在仲裁或司法程序中应视作定论。公私伙伴关系合同还可以规定当事方有义务执行争端审查委员会关于采取临时措施的决定或就特定问题的实质作出的决定；如果当事方未能执行这些决定，将被视作未能履行一项合同义务。关于委员会职能的期限，公私伙伴关系合同可以规定，委员会将在公私伙伴关系合同到期或终止后一段时间内继续履行职责，以便处理在此阶段可能产生的争端（例如，关于移交给订约当局的资产的状况和就这些资产应付赔偿的争端）。

*(e) 争端裁定委员会*

25. 在大型基础设施项目中，公私伙伴关系合同可能会规定由一个具体的争端解决机制来解决当事方之间的权利要求。其中一个机制是争端裁定委员会，在该机制中，当事方利用商定的程序解决有争议的权利要求，由一名裁定人（有时称为争端裁定委员会成员）或三名裁定人组成的小组就权利要求作出裁定。寻求通过争端解决委员会解决争端的当事方通常会订立争端裁定协议；通常情况下，这种争端裁定协议是在原始公私伙伴关系合同的当事双方和唯一裁定人或由三名裁定人组成的小组之间达成的。一般来说，争端裁定协议还将描述裁定的程序，包括争端裁定协议中各方的义务、对裁定人付款的条件以及对裁定人所作决定的争议。公私伙伴关系合同下产生的争端有时可能涉及敏感的公共政策问题，一些第三方可能有正当理由关心裁决的结果。因此，订约当局和私人伙伴最好铭记这一点，并酌情制定程序，允许这类第三方提出意见或介入程序。[6] 裁定协议可以在商定的开始日期生效，或者在当事各方和裁定人（或者如果是小组的话，各裁定人）分别签署了协议之时生效，以较晚的日期为准。

[6] 此类程序可以比照《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（关于《透明度规则》的正式文本，见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第17号》(A/68/17)，附件一。）还以小册子形式出版了《透明度规则》。大会2013年12月16日第68/109号决议建议使用《透明度规则》。

26. 如同争端审查委员会一样，争端裁定委员会可以是常设的，或者为节约成本之目的，可以在有需要时临时指定。裁定人或由三名裁定人组成的小组由当事方挑选。在挑选小组时，每一方将提名一名裁定人供另一方批准，在与这两名裁定人协商后，当事双方将就第三名裁定人达成一致意见，该裁定人将担任争端裁定委员会主席。在挑选裁定人时，当事方依赖几个因素。这些因素通常包括裁定人的以下陈述，即裁定人在承包商拟根据合同开展的工作方面的经验，裁定人在解释合同文件方面的经验，以及裁定人对公私伙伴关系合同中所载沟通语言的流利程度。对裁定人的任命属于个人任命，裁定人通常必须保证并同意做到公正和独立，并有义务向当事方披露任何看似与其公正性和独立性不符的事实或情况。

27. 争端裁定协议的当事方可因裁定人缺乏独立性而对裁定人的任命提出质疑，尽管裁定人已作或未作任何披露。对任命提出质疑的一方可以将所指称的缺乏独立性问题提交公私伙伴关系合同中规定的被指定机构，或者如果认为有必要或符合审慎原则，将此事提交独立的专业人士或机构，以对该质疑进行审查和评估。如果该人或机构认为，根据争端裁定协议，该裁定人不再具有独立性，则该裁定人应被撤职，被指定机构应毫不迟延地任命一名新的裁定人。此类质疑产生的费用通常由当事双方分担。

28. 此外，裁定人还须遵守几项一般义务。典型的义务包括裁定人在项目中没有财务或其他利益，以前没有被任何一方聘为顾问或其他人员，已经披露以前以专业身份或个人身份参与项目或雇主活动的任何情况，以及当事双方可能商定并在争端裁定协议中规定的其他义务。在有些情况下，当事双方也可以同意放弃某些义务，例如，以前没有被任何一方聘为顾问或其他人员，但须以书面形式向另一方披露此类信息。

29. 同样，当事方本身也须遵守争端裁定协议规定的一般义务。这些义务可以包括一些条款，规定除了在争端裁定委员会根据公私伙伴关系合同和争端裁定协议而开展活动的正常过程中，或者在当事双方共同商定根据公私伙伴关系合同将某一事项

提交争端裁定委员会时，任何一方都不会要求裁定人就公私伙伴关系合同提供咨询，或要求就公私伙伴关系合同与裁定人协商。此外，当事方通常相互承诺，裁定人不会被任命为公私伙伴关系合同下任何仲裁的仲裁员，不会被传唤为证人为公私伙伴关系合同下的任何仲裁提供证据，也不会对在履行或据称履行裁定人职能过程中所做或未做的任何事情引起的任何权利要求承担赔偿责任，除非该作为或不作为被证明是恶意的。对于裁定人被免于承担赔偿责任的权利要求，当事双方通常也使裁定人免于因为此种权利要求而受到损害，并且通常同意对裁定人进行连带赔偿。如果裁定人被要求进行现场访问并出席听证会，推荐方也需要提供适当担保，金额相当于裁定人将产生的合理费用。

30. 裁定人的报酬也可以在争端裁定协议中规定。通常，争端裁定协议将规定裁定人薪酬的货币、预聘费、每日费用、包括必要差旅费在内的合理费用付款以及任何适用的税款。将就预聘费和每日费用作出详细规定，当事方可以同意在特定期限内固定这些费用。各方还需要迅速付款，裁定人需要提交发票，其中充分描述所开展的活动。争端裁定协议还允许当事方就如何向裁定人付款作出安排。如果当事方不能就支付裁定人的金额达成一致，项目中指定的指定实体或官员将作出决定，如果提交有效发票后的特定时间内没有支付裁定人的报酬，裁定人可以选择在没有通知的情况下中止其服务，或者通过发出有效通知而辞职。

31. 争端裁定委员会的裁定人也必须遵循争端裁定协议中规定的具体程序规则。这些程序规则规定了争端裁定委员会在实地访问时需要做什么，如时间、议程和经常性；还必须知悉并始终了解项目和任何实际的潜在问题或权利要求的进展情况。此外，这些规则还详细规定了当事方在举行听证或处理权力要求期间应当做的事情，包括向争端裁定委员会提供争端裁定委员会可能要求的所有文件的副本，与争端裁定委员会的所有通信均抄送另一方，如果该委员会由三人组成，将该委员会要求提供的文件副本发送给所有三人。

32. 程序规则还规定了如何进行争端听证，以及争端裁定委员会造成的事实或原则模糊不清和错误应如何处理。例如，如果存在事实或原则错误，并且如果争端裁定委员会的裁定人在规定期限内一致认为该裁定包含事实或原则错误，则争端裁定委员会必须将错误告知当事各方，并以书面形式发布其裁定的增补部分。在模糊不清的情况下，类似的程序也适用。如果任何一方认为裁定有模糊不清之处，该方可以向争端裁定委员会寻求澄清，争端裁定委员会在收到此类请求的规定期限内，应向该方提供一份回复。如果争端裁定委员会认为该裁定确实有错误或模糊不清之处，可以通过发布原始裁定的增补部分而对裁定加以纠正。

33. 程序规则规定了争端裁定委员会的权力。通常情况下，争端裁定委员会可以采取讯问式程序，拒绝任何一方代表以外的人参加听证会或旁听听证会，并且在争端裁定委员会确信已收到听证会通知的任何一方缺席的情况下继续举行听证会。然而，应当指出，这种权力可能会受到限制，这取决于当事双方之间达成的协议。争端裁定委员会的其他权力包括但不限于确定裁定争端时适用的程序，决定争端裁定委员会的管辖权和提交给它的任何争端的范围，以及当事双方可能商定的其他权力。

34. 在关于当事方提出的任何论点的是非曲直的任何听证会上，争端裁定委员会不应发表任何意见。争端裁定委员会还应在听证会后举行非公开会议，以便进行讨论并拟定其决定，并应努力达成一致决定。如果无法做到这一点，应由多数裁定人作出决定，多数裁定人可要求少数裁定人准备一份书面报告，该书面报告通常附于委员会决定之后。最后，在由三名裁定人组成的小组中，一名裁定人缺席不得妨碍另外两名裁定人作出决定，除非当事双方不同意这一安排，以及在缺席的裁定人是主席的情况下，他/她指示其他裁定人不要作出决定。

35. 当事各方能够通过各种机制终止裁定人的任职，例如根据争端裁定协议向裁定人发出终止通知，或者在裁定人未能遵守争端裁定协议的情况下。在此类终止情况下，须经当事双方同意终止才有效。如果任何一方不遵守争端裁定协议，裁定人也可以终止

其对争端裁定委员会的参与。然而，如果裁定人不遵守争端裁定协议中所述的任何义务，则该裁定人无权要求支付任何费用或开支，并可能被要求偿还与裁定人的违规行为使之无效的相关程序或决定有关而收到的任何费用和开支。如果因违规、终止或争端裁定协议无效而引起任何争端或权利要求，当事各方可以同意通过机构仲裁解决此类争端或权利要求。关于指定仲裁机构、仲裁员或仲裁规则的安排，可由争端解决协议的各方事先商定。

36. 争端裁定委员会的作用不仅限于通过正式的争端裁定委员会机制向其提交的争端。争端裁定委员会可以帮助解决当事双方共同提交的问题。当事双方可以请求争端裁定委员会协助和（或）非正式讨论并尝试解决双方在公私伙伴关系合同执行期间可能出现的任何分歧。除非另有约定，非正式协助可以发生在会议、现场访问期间或其他场合，只要双方都出席会议。然而，当事双方没有义务根据这种非正式会议期间提出的任何建议采取行动，争端裁定委员会也没有义务因为这种非正式协助过程期间提出的任何观点而在今后开展任何争端解决工作和作出决定。

37. 使用争端裁定委员会作为争端解决首选形式的公私伙伴关系合同通常会声明，争端解决委员会的决定是终局决定，具有约束力。有些公私伙伴关系合同规定，任何一方有权在特定期限内提交不满通知或类似通知。在特定期限结束后，争端裁定委员会的这一决定将成为终局决定并具有约束力。如果发出了这种不满通知，则当事各方需要尝试友好解决争端；如果不能友好解决争端，他们可以启动仲裁来解决争端。然而，即使没有尝试友好解决争端，仲裁程序也可在供当事方发出不满通知的特定期限的最后一天启动。

*(f)* 仲裁

38. 仲裁越来越多地用于解决公私伙伴关系产生的争端。在有些法律制度中，法律授权产生于公共合同包括公私伙伴关系的争端可使用仲裁。仲裁一般既用于解决基础性设施建造或运营阶段产生的争端，又用于解决与公私伙伴关系合同的到期或终止有关的

争端。私人投资者和放款人偏好并且在许多情况下要求进行仲裁，因为经当事各方适当安排之后，仲裁程序可以不像司法程序那样正规，而且更符合当事各方的需要和适应公私伙伴关系合同可能产生的争端的具体特点。当事各方可选择对某类项目拥有专门知识的人作为仲裁员。他们可选择进行仲裁程序的地点，还可选择在仲裁程序中使用的一种或多种语言。仲裁程序对当事各方之间商业关系的影响可能小于司法程序。而且，1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》已得到广泛接受，这也有利于在作出裁决的所在国以外的国家执行仲裁裁决。对仲裁程序保密的可能性——相对于通常向公众开放的司法程序——是过去通常被援引来证明商事争端中当事方应选择仲裁的另一个原因。

39. 对于特别是涉及外国投资者的基础设施项目，似可指出，在加入了《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》[7]之后，可将该《公约》作为解决订约当局与参与项目联合体的外国公司之间争端的法律框架。迄今已有154个国家加入的该《公约》，设立了解决投资争端国际中心（解决投资争端中心）。解决投资争端中心是一个与世界银行有密切联系的独立的国际组织。解决投资争端中心为调解和仲裁成员国与具有其他成员国国民资格的投资人之间的争端提供便利。是否提请解决投资争端中心进行调解和仲裁由出于自愿。但是，合同或争端的当事各方一旦同意根据上述《公约》进行仲裁，任何一方均不得单方面撤回其表示同意的意见。解决投资争端中心的所有成员国，无论是否争端的当事方，都需要按《公约》规定承认和执行解决投资争端中心的仲裁裁决。当事方可以同意解决投资争端中心对现有争端或界定类别的未来争端进行仲裁。但是，当事方不需要就具体项目表示同意；东道国可在关于促进投资的立法中提议将某些类别的投资所产生的争端提交解决投资争端中心管辖，而投资人则可通过书面接受该提议表示同意。投资仲裁也经常使用《贸易法委员会仲裁规则》。然而，近年来，投资人与国家间争端解决的透明度趋势日益增强，这受到了2013年通过的《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透

[7]联合国，《条约汇编》，第575卷，第8359号。

明度规则》(《透明度规则》)[8] 和《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》(2014年, 纽约)(《毛里求斯透明度公约》)[9] 的鼓励。

40. 双边投资条约也可以为解决订约当局与外国公司就双边投资条约所涉事项产生的争端提供一个框架。在这些条约中, 东道国一般向具有另一签署国国民资格的投资人提供各种保证和担保(见第七章, "其他有关的法律领域", 第4-6段), 并表示同意例如提交投资争端解决中心或提交采用《贸易法委员会仲裁规则》的一个仲裁庭进行仲裁。[10]

*(i)* 主权豁免

41. 立法者似宜审查本国有关主权豁免的法律, 并在认为适宜的范围内, 澄清订约当局可在或不得在哪些领域请求主权豁免。如果允许仲裁并且公私伙伴关系合同当事各方之间已订立仲裁协议, 那么, 只要订约当局能够请求主权豁免, 作为阻止启动仲裁程序的理由或作为反对承认和执行裁决的抗辩, 仲裁协议的执行就可能发生问题或受到阻碍。有时候, 关于这一事项的法律并不明确, 这可能引起有关当事方(例如私人伙伴、项目促成人和放款人)担心仲裁协议可能无效。为了消除这些可能的顾虑, 似宜审查关于这个问题的法律, 并指明订约当局在何种程度上可提出主权豁免请求。

42. 此外, 被作出不利裁决的订约当局可以提出对公共财产不得执行裁决的豁免请求。关于执行方面的主权豁免问题, 有各种不

[8] 见本章脚注6。

[9] 大会2014年12月10日第69/116号决议通过。2017年10月18日生效, 联合国编号54749(关于《毛里求斯透明度公约》的现状和正式文本, 见https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency)。

[10] 经2010年修订的《贸易法委员会仲裁规则》的正式文本转载于《大会正式记录, 第四十三届会议, 补编第17号》(A/43/17), 附件一(《联合国国际贸易法委员会年鉴》, 第四十一卷, 2010年, 第一部分, 第一章, A节, 附件一(联合国出版物, 出售品编号: E.13.V.8))。还以小册子的形式出版了经2010年修订的《贸易法委员会仲裁规则》(联合国, 2011年, 纽约)。《仲裁规则》附有一条示范仲裁条款, 该条款规定: "任何争端、争执或请求, 凡由于本合同而引起的或与本合同有关的, 或由于本合同的违约、终止或无效而引起的或与本合同的违约、终止或无效有关的均应按照《贸易法委员会仲裁规则》仲裁解决。"大会2010年12月6日第65/22号决议建议使用《贸易法委员会仲裁规则》。

同的做法。例如，有些国家法律规定，豁免的范围不包括从事商业活动的政府实体。而在另一些国家法律中，拟扣押的财产需要与提出的权利要求有着某种联系，例如，对于据以提出权利要求的受私法管辖的经济或商业活动所作的拨款，不能提出豁免请求，或者对国家专门用于从事商业活动的资产不能提出豁免请求。在有些国家，认为应由政府来证明拟扣押的资产确属非商业用途的资产。

43. 在涉及可能请求主权豁免的实体时，一些合同列入了关于政府放弃其提出主权豁免请求的条款。这类同意条款或放弃条款可载于公私伙伴关系合同或一项国际协定；此种条款可以局限于承认某些财产用于或准备用于商业目的。这类书面条款可能很有必要，因为不清楚政府实体订立仲裁协议和参与仲裁程序是否构成默认放弃对执行措施的主权豁免。

*(ii)* 仲裁协议的有效性和裁决的可执行性

44. 仲裁协议的有效性取决于仲裁庭所在地的立法制度。如果认为该国有关仲裁的法律制度不够令人满意，例如，对当事方意思自治规定了不合理限制，当事方似可约定在东道国以外的地方进行仲裁。因此，重要的是东道国确保国内仲裁立法制度以适合国际仲裁案件的方式解决主要程序问题。《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（《仲裁示范法》）即载有这样的制度。[11] 如果仲裁地不在东道国，或者如果在东道国作出的裁决需要在国外执行，那么仲裁协议的有效性还取决于有关承认和执行仲裁裁决的立法。《承认及执行外国仲裁裁决公约》（见第13段）除其他事项外尤其规定了对仲裁协议的承认和法院可拒绝承认或执行裁决的理由。人们广泛认为，该《公约》为承认和执行仲裁裁决提供了一种可以接受的均衡的制度。如果东道国已加入该《公约》，那么这可能被视作一个

[11] 最初于1985年通过的《仲裁示范法》的正式文本转载于《大会正式记录，第四十届会议，补编第*17*号》(A/40/17)，附件一（《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第十六卷，1985年，第三部分，附件一（联合国出版物，出售品编号：E.87.V.4））。2006年通过的《仲裁示范法》修订条款的正式文本转载于《大会正式记录，第四十三届会议，补编第*17*号》(A/43/17)，附件一。还以小册子的形式出版了《仲裁示范法》合订本（联合国出版物，出售品编号：E.08.V.4））。大会1985年12月11日第40/72号决议建议各国考虑到统一仲裁程序法的可取性和国际商事仲裁实践的具体需要，对《国际商事仲裁示范法》给予应有的考虑。大会2006年12月4日第61/33号决议重申这项建议。

重要的因素，有助于评估有约束力的承诺以及仲裁作为解决与该国当事方争端的可靠方法在法律上的确定性。这种情况还将还有助于在国外执行在东道国作出的仲裁裁决。

### (g) 司法程序

45. 如前所述，在有些法律制度中，解决与提供公共服务有关的协议所产生的争端，是国内司法或行政法院的专属职权。在有些国家，除特定情况外，政府机构无权同意仲裁（见第7-9段），而在有些法律制度中，当事方可在司法程序和仲裁程序之间自由选择。

46. 只要当事方可以在司法程序和仲裁程序之间作出选择，订约当局就可能认为理应将任何争端提交东道国法院处理。这些法院熟悉本国的法律，其中常常包括专门涉及公私伙伴关系合同的立法。另外，订约当局或争端所涉其他政府机构，可能会因为熟悉本国法院的程序和审案使用的语言而优先选择本国法院。虽然并非所有国家都可以指派在处理公私伙伴关系项目所产生的各类技术性争端方面训练有素或经验丰富的法官，但一些国家拥有专门法院来处理复杂的商业合同或公共合同，这些法院有关民事或行政诉讼的规则使法官能够在需要时获得专家咨询意见。还可能考虑的一个因素是，如果公私伙伴关系合同涉及公共政策和保护公共利益的问题，本国法院更能够妥善做到这一点。

47. 但是，潜在的投资者、融资者和其他私人当事方可能并不同意订约当局的这种看法。这些当事方可能认为仲裁优于司法程序，因为与司法程序相比，仲裁在更大程度上需要征得当事各方同意，使当事各方能够根据自己的特殊需要而调整程序。此外，鉴于基础设施项目涉及技术性很强和非常复杂的问题，当事各方可能希望由因为具备特殊知识和经验而挑选出来的仲裁员解决其争端。私人投资者，特别是外国投资者，也可能不愿将争端提交按照他们所不熟悉的规则运作的东道国国内法院处理。一些国家发现，允许当事各方选择争端解决机制有助于吸引外国投资发展本国的基础设施。

48. 如果有关法律允许作出选择，在考虑应当通过司法程序解决任何争端还是应当订立一项仲裁协议时，当事各方通常考虑的因素包括，例如是否相信负责就争端作出裁决的主管法院能够做到不偏不倚，是否相信争端将会在不过分拖延的情况下得到解决。国家司法系统的效率和是否有适合于解决公私伙伴关系合同可能产生的争端的各种形式的司法救济，是应予考虑的另一些因素。当事各方还需要考虑争端解决机构是否最合适处理公私伙伴关系合同发生争端领域的技术问题。

## C. 项目促成人之间以及私人伙伴与其放款人、承包商和供应商之间的争端

49. 各国国内法一般都承认商业交易特别是国际商业交易的当事方可自由议定由哪个法庭来作出有约束力的裁决，解决相互间可能产生的任何争端。在国际交易中，仲裁已成为人们所偏好的方法，无论是否先经过调解或与调解相结合。在基础设施项目中，私人伙伴与放款人、承包商和供应商之间的合同，一般都视作商业协议。因此，这些合同的当事方通常能够自由选择他们所偏好的解决争端方法，其中多数情况下包括仲裁。然而，放款人虽然在多数情况下愿意采用仲裁来解决公私伙伴关系合同所产生的争端（而且越来越多地用来解决各放款人之间的争端），但往往更愿意采用司法程序来解决他们与私人伙伴之间因贷款协议而产生的争端。当仲裁作为偏好的解决争端方法时，当事方一般希望能够选定仲裁地，并决定任何仲裁案件是否应由某一仲裁机构主持。有意为公私伙伴关系创造一种有利的法律环境的东道国，似宜重新审查本国与此种商业合同相关的法律，消除其中的不确定性，使当事各方得以自由约定他们自己选择的解决争端机制。

## D. 涉及基础性设施客户或用户的争端

50. 视项目类别的不同，私人伙伴可能向各种不同的人和实体提供货物或服务，例如从私人伙伴那里购买水电然后转售给最终用

户的政府所有公用事业公司；商业公司，例如签约使用机场或港口的航空公司或航运公司；或者支付公路使用费的个人。对于解决这些法律关系所产生的争端，考虑因素和政策可能视谁是当事方、提供服务的条件和适用的监管制度而不同。

51. 除具体立法规定的特殊要求外，当个人是私人伙伴所提供服务的最终用户时，可能会适用关于消费者保护的特别规则（关于消费者保护法律，另见第七章，“其他有关的法律领域”，第50和第51段）。因此，在有些国家，法律要求公共服务提供者建立专门的简化而高效的机制来处理其客户提出的权利要求。此种专门法规一般局限于某些工业部门，适用于客户购买货物或服务。有关建立这类争端解决机制的法规要求可能普遍适用于私人伙伴的任何客户提出的权利要求，也可能只限于作为以非商业身份行事的个人的客户。私人伙伴的义务可能限于建立起接收和处理个人消费者投诉的机制。这类机制可以包括在项目公司内设立一个专门的机构或部门，迅速接收和处理各种权利要求，例如，向客户提供用于网上提出权利要求的标准表格或免费电话号码，让他们反映自己不满意的事情。如果事情没有得到满意解决，客户有权向可能存在的管理机构提出投诉，在有些国家，管理机构可能有权就事情作出有约束力的裁决。此种机制对于消费者来说常常是任择的，一般并不排除受害人向法院提出诉讼。

52. 如果客户是公用事业公司（如配电公司）或商业企业（如直接向独立发电厂购买电力的大型工厂），它们自由选择私人伙伴提供的服务并谈判合同的条件，则当事方一般采用贸易合同中通常使用的方法包括仲裁来解决任何争端。因此，可能不需要在有关公私伙伴关系的立法中处理解决这些争端的问题。但是，如果私人伙伴的客户是政府所有的实体，它们议定争端解决方法的能力可能受到限制，须遵守关于解决涉及政府实体的争端的行政法规则。对于有意允许使用包括仲裁在内的非司法手段解决私人伙伴与其政府所有客户之间的争端的国家来说，必须消除可能的法律障碍，明确允许这些实体可议定解决争端的办法（见第7-9段）。

# 七． 其他有关的法律领域

## A． 概述

1. 东道国相关法律的发展阶段、法律制度的稳定性和私人当事方可获得救济的充分性，是公私伙伴关系总体法律框架的重要因素。通过审查并酌情修改与公私伙伴关系直接相关领域的法律，东道国将大力推动创造有利环境，促进私营部门投资于公共基础设施和服务。更大的法律确定性和有利的法律框架将促使放款人和投资者更好地评估国家风险。这会对调动私人资本的成本产生积极影响，并降低政府采取支持措施或提供担保的必要性（见第二章，“项目规划和准备”，第56-86段）。

2. 如果准备和规划得当，公私伙伴关系可以对一个国家的经济和社会发展产生积极影响，并在一国的基础设施战略中起到重要作用（关于国家公私伙伴关系战略一般指导原则的论述，见第一章，“一般性法律和体制框架”，第2-20段）。公私伙伴关系还可让各国得以实现多项可持续发展目标（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第3段）。但是，公私伙伴关系项目的巨大规模及其所需的大量资金可能会对东道国的经济、社会和环境框架产生重大影响。这种影响转化为一国似宜予以认真考虑的法律上的变动。在这方面，B节指出东道国法律的某些特定方面虽然不一定直接涉及公私伙伴关系，但可能会对公私伙伴关系的实施产生影响（见第3-60段）。C节表明几项重大国际协定与在东道国实施公私伙伴关系可能存在着相关性（见第61-65段）。

## B． 其他有关的法律领域

3. 除了与专门面向公私伙伴关系的立法有关的问题之外，一个有利的法律框架还需要其他立法领域制订支持性条款。存在促进

和保护私人投资经济活动的立法，将会鼓励私人对基础设施和服务进行投资。以下各段仅举出可能对基础设施项目的实施产生影响的其他法律领域的若干特定方面。如果这些其他领域有着完备的法律条款，就可为实施基础设施项目所必需的一些交易提供便利，并且有助于减少在东道国投资的预期法律风险。

### *1. 投资促进和保护*

4. 项目促成人和放款人特别关心的一个问题是东道国对投资提供多大程度的保护。在东道国投资的外国投资者需要得到保证，凡未按照东道国现行规则和国际法标准予以法律追索权和提供适当补偿的，不得将财产收归国有或予以剥夺。项目促成人还关心，除其他外，他们能否在不受不合理限制的情况下将项目所需的合格人员派往该国、能否进口必要的货物和设备、能否获得所需外汇，以及能否将其利润或者用来偿还公司为实施公私伙伴关系项目所借贷款的款项转到国外或汇回本国。除政府可能提供的具体担保外（见第二章，“项目规划和准备”，第71-76段），有关促进和保护投资的立法对公私伙伴关系而言可能起着重要作用。对投资保护立法业已完备的国家来说，似宜考虑将此类立法所规定的保护明确扩及公私伙伴关系项目。若有国家希望制订一项连贯、高效的政策以便促进和保护投资，那么可从联合国贸易和发展会议（贸发会议）通过的《投资政策框架》所载的投资政策制订核心原则中得到有益启示。[1]

5. 越来越多的国家订立了旨在便利和保护缔约方之间投资流动的双边投资协定。投资保护协定通常载有下列条款：外国投资的准入和待遇；缔约方之间的资本转移（例如，向国外支付红利，将投资汇回本国）；能否用外汇转移投资收益或将其汇回本国；保护投资不被征用或收归国有；在东道国以外的地方解决投资争端（见第六章，“争端的解决”，第38-40段）。东道国与项目资助人的来源国之间是否有此种协定，对他们作出在东道国投资的决定可能

[1]《贸发会议可持续发展投资政策框架》(UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3)及其“投资政策制订原则”可在以下网址查阅：http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd。

起到重要作用。此外，此种协定可能降低政府针对单个基础设施项目提供保证或担保的必要性，具体视协定条款而定。《贸发会议投资政策框架》（见第4段）所载指导意见也符合这种办法：其中载有相关建议，述及如何在顾及高度复杂和不成体系的大量多边条约的情况下制定和实施一项战略。

6. 另外，在一些国家，旨在便利和保护投资流动的规则（其中还包括移民立法、进口管制和外汇规则等领域）载于也许不一定系根据一项双边或多边条约而制定的立法之中。

### *2. 与财产有关的法律*

7. 东道国的产权法似应反映可以接受的国际标准，载明关于土地和建筑物以及动产和无形财产的所有权和使用权的适当规定，并确保私人伙伴能够酌情购买、出售、转让和许可使用此种财产。保护产权的宪法条款被认为是许多国家吸引和促进私人投资的重要因素。

8. 如果设施所坐落的土地归私人伙伴所有，则务必通过适当的登记和公示程序，明确无误地确立土地的所有权或使用权。私人伙伴和放款人需要得到明确的证据，证明土地的所有权或使用权不会引发争议。因此，如果东道国的法律不提供确定土地所有权或长期使用权的适当手段，他们不会愿意对项目投入资金。

9. 在一些国家，如果私人伙伴被授予产权，那么被授予的产权可能受到适用于公共财产的法律的限制，倘若开发公私伙伴关系项目所用的土地隶属于国家或任何公共当局，情况更是如此。在实践中，涉及公共财产的法律通常会阻止私人伙伴出于无关目的使用土地，例如将部分土地转租给第三方以赚取额外收入。如果存在这种专门制度，公私伙伴关系合同将规定私人伙伴有权在合同存续期间使用土地，前提条件是私人伙伴须遵守公私伙伴关系合同中确定的法定转让土地以实现土地特定公共用途的规定（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第24段）。

10. 还有必要提供有效机制，用以执行授予私人伙伴的产权和占有权，防止第三方侵权。还应将执行的范围扩及私人伙伴为提供和保持有关服务而可能需要的地役权和通行权（例如在私人财产上架设电线杆和铺设电缆以保证电力分配）（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第32-34段）。

### *3. 担保权益*

11. 如前文所述（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第60-69段），公私伙伴关系项目中的担保安排可能很复杂，由各种形式的担保组成，其中包括在私人伙伴有形资产上设立的固定担保（如抵押或财产负担）、私人伙伴股份的质押和项目无形资产（应收款）的转让。虽然贷款协议通常要受当事各方选择的管辖法律的制约，但在大多数情况下，将由东道国的法律决定可针对其境内的资产执行哪类担保，以及有哪些救济可以利用。

12. 担保种类的差别或者东道国法律所提供救济的局限性，可能导致潜在放款人感到不安。因此，必须确保国内法为有担保债权人提供适当的法律保护，同时不妨碍当事方作出适当的担保安排。有关担保权益法的法律制度之间差别很大，所以本《指南》不详细讨论必要立法的技术细节，以下段落仅一般性地概述现代担保交易制度的主要内容。

13. 在某些法律制度中，可以在包括知识产权在内的几乎所有类别的资产上设定担保权益，而在另一些制度中，仅能在土地和建筑物等有限类别的资产上设定担保权益。在有些国家，可以在尚不存在的资产（未来资产）上设定担保权益，还可以在一家公司的全部资产上设定担保，同时允许该公司继续在正常经营过程中处理这些资产。有些法律制度规定了非占有式担保权益，以便能够在不实际占有资产的情况下在资产上设定担保；在另一些制度中，对于那些不受所有权登记制度约束的资产，只能通过实际占有或推定占有设定担保。在某些制度下，担保权益的执行无需法院参与，而在另一些制度下，担保权益可能只能通过法院程序来执行。有

些国家提供的执行方面的救济不仅包括出售资产，而且使得有担保放款人能够通过占有资产或指定一个接管人而经营该资产；在其他国家，司法出售可能是主要的执行机制。在某些制度下，特定类别的担保将排在优先债权人之前，而在其他制度下，优先债权人则排在所有类别的担保之前。在某些国家，设定担保权益具有较高的成本效益，应缴的税费很少，而在其他国家，设定担保权益可能花费不菲。在有些国家，担保物的价值可能不受限制，而在另一些国家，担保物的价值与所欠债务相比不能过高。有些法律制度就有担保放款人执行担保规定了义务，如采取步骤，确保按公平市场价值出售资产的义务。

14. 基本法律保护可包括作出规定，确保固定担保（如抵押）是一种可登记权益，一旦此种担保记入所有权登记册或其他公共登记册，则凡购买附有此种担保的财产者，接收这一财产时应受到此种担保的限制。做到这一点可能是困难的，因为许多国家没有设立专门的所有权登记册。此外，担保的执行应当可以对抗第三方，这可能要求担保具有产权性质，而不只是一种债务，而且应当使接受担保的人有权在执行程序中出售设保资产。

15. 另一个重要方面涉及在界定用作担保的资产时，当事各方被给予多大的灵活性。在一些法律制度中，当事各方在界定可用作担保的资产时享有广泛的自由。在有些法律制度下，设定的担保可以涵盖企业的全部资产，这样就可以将该企业作为持续经营企业出售，从而有可能挽救陷入财务困境的企业，同时增加有担保债权人的回收款。然而，另一些法律制度只允许在特定资产上设定担保，不承认涵盖债务人全部资产的担保。对债务人能否交易已设保货物，也可能设有一些限制。此类限制和约束导致债务人很难甚至无法在笼统描述的资产上或者在正常经营过程中交易的资产上设定担保。

16. 鉴于公私伙伴关系具有长期性，当事各方可能希望能够对设保资产作具体或笼统界定。他们可能还希望此种担保涵盖现有资产或未来资产，以及在担保期内可能发生变化的资产。似宜审查

关于担保权益的现行规定，以便纳入一些使当事各方能够商定适当担保安排的规定。

17. 包括贸易法委员会在内的各类国际政府间机构拟订了一些文书，这些文书可用作制定担保权益立法或实现担保权益立法现代化的模板。值得注意的是，《贸易法委员会担保交易示范法》[2]提供了一个可以满足公私伙伴关系所涉各方需要的透明、全面和现代的担保融资立法框架，如上文所述（见第11-15段）。《联合国国际贸易应收款转让公约》[3]也是一个有益工具，有助于消除障碍，便利对公私伙伴关系项目融资至关重要的跨境交易。与国际担保权益有关的另一套国际文书是《开普敦移动设备国际利益公约》[4]以及随后与飞机[5]、铁路[6]、空间[7]及矿业、农业和建筑设备[8]有关的议定书，这些国际文书是在国际统一私法协会（统法协会）主持下拟订的，其中规定了可纳入公私伙伴关系交易的动产上的安全和易于执行的权利，特别是就电子国际登记册作出了规定。

### *4. 知识产权法*

18. 公私伙伴关系经常涉及使用受专利保护或受类似知识产权保护的新技术或先进技术。这些项目也可能涉及编拟和提交原创或创新解决办法，而这些解决办法可能构成提出者的专利信息，受到版权保护。因此，私人投资者，不论是本国的还是外国的，在将新技术或先进技术引入东道国时或开发原创解决办法时，都需要得到保证：他们的知识产权将受到保护，他们将能够针对侵权行为执行这些权利，这可能需要颁布旨在打击知识产权侵权行为的刑法条款。这种保护应在公私伙伴关系项目的所有阶段均得到保障，先从合同授予程序开始，在这一阶段，投标人会在其投标文件中向

[2]《贸易法委员会担保交易示范法》（2016年），可查阅：https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions。

[3]《联合国国际贸易应收款转让公约》（2001年，纽约），可查阅：https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables。

[4]《移动设备国际利益公约》（《开普敦移动设备国际利益公约》）（2001年，开普敦）。

[5]《移动设备国际利益公约关于航空器设备特有事项的议定书》（2001年，开普敦）。

[6]《移动设备国际利益公约关于铁路机车车辆特有事项的卢森堡议定书》（2007年，卢森堡）。

[7]《移动设备国际利益公约关于空间资产特有事项的议定书》（2012年，柏林）。

[8]《移动设备国际利益公约关于矿业、农业和建筑设备特有事项的议定书》（2019年，比勒陀利亚）。

订约当局提供机密信息(见第三章,“授予合同”,第132段),继而贯穿到建造阶段和运营阶段,在这些阶段,私人伙伴可能会使用具有专利的专门技术或工艺,因而需要得到保证,确保其知识产权得到保护。

19. 遵守关于保护和登记知识产权的国际协定,即可提供保护知识产权的法律框架。根据1883年《保护工业产权巴黎公约》等文书加强知识产权保护是可取的。[9] 该《公约》适用于最广义的工业产权,包括发明、商标、工业设计、实用新型、商品名、地理标志和制止不公平竞争。该《公约》规定,关于保护工业产权,每个缔约国必须给予国民待遇。它还规定了专利、商标和工业设计的优先权,并确定了所有缔约国都必须遵守的关于专利、商标、工业设计、商品名、产地标记、不公平竞争和本国行政管理的几条共同规则。1970年《专利合作条约》进一步提供了国际专利保护框架。有了这项《条约》,人们就有可能通过提出国际专利申请,同时在许多国家谋求对一项发明的专利保护。一些国家还有旨在对新技术开发给予法律保护的立法,以作为对国际标准的补充,例如对计算机软件和计算机硬件设计所涉及的知识产权给予保护的立法。此外,《专利法条约》[10]目的在于协调国家和区域专利申请和专利方面的正式程序。

20. 为工业产权提供国际保护的其他重要文书有1891年《商标国际注册马德里协定》、[11] 1989年《与马德里协定有关的议定书》和1998年《马德里协定和与马德里协定有关的议定书规定的共同条例》。《马德里协定》规定,商标(商标和服务标记)在世界知识产权组织(知识产权组织)国际局进行国际注册。根据《马德里协定》进行的商标国际注册在若干国家有效,并且可能在所有缔约国(原属国除外)有效。此外,1994年《商标法条约》简化和统一了申请商标注册、注册以后改动和展期的程序。

[9] 1900年12月14日修订于布鲁塞尔,1911年6月2日修订于华盛顿特区,1925年11月6日修订于海牙,1934年6月2日修订于伦敦,1958年10月31日修订于里斯本,1967年7月14日修订于斯德哥尔摩;并于1979年10月2日修正。

[10]《专利法条约》(2000年6月1日,日内瓦)。

[11] 1900年12月14日修订于布鲁塞尔,1911年6月2日修订于华盛顿特区,1925年11月6日修订于海牙,1934年6月2日修订于伦敦,1957年6月15日修订于尼斯,1967年7月14日修订于斯德哥尔摩。

21. 在工业设计方面，1925年《工业品外观设计国际保存海牙协定》[12]规定，由知识产权组织国际局进行工业品外观设计的国际保存。国际保存在申请人指定的每一个缔约国具有同样效力，如同申请人已履行该国国内法规定的提供保护所需的一切手续一样，也如同该国相关部门已经完成为此目的所需的一切行政行为一样。

22. 迄今为止，有关知识产权最全面的多边协定是《与贸易有关的知识产权协定》，该《协定》是在世界贸易组织（世贸组织）主持下谈判的，并于1995年1月1日生效。该《协定》涵盖的知识产权领域包括版权及相关权利（即表演者、录音制品制作者和广播组织的权利）；商标，包括服务标记在内；地理标志，包括原产地名称在内；工业设计；专利，包括保护植物新品种在内；集成电路布图设计；以及未披露信息，包括商业秘密和试验数据在内。在所涵盖的每个知识产权主要领域中，该《协定》都规定了各缔约方应提供的最低限度保护标准，首先要求遵守最新版本的《巴黎公约》的实质性义务等等。《巴黎公约》的各项主要实质性条款以提及方式纳入《协定》，因此成为该《协定》规定的义务。对现行知识产权公约未指明或据认为规定得不充分的事项，该《协定》还增列了大量义务。除此之外，该《协定》还规定了某些一般性原则，这些原则适用于强制执行知识产权的所有程序。另外，该《协定》还载有下列方面的规定：民事和行政程序及救济、临时措施、与边境措施有关的特别要求以及刑事程序，其中较为详细地规定了必须实行的程序和救济，以便知识产权拥有者可有效地行使知识产权。

### *5. 强制征购私有财产的规则和程序*

23. 政府负责提供实施项目所需土地的，该土地可以向其所有者购买，必要时也可通过有时被称作“强制征购”或“征用”的程序，在支付适当补偿的情况下强制征购（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第29-31段）。许多国家都

[12]还有1961年《摩纳哥增订法》、经1979年9月28日修正的1967年《斯德哥尔摩补充法》和1998年《工业品外观设计国际保存海牙协定规定的条例》。

有关于强制征购私有财产的法规，此种法规可能适用于公私伙伴关系项目所需财产的强制征购。

24. 强制征购可通过司法或行政程序进行，或通过特别立法法令实行。在多数情况下，程序涉及行政阶段和司法阶段，过程可能漫长而复杂。因此，政府似宜考虑审查出于公共利益而强制征购的现行规则，以便确保这些规则足够完备，可以满足被视为国家或国内优先事项并被认为会给民众和经济带来裨益的大型基础设施项目的需要。此类审查应该，除其他外，确定适用规则是否有利于实行快捷和具有成本效益的程序，同时充分保护物主的权利。在法律允许的情况下，并在项目开始阶段即已展开的社会和环境影响研究的框架内（见第二章，“项目规划和准备”，第17-20段），政府应当能够在没有不必要拖延的情况下占有财产，以避免项目成本增加。

### *6. 公共合同*[13]

25. 在许多法律制度中，公共服务的提供可能要受称作“行政法”的一套法律的管辖，这种法律管辖广泛的政府职能。这种制度按以下原则运作，即政府可以通过行政行为或行政合同行使其权力和职能。还广为人知的是，政府也可以遵守管辖私人商业合同的法律来签订私人合同。这两种合同之间的差别可能很大。

26. 根据行政合同的概念，私人合同当事方享有的自由和自主权服从于公共利益。在某些法律制度下，政府有权为了公共利益修改行政合同的范围和条款，甚至终止行政合同，但这样做通常要赔偿私人伙伴遭受的损失（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第29、30和54段）。其他权利可能包括广泛的监督和检查权，以及对不履约的私人伙伴实行制裁的权利。为了保持平衡，通常规定可以对合同作出其他必要修改，以便恢复当事各方之间的原始财务平衡，并保持合同对私人伙伴的总价值（见

[13] 读者似宜注意，在大多数国家，无论其法律传统如何，公私伙伴关系合同须服从特定招标程序，这些程序有时从采购法中得到启发。提及关于采购的法律之处，包括贸易法委员会拟订的标准，如《贸易法委员会公共采购示范法》（2011年），见第三章，“授予合同”。

第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第135-144段）。在有些法律制度中，由政府合同引起的争端受专门处理行政事项的特别法庭的专属管辖，在有些国家，这种法庭独立于司法系统，或构成一个单独的司法系统（见第六章，“争端的解决”，第45-48段）。

27. 在其他法律制度下，人们往往认为，使政府受普通私法约束能够最有效地维持法治。人们普遍承认，行政当局不能用一纸合同来影响其对主权职能的行使。它不能妨碍自己未来履行影响公共利益的政府职能的行政权力。根据一些普通法法域实行的主权行为原则，若主权政府为了公共利益颁布阻止履行合同的法律、规章或命令，则作为订约人的政府可以不履行合同。因此，法律可以允许公共当局干预既定的合同权利。这种行为通常是有限制的，变化不至于大到令另一当事方无法合理适应的程度。在这些情况下，私人当事方一般有权得到某种补偿或合理调整。由于预料到这种可能性，所以在某些国家，政府合同载有一条标准“修改”条款，该条款可使政府单方面变动合同条款，或者规定可因某种干预性主权行为进行改动。

28. 在这些法律制度中，由于是为了公共利益，政府机构享有特权是合理的。然而，人们认识到，政府的特权，尤其是单方面改变合同条款的权力，如果使用不当，可能对政府承包商的既定权利产生不利影响。因此，具有公私伙伴关系既定传统的国家制定了一系列控制办法和救济措施，以保护政府承包商不受公共当局任意或不当行为的损害，例如可诉诸公平的争端解决机构和对政府不当行为的全面赔偿计划。如果没有这种性质的保护，潜在的投资者可能认为规定公共当局享有特权的法律规则是一种无法估量的风险，因而可能打消他们在某些法域投资的积极性。为此，一些国家审查了本国关于政府合同的立法，以便提供保护，确保保护力度满足促进私人投资的需要，并废除那些令人对基础设施项目所需的合同长期稳定性产生顾虑的规定。在投标阶段向投标人提供与政府合同和行政法规则相关的所有必要信息，以确保投标人了解政

府机构可能动用的特权，这样做可以增加透明度和改善体验（见第三章，“授予合同”，第14和第76段）。

### *7. 私人合同*

29. 管辖私人合同的法律对私人伙伴与分包商、供货商和其他私人当事方订立的合同来说至关重要。国内私人合同法应提供适当的解决办法，以满足私人订约方的需要，包括灵活拟定建造和运营基础结构设施所需的合同。除适当的合同法的一些基本要素外，如普遍承认当事方意思自治、可通过司法手段强制执行合同义务以及对违约行为的适当救济，东道国的法律还可以向公私伙伴关系项目可能采用的合同安排提供便利，从而为这些项目创造有利的环境。考虑到私人伙伴订立的合同可能包括一些国际因素，一套适当的国际私法规则也很重要。

30. 建设新的基础设施时，私人伙伴可能需要进口大量物资和设备。东道国的法律如载有专门适用于国际销售合同的规定，则能够确保这些交易具有更大的法律确定性。遵守《联合国国际货物销售合同公约》（1980年，维也纳）[14] 或涉及特定合同的其他国际文书，如统法协会编写的《国际统一私法协会国际金融租赁公约》（1988年，渥太华）[15]，可提供一个特别适合的法律框架。

### *8. 公司法*

31. 在涉及开发新公私伙伴关系项目的多数项目中，项目促成人会在东道国设立项目公司，以此作为一个单独的法律实体（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第13-20段）。人们认识到，在不同的国家，项目公司可以采取各种形式，可能不一定是股份公司形式。由于在大多数情况下选择的是股份公司这种形式，东道国有适当的公司法尤为重要，这种公司

[14]《联合国国际货物销售合同会议正式汇录，*1980*年*3*月*10*日至*4*月*11*日，维也纳》（联合国出版物，出售品编号：E.81.IV.3），第一部分。

[15]《关于通过统法协会国际保理公约草案和国际金融租赁公约草案的外交会议的文件和会议记录，*1988*年*5*月*9*日至*28*日，渥太华》，第一卷。

法应载有现代条款，针对设立程序、公司治理、股份发行及出售和转让、会计和财务报表及对少数股东的保护等重要事项作出规定。此外，承认投资者可以成立单独的实体作为用来融资和拨付资金的特殊目的载体，可能有助于完成项目融资交易（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第67段）。

32. 虽然可以采用各种公司形式，但一个共同特点是，私人伙伴实体的所有人（或股东）会要求把赔偿责任限于其在公司资本中的股份价值。如果打算由项目公司公开发行股票，那么有限责任是必要的，因为未来投资者通常只为了投资价值购买股票，而不密切参与项目公司的经营。因此，东道国的法律有必要就限制股东的赔偿责任作出适当规定。此外，对商业公司发行债券、公司债券或其他证券作出适当规定，将使私人伙伴能够在证券市场获得投资者的资金，从而为某些项目的融资提供便利。

33. 立法应当确立项目公司的董事和管理人员的责任，包括确立追究刑事责任的依据。立法还可规定，向受任何违反公司责任行为影响的第三方提供保护。现代公司法往往载有一些规范管理人员行为以避免利益冲突的具体规定。这类规定要求管理人员为了公司的最大利益诚信行事，不利用自身地位为自己或为任何其他人谋取经济利益，从而损害公司。在基础设施项目中，限制公司管理人员利益冲突的规定可能尤其具有相关性，因为私人伙伴可能希望在项目的某个阶段聘用自己的股东完成相关工程或提供相关服务（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第109和第110段）。

34. 法律有必要适当地规范股东会议和公司管理机关（例如董事会或监事会）会议的决策过程。保护股东的权利，尤其是保护少数股东的利益不受控股股东或多数股东的侵害，是现代公司法的重要内容。解决股东之间争端的机制也至关重要。承认以下这一点是有益的，即股东们有权通过彼此之间的协议或者通过与私人伙伴董事订立的管理合同，来规范与私人伙伴的管理有关的其他一些事项。

### *9. 税法和跨境税收问题*

35. 除了东道国可能提供的或者专门给予一般公私伙伴关系或所列项目的税收激励措施之外(见第二章,“项目规划和准备”,第77-80段),东道国的一般税收制度对私营公司的投资决定也有着重要影响。除评估税收对项目成本和预期利润率的影响外,私人投资者还要考虑其他一些问题,例如国内税收制度的总体透明度、税务当局行使自由裁量权的程度、印发纳税人的准则和指示的清晰度以及计算应缴税款所用标准的客观性。该事项可能很复杂,在那些已将确定或增加税收或实施税法的权力下放的国家尤其如此。

36. 公私伙伴关系项目通常通过商业银行或国际开发银行的贷款或通过资助人股权融资来筹措资金,这些项目需要可预测的现金流。为此,在整个项目存续期间可随时评估税收的一切潜在影响是极为重要的。税收方面的意外变化会减少现金流,这样可能会对项目造成严重后果。在有些国家,允许政府与投资者订立协议,以保证项目的现金流免受意外增税的不利影响。这类安排有时被称作“税收稳定协议”。然而,政府可能因宪法或政治原因受到限制,无法提供这类保证,在这种情况下,当事各方可以就补偿或合同修订机制达成一致意见,以应对税收变化导致的成本增加问题(另见第四章,“公私伙伴关系的实施:法律框架和公私伙伴关系合同”,第131-134段)。

37. 与外国投资者订立公私伙伴关系的情况是很常见的,因此,公私伙伴关系国际性的一面也对税收产生重要影响,具体取决于东道国和原籍国实行的税收制度。多数国家的税收制度属于三大类之一。一种办法是可以抵免的全球征税,即在任何地方赚取的一切收入都在本国纳税,通过采用外国税收抵免制度避免双重征税;本国税收扣除已在外国缴纳的税款。如果投资者的本国采用这种办法,那么投资者的纳税义务不会少于其若在本国投资应尽的纳税义务。在第二种征税办法中,已在外国纳税的国外收入在投资者本国可以免税。对采用领土征税的第三种办法来说,国外收入在本国全部免税。本国实行后两种税收制度的投资者可以从东道

国的免税期和较低税率中获益，但是这种税款减免不会对避税地的投资者产生激励作用。

38. 参与项目的当事各方对潜在的纳税义务可能有着不同的关切。投资者通常关心的是在东道国所赚利润的纳税问题，付给承包商、供应商、投资人和放款人的款项的纳税问题，以及私人伙伴结业清理时任何资本收益（或损失）的纳税待遇。投资者可能会发现，根据其本国税制用来减税的款项（如用于支付借款利息的款项、调查费、投标费和外汇损失）在东道国可能不能用来减税，反之亦然。同样，在东道国的项目公司可能为纳税目的在本国被视为不同类型的实体。对资产成为公共财产的项目来说，这使其不能根据本国法律享受折旧费扣除。

39. 涉及外国投资的公私伙伴关系项目的一个特别问题是，参与项目联合体的外国公司有可能被双重征税，即其利润、特许使用费和利息在自己本国和东道国都被征税。缴纳税款的时间和缴纳预扣税款的要求也可能带来问题。一些国家往往会根据《经合组织收入和资本税务示范公约》[16]订立双边协定，以消除或至少减少双重征税的负面影响。如果东道国和项目资助人的本国之间订有这种协定，那么这往往会影响他们的税收考虑。

40. 最终需要考虑的是所有税收加在一起的累积效应。例如，可能不只一个级别的税务当局向项目征税；除国家政府征税以外，私人伙伴可能还要面对省一级或市一级的征税。除缴纳所得税外，可能还要缴纳某些税费，这些税费往往在私人伙伴获得任何收入之前就要缴纳，包括销售税（有时称作“营业税”）、增值税、财产税、印花税和进口税。有时也可能在投资激励方案框架内作出特别规定，部分或全部免除这些税款。

[16] 建议读者参阅经济合作与发展组织（经合组织）编拟的《收入和资本税务示范公约》，该机构定期更新这一公约，以反映税法中和双重征税问题实践中新的事态发展（http://www.oecd.org/tax/treaties/）。

### *10. 清关和关税*

41. 各国政府为了支持公私伙伴关系项目，经常向私人伙伴提供税收和关税优惠（见第二章，“项目规划和准备”，第77-80段）。此类优惠通常是降低私人伙伴应缴税款和进口税的数额。除了制定给予（或不给予）这种优惠的决策之外，政府最好还要确保海关立法允许进口项目建造和运营所需的货物。还须确保海关拥有必要的资源进行核查和清关，避免不必要的延误。以世界贸易组织2013年通过的《贸易便利化协定》[17]为例，该协定提供了这方面的机制，目的是加快货物（包括过境货物）的运输、放行和通关，并规定了措施，以便海关与其他相关当局在贸易便利化和遵守海关规则问题上实现有效合作。

### *11. 会计规则和方法*

42. 《指南》第二章讨论了公共当局可用的预算选项，以记录政府对公私伙伴关系支持措施的成本（见第二章，“项目规划和准备”，第60段）。就公私伙伴关系而言，评估私人伙伴的财务状况具有同样的重要性。在几个国家，法律规定公司必须实行国际公认的标准会计方法，并聘用专业会计师或会计审计师。这么做的原因之一是，采用标准会计方法是保证企业估值统一的一项措施。在选择私人伙伴时，使用标准会计方法还有助于完成评估投标人财务状况的任务，以确定投标人是否达到订约当局要求的预选标准（见第三章，“授予合同”，第39段）。采用标准会计方法对审计公司利润来说也是必不可少的，这是管理机构适用费率结构并监测私人伙伴绩效所必需的（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第43-50段）。

43. 一些国家还对基础设施运营方实行特别会计规则，以便将基础设施项目在收入上的特殊情况纳入考虑范畴。涉及建造基础性设施特别是道路和其他运输设施的项目，其一般特征是投资期限较短，财务成本巨大，前期无收入流，之后在较长时期内

[17]《贸易便利化协定——部长决定——WT/MIN(13)36》，2013年12月7日。该协定于2017年2月22日生效。全文可查阅世贸组织网站：https://www.wto.org/index.htm。

收入逐步增加，财务成本逐步降低，并且在正常情况下，运营成本稳定。因此，如果实行传统的会计规则，这类项目的特殊财务结构在项目公司的账目中就会被记载为持续的一段负数时期，然后是一段长期的净利润时期。这不仅会造成负面影响，例如项目公司在建造阶段的信用评级会受到不利影响，还可能导致项目运营阶段的税款债务过重。为避免这种扭曲现象，一些国家对实施基础设施项目的公司实行特别会计规则，这些规则考虑到公私伙伴关系项目的财务结果只可能在中期以后才能转为正数这一现实情况。这些特别规则通常允许基础设施开发商根据项目协议中提供的财务时间表，将赤字阶段应计的部分财务成本推迟到以后的财政年度。但是，特别会计规则一般不影响可能禁止在年终结账为负数的财政年度进行分红的其他条例。

### *12. 预算批款和会计规则*

44. 适当的规划和准备是公私伙伴关系项目成功的必要条件。在规划阶段和准备阶段，应仔细考虑项目的潜在财政影响，并酌情考虑其对订约当局或政府的预算影响（见第二章，“项目规划和准备”，第15和第16段）。项目在整个公私伙伴关系合同期间可能引发的政府支持和其他或有负债需要遵守预算规则。特别是，订约当局需确保有足够的预算批款，以便向私人伙伴支付应付款项，并且此类批款得到及时划拨，以便能够在当事各方商定的时间框架内付款。

45. 事实上，在大多数国家，预算批款每年进行一次，无法自动预见公私伙伴关系合同下可能意外需要支付的或有负债。此外，批款往往需要立法机构或负责公共资金管理的任何其他当局的授权。订约当局或政府可能难以请求批准在合同谈判商定的时间框架内的批款。实际上，可以建立各种机制来确保及时偿付负债。例如，设立无需申请专门授权即可向私人伙伴付款的或有负债基金。但这种基金需要在严格的规则下运作，并且需要足够透明，以证明付款的合理性。

46. 公私伙伴关系越来越多地被用作应对公共资金不足问题的补充手段，并被用来抵消政府资产负债表中公私伙伴关系项目所产生的负债。这种做法在下述情况下可能会对订约当局和其他公共机构的预算产生破坏性影响，例如，或有负债变成向私人伙伴支付赔偿或其他款项的义务（见第二章，“项目规划和准备”，第58-60段）。为防止以这种危险的方式利用公私伙伴关系，建议记录并向公众公布订约当局承担的所有负债，无论是直接负债还是或有负债。此外，政府不妨授权负责在国家层面协调公私伙伴关系的中央实体收集与当前公私伙伴关系项目有关的所有财务信息，并评估累计承付款额（见第二章，“项目规划和准备”，第46和第47段）。

### *13. 环境保护与公私伙伴关系*

47. 环境保护包含各种各样的问题，从废物和危险物质处理到因大型项目用地重新安置住户等均包括在内。公共当局在越来越多地利用公私伙伴关系来开发落实环境保护和可持续发展目标所需要的设施（例如水和废物处理设施和系统，或“清洁”能源发电机）。同时还必须兼顾这些大型项目所引起的社会和环境问题（见第二章，“项目规划和准备”，第17-20段）。多年来人们普遍认识到，如《联合国可持续发展目标》所载，环境保护是可持续发展的重要前提条件（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第3-4段）。环境保护立法可能对在各级实施公私伙伴关系项目产生直接影响。因此，与环境风险管理有关的立法规定往往要求一些商业活动的开展须事先得到批准，对某些类型的基础设施（例如废物处理、废物收集、电力输送、公路和铁路）而言，这种审批可能特别严格。环境立法框架还旨在控制项目对环境和人们的任何负面影响，这种影响是导致争端和项目延误的最常见原因。环境立法框架可以规定不同的义务：开展社会和环境研究，促使作出实施风险减缓措施的承诺或制定重新安置行动计划，以便对流离失所人口或生计受到项目负面影响的人口采取补偿和支持措施。

48. 因此，似宜在立法中纳入适当措施，使环境法规定的义务透明化。应确保有关下列内容的规定尽可能清晰明确：环境当局可

能进行的检测；申请人需要满足的文件要求和其他要求；颁发许可证的条件；有理由拒发或收回许可证的情形。保证申请人能够酌情诉诸快速上诉程序和采取司法手段的规定是重中之重。在最终授予合同之前，最好尽可能确定是否已满足所需环境许可证的发放条件。在有些国家，特定公共当局或权益团体可能有权提起法律诉讼，以求防止环境损害，其中可包括有权要求收回被认为不符合适用环境标准的许可证。在其中一些国家，人们发现让公众代表参与环境许可证发放之前的相关程序是有益的（另见第二章，“项目规划和准备”，第19和第20段）。立法还可确定可能实行的各种处罚措施，并具体说明哪些当事方要对环境损害承担责任。

49. 遵守有关保护环境的条约也许有助于加强国际环境保护制度。为了确立通行的国际标准，过去几十年里大量国际文书得以制订。这些文书包括1992年联合国环境与发展会议通过的《21世纪议程》[18]和《关于环境与发展的里约宣言》；[19]《世界自然宪章》（大会第37/7号决议，附件）；1989年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》；1991年《越境环境影响评估公约》；[20] 以及1992年《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》。[21] 同样，随着《巴黎协定》于2016年生效，[22] 发展气候融资被视为一种办法，用来实现各国在减缓全球变暖方面设定的目标。在这方面，大多数活跃在气候融资领域的金融机构将适用《国际金融公司绩效标准》[23]或《赤道原则》，[24] 来确定和管理它们正在考虑融资的项目所产生的社会和

[18]《联合国环境与发展会议的报告，*1992*年*6*月*3*日至*14*日，里约热内卢》（联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8和更正），第一卷：《会议通过的决议》，决议1，附件二。

[19]同上，附件一。

[20]联合国，《条约汇编》，第1989卷。第I-34028号。

[21]同上，第1936卷，第I-33207号。

[22]《巴黎协定》，2015年12月12日（第54113号）。《巴黎协定》由2015年11月30日至12月13日在巴黎举行的联合国气候变化框架公约缔约方会议第二十一届会议通过。刊载于联合国条约科网站：https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr。

[23]《国际金融公司标准》，见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第91段。

[24]《赤道原则》，2013年6月。《赤道原则》是金融机构采用的风险管理框架，用来确定、评估和管理项目的环境和社会风险。该《原则》适用于所有工业部门以及四大金融产品：1）项目融资咨询服务；2）项目融资；3）与项目相关的公司贷款；4）过桥贷款。更多信息见https://equator-principles.com/about/。

环境影响。若受援国未能达到标准，则会触发制定纠正行动计划的要求，并最终导致金融机构停止供资。

### *14. 消费者保护法*

50. 人们越来越多地关注公私伙伴关系所涉及的公共利益，因此，对东道国的消费者保护法进行评估就显得非常重要（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第6段）。很多国家设立了专门的消费者保护法律规则。各国消费者保护法的结构和实质内容存在很大差别。尽管如此，消费者保护法往往包括这样一些规定，比如就提出索赔和强制执行合同权利规定有利的时限；对通常不与消费者商定即确定条款的合同（有时称作“附合合同”）适用特殊的解释规则；出于消费者利益延长保修期；特别终止权；可诉诸简化的争端解决程序（另见第六章，“争端的解决”，第50-52段）；或者其他保护措施。《联合国消费者保护准则》[25]最初于1985年在联合国经济及社会理事会主持下通过，随后通过贸发会议推动的协商进程作了修订，该《准则》可为寻求改进本国消费者保护法律框架的国家提供有益的启示。特别是关于能源的准则76和关于公用事业的准则77与发展公私伙伴关系项目存在相关性。

51. 从私人伙伴的角度出发，有必要考虑东道国的消费者保护法是否限制或妨碍私人伙伴执行相关权利，例如收取服务费、调整价格或者对违反合同基本条款或违反提供服务基本条件的客户中断服务。这一点对“特许权公私伙伴关系”来说尤其重要，在这种公私伙伴关系中，私人伙伴除收到公共当局支付的款项外，还向最终用户收取费用（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第15段）。

[25] 该决议可在以下网页查阅：http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ares70d186_en.pdf；以及贸发会议专门的网页：http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx。

## *15. 破产法*

52. 基础设施运营方或公共服务提供方破产会引发一系列问题，因此，一些国家制定了应对这些情况的特别规则，包括规定订约当局可以采取必要措施确保项目连续性的规则（见第四章，“公私伙伴关系合同的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第158-161段）。可通过相关法律框架来保证连续提供服务，这种法律框架应允许救助面临财务困境的企业，例如通过重整和类似程序进行救助。如果破产程序不可避免，那么有担保放款人会特别关心关于有担保债权的规定，尤其关心有担保债权人在破产程序启动后是否仍可收回担保物，在使用担保物收益偿还债务时有担保债权人是否享有优先权，以及有担保债权人的债权如何排序。如前所述，私人伙伴很大一部分债务采取“优先”贷款的形式，放款人要求私人伙伴在偿还次级债务之前优先偿还此种贷款（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第60段）。放款人能够在多大程度上执行这些关于债务偿还顺序的安排，取决于一国管辖破产程序中债权人排序的规则和法律规定。法律承认当事方可以自主确定不同层级贷款依合同享有的主次地位，这可能有利于基础设施项目的融资。

53. 立法应当对以下问题作出规定：债权人的排序问题；破产管理人和债权人之间的关系；破产债务人重整的法律机制；旨在确保私人伙伴破产时公共服务连续性的特别规则；以及关于避免债务人在破产程序即将开始时达成交易的规定。《贸易法委员会破产法立法指南》[26]及其解释性法规[27]是推动一国破产制度实现现代化的有利工具。

54. 在大型基础设施项目中，项目公司破产可能涉及不止一个国家的债权人，或者影响到位于不止一个国家的资产。因此，东道国

[26]《贸易法委员会破产法立法指南》（2004年），《贸易法委员会破产法立法指南，第三部分：破产企业集团对待办法》（2010年），《贸易法委员会破产法立法指南，第四部分：临近破产期间董事的义务》（2013年）（均可在以下网址查阅：https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency）。

[27]《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》（2009年）和《贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视》、《贸易法委员会跨国界破产示范法》（1997年）和《颁布指南和解释》（2013年），均可在以下网址查阅：https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency。

似宜设立相关规定，为司法合作、外国破产管理人进入法院和承认外国破产程序提供便利。希望通过此类立法的国家可以使用的一个适当范本是《贸易法委员会跨国界破产示范法》和《颁布指南和解释》，[28] 以及《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关的判决的示范法》及其颁布指南。[29]

### *16. 反腐败措施*

55. 采取措施打击政府合同管理工作中的腐败现象，也会改善东道国的投资和营商环境。东道国尤其应当采取有效而具体的行动，以打击贿赂和有关非法行为，尤其是有效落实禁止贿赂的现行法律。

56. 颁布纳入关于处理公共事务时坚持廉正的国际协定和标准的法律，可能是在这方面迈出的一个重要步骤。在这方面，唯一具有法律约束力的全球性反腐败文书是《联合国反腐败公约》（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第4段），该《公约》要求，如果广泛的腐败行为在国内法中尚未构成犯罪，那么各国则需将这些行为定为刑事犯罪和其他犯罪，特别是贿赂。其他重要文书包括1997年在经济合作与发展组织主持下谈判拟定的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》。[30]

57. 此外，关于订约当局运作和监测公共合同的规则应当确保必要的透明度和公正性，尤其应准许公布合同机会和所授予的合同以及履约情况评价报告。许可证和执照条例也可包括在需要披露的信息列表中。如果尚无这类规则，应当制定和通过适当的法律

[28]《贸易法委员会跨国界破产示范法》的正式文本转载于《大会正式记录，第五十二届会议，补编第*17*号》(A/52/17)，附件一(《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第二十八卷，1997年，第三部分，附件一(联合国出版物，出售品编号：E.96.V.6))。还以小册子的形式出版了《贸易法委员会跨国界破产示范法及颁布和解释指南》(联合国出版物，出售品编号：E.14.V.2)。大会1997年12月15日第52/158号决议建议使用该《示范法》。

[29]《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关的判决的示范法》及其颁布指南(2018年)的正式文本转载于《大会正式记录，第七十三届会议，补编*17*号》(A/73/17)，附件三。大会2018年12月20日第73/200号决议建议使用该《示范法》。

[30] http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm。

和条例。简明性和一致性，以及取消那些导致行政程序拖沓或繁琐不堪的不必要程序，是在这方面需要考虑的另一些因素。

### *17. 劳工法律和标准*

58. 工人和雇员处于设计、建造和运营基础设施的核心，自然对公私伙伴关系的成功起到至关重要的作用。公私伙伴关系国际性的一面并不意味着适用于劳工权利的当地法律和标准可以被忽略。反之，公私伙伴关系也应满足基本的国际标准，原因不单是大部分国家通过参与相关组织的工作承担了国际义务，例如参与联合国在社会正义和劳动条件领域的专门机构——国际劳工组织（劳工组织）的工作。外国投资者遵守国际标准也有好处，因为如果被发现向违反国际公认劳工标准的企业投资，那么他们可能会在来源法域被提起诉讼。特许权公私伙伴关系中另一个常见问题是会出现申诉称，项目工人受雇于私人伙伴时，其就业条件逊色于他们之前受雇于公共当局时的就业条件。在公私伙伴关系合同中加入公平工资条款和公平劳动条件可确保工人权利得到保护。此类条款将具体规定最低工作条件和其他强制性标准，私人伙伴须在其与工人签订的劳动合同中列明这些条件和标准。1952年9月20日生效的劳工组织关于公共合同劳动条款的《第94号公约》旨在防止竞标公共合同的公司削减劳工成本并向工人提供较差的条件。该《公约》要求已批准《公约》的政府在包括公私伙伴关系合同在内的政府合同里加入公平工资条款。

### *18. 利益攸关方参与公私伙伴关系*

59. 与受公私伙伴关系项目影响的社区展开磋商可鼓励讨论如何限制项目对社会和环境造成的负面影响，例如被迫流离失所、改变或破坏环境或建造项目所需的任何其他措施，从而有助于确保项目的可持续性（另见第二章，“项目规划和准备”，第20段）。此类磋商还有助于改进设计，如查明便利残疾人通行或改进服务可负担性的更好方式。生活在拟议项目所在地或附近的社区是需要与之磋商的关键利益攸关方。涉及土著人民时更是如此，这一点已得到一些国际文书的承认（例如，国际劳工组织《土著和部落人

民公约》[31])。磋商进程可通过各种方式展开，具体取决于一国现行法律框架，但通常包括开展影响研究，传播此类研究和关于项目的其他信息，组织与受影响社区进行对话，并酌情征得他们事先同意。

60. 存在一些有用的行业标准，保障社区参与项目的准备和实施。[32] 但是，如果一国尚未制定有关磋商进程的规则，那么国内立法者和决策者最好考虑通过此类规则，从而为组织和监督磋商进程提供便利（例如，通过监察员或审查委员会）。有效的磋商进程应遵循既定原则。例如，与受影响社区的接触应在项目拟定阶段就尽早开始，以全面披露信息为基础，排除外围因素的影响，并应以文件形式记录在案。此种磋商还应当适应受影响社区和项目的具体情况，例如使用受影响社区所用的语言。

## C. 国际协定

61. 除东道国的国内立法外，公私伙伴关系还可能受到东道国签订的国际协定的影响。除本《指南》通篇提及的其他国际协定之外，下文简单讨论一下某些国际协定产生的影响。

### *1. 国际金融机构的成员地位*

62. 多边金融机构如世界银行、国际开发协会、国际金融公司、多边投资担保机构和各区域开发银行的成员地位，对创建有利于公私伙伴关系的环境而言是必要的。首先，东道国在这些机构中的成员地位一般是东道国的项目得到这些机构的融资和担保的条件。其次，这些机构提供融资和担保工具的规则一般载有各种条款和条件，这些条款和条件与项目协议条款和私人伙伴通过谈判签订的贷款协议存在直接的相关性（例如保证不以公共资产作抵押的条款以及为多边金融机构提供反担保）。最后，多边金融机构

[31] 劳工组织关于土著和部落人民的《第169号公约》第十七条规定，各国有义务在做出会影响土著人民土地的基础设施决策之前与他们进行磋商，并在某些特定情况下寻求他们的事先、知情和自由同意。

[32] 《赤道原则》中原则5称之为“利益攸关方参与”。

通常遵循一些政策目标，并力求确保这些目标在它们支持的项目中得到执行（例如遵守国际公认的环境标准，项目在初始特许期之后的长期可持续性，以及挑选私人伙伴和拨付贷款过程的透明度和公正性）。

### *2. 关于便利和促进贸易的一般协定*

63. 已通过谈判签订了一些多边协定来促进全球自由贸易。这些协定中尤其值得注意的是在《关税及贸易总协定》和后来的世贸组织的主持下谈判签订的协定。这些协定可能载有关于促进贸易和货物贸易便利化的一般规定（例如最惠国条款、禁止使用数量限制和其他歧视性贸易壁垒）和关于促进公平贸易做法的一般规定（例如禁止倾销和限制使用补贴）。一些专门协定旨在消除妨碍外国人在缔约国提供服务的障碍，或者在公共采购方面加强透明度和消除对供应商的歧视。这些协定可能关系到载有以下规定的有关公私伙伴关系的国家立法，这些规定包括限制外国公司参与基础设施项目、确定本国实体优先、或要求供应品在当地市场采购。

### *3. 关于特定产业的国际协定*

64. 在作为《服务贸易总协定》一部分而进行的基础电信谈判中，世贸组织中代表全世界大部分电信服务市场的一些成员，对便利电信服务贸易作出了具体承诺。应当指出，世贸组织的所有成员（甚至那些并未作出具体电信承诺的成员）都要遵守关于服务业的《服务贸易总协定》的一般规则，其中包括关于最惠国待遇、透明度、监管、垄断和商业惯例的具体要求。世贸组织的电信协定为整个《服务贸易总协定》补充了具体国家针对具体部门的承诺。通常的承诺包括开放语音电话、数据传输和各种增强服务等各分市场，以引入竞争和外国投资。因此，世贸组织目前或未来成员国的立法者应当确保其电信法符合《服务贸易总协定》及其做出的具体电信承诺。

65. 在国际层面达成的另一项针对具体部门的重要协定是1994年12月17日在里斯本缔结并于1998年4月16日起生效的《能源宪章

条约》，缔结这项条约是为了促进能源领域的长期合作。该《条约》就各种商业措施做出了规定，如发展能源材料和产品的公开竞争市场，便利转运及能源技术的获取和转让。此外，该《条约》还意在避免能源部门出现市场扭曲问题和经济活动壁垒，并促进开放资本市场，鼓励资本流动，以便为材料和产品贸易提供资金。该《条约》还载有关于促进和保护投资的条例：对投资者的公平条件，与投资有关的资金转移，补偿因战争、社会动乱或其他类似事件造成的损失，以及征用补偿。

# 索引

在本索引中，罗马数字表示章次，阿拉伯数字表示段次。例如，“三，67”指第三章，“授予合同”，第67段。下划横线“__”代替主条目所列词语，以避免分条目中重复该词语。


会计规则和方法
  东道国的__ 七，42-43

行政协调
  准备措施的__ 二，49-52
  概述 二，46-55
  颁发执照和许可证 二，53-55
  公私伙伴关系机构 二，46-47

辅助收入来源（另见政府支持）

仲裁裁决（另见争端解决）
  承认及执行__的公约 六，13、38

资产（见项目场地和资产）

权力
  授予公私伙伴关系合同的__ 二，46-52
  管理基础设施和服务的__（见管理机构）

授标程序（另见不经过竞争性程序的授标、投标人的预选、非应标建议书）
  授标委员会 三，28-29
  《指南》涵盖的__ 三，3-4

投标担保 三，68
建议征求书的澄清和修改 三，80-81
__中谈判的保密 三，132
合同条款 三，75-79
分担参加__的费用 三，46-47
项目要求的界定 三，20-21
与投标人对话 三，92-94
编写文件 三，32-33
__的经济性和效率 三，6-9
评审标准 三，22-23、82-87
可行性研究 三，30-31、67
__的公正性 三，10-13
与投标人谈判 三，24-25
授予项目的通知 三，109
__的准备工作 二，49-52；三，26-33
投标人的资格（另见投标人的预选） 三，69
__的记录 三，134-141
通过对话征求建议书 三，59-64
__的复审 三，142-143
单阶段和双阶段__ 三，53-58
规格和性能指标 三，70-74
建议书的提交和开启 三，88-91
邀请的投标人的范围 三，19
法律和程序的透明度 三，14-16

不经过竞争性程序的授标
__的特批情形 三，101
提高__的透明度的措施 三，102-109
政策考虑__ 三，99-100

投标（见不经过竞争性程序的授标、投标人的预选、授标程序、非应标建议书）

违约和补救方法
“严重违约”的定义 五，17

一般性考虑　四，156-157
纠正违约后果的通知　五，20
订约当局的介入权利　四，158-161
放款人的介入权利　四，162-165；五，14、20

建设–租赁–运营–移交(BLOT)
__的定义　导言，23(c)

建设–运营–移交(BOT)
__的定义　导言，23(a)
__项目中的资产移交　五，40

建设–拥有–运营(BOO)
__的定义　导言，23(e)

建设–拥有–运营–移交(BOOT)
__的定义　导言，23(d)

建设–租借–运营–移交(BROT)
__的定义　导言，23(c)

建设–移交–运营(BTO)
__的定义　导言，23(b)

公司法
东道国的__　七，31-34

补偿
__和公私伙伴关系合同的展期　五，9
__和费率控制措施　四，49-50
终止时应付的__　（见终止）
对工作量增加的__　四，83
对成本增加的__　四，49-50、130-144
对暂停或拖延的__　四，85

竞争
__作为公私伙伴关系的指导原则 一，19-20
__影响评估 二，21-22
__政策和垄断 导言，28-31
保护免受__（作为政府支持的形式） 二，81-83
不同部门的__范围 导言，32

强制征购
项目场地所需土地的__ 四，29-31
东道国关于__的法律 七，23-24

特许权
__和相关用语__的定义 导言，18-19

宪法（见法律和体制框架）

建造
__工程的保证期 四，87
对__的监督 四，85-86
__计划的审查和批准 四，80
订约当局等要求的变动 四，81-84

消费者保护
东道国关于__的法律 七，50-51

授予合同（见授标程序、不经过竞争性程序的授标、投标人的预选、非应标建议书）

订约当局
__的批准和要求的项目计划的变动 四，80-84
作为项目的当事方__ 导言，71-72
__的定义 导言，21
__的财政义务 四，47-51
__对建造工程的监督 四，77-78

腐败
__与授予合同 三，12
__作为终止的理由 五，19
东道国的反__措施 二，13-15；七，55-57
经合组织《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》 七，56
《联合国反腐败公约》（大会第58/4号决议） 七，56

违约（见违约和补救方法）

设计–建设–融资–运营（*DBFO*）
__的定义 导言，24

争端解决
仲裁 六，28-44
商事争端 六，2(*b*)、42
调解和调停 六，12-15
争端审查委员会 六，19-24
私人伙伴与订约当局之间的争端 六，2 (*a*)、3-48
公共服务提供者之间的争端 一，58-60
涉及基础性设施客户和用户的争端 六，2 (*c*)、50-52
早期警告 六，11
仲裁裁决的执行 六，38-39
协助下谈判 六，13
自由商定__ 六，6-9
高效__机制的重要性 六，1
司法程序 六，45-48
__的目标 六，5-6
由独立专家审查技术性争端 六，16-18
主权豁免和仲裁 六，41-43
地役权
项目所要求的__ 四，32-34

经济条件
__随后的变化 四，135-139

经济性和效率
__作为授予合同程序的总体目标 三，16
__作为公私伙伴关系的指导原则 一，16

电力
《能源宪章条约》 七，65
__部门的分拆 导言，37-38

环境保护
《21世纪议程》 七，49
1989年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》 七，49
1991年《越境环境影响评估公约》 七，49
1992年《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》 七，49
规划阶段的环境影响研究 二，19-20；七，47-49
东道国关于__的法律 七，47-49
《巴黎协定》 七，49
《国际金融公司绩效标准》 七，44
《关于环境与发展的里约宣言》 七，49
1992年联合国环境与发展会议 七，49
《世界自然宪章》（大会第37/7号决议，附件） 七，49

股权（另见政府支持）
设立项目公司所需的__ 四，16-17
__资本在公私伙伴关系项目中的一般作用 导言，59
《贸易法委员会担保交易示范法》（见贸易法委员会）

独家经营权（另见竞争）
__和公私伙伴关系合同的范围 一，19-20
免责障碍
__的后果 四，149-154
__的定义 四，146-148

专家和顾问
在项目中的一般作用 导言，78-79
在筛选程序中的作用 三，29

出口信贷机构和投资促进机构
__作为利害关系方　导言，76
在基础设施项目融资中的一般作用　导言，68
__提供的保险和担保　二，99-101

公平性、稳定性和可预测性
__作为公私伙伴关系的指导原则　一，10-12

财政影响
__评估　二，15-16

不可抗力（见免责障碍）

政府
__的定义　导言，20

政府支持
为__编制预算　二，60；七，46
__的定义　二，58-59
__的形式：
辅助收入来源　二，84-86
参股　二，66-67
政策考虑　二，58-60
公共贷款和贷款担保　二，63-65
主权担保　二，71-76
补贴　二，68-70
税收和关税优惠　二，77-80

工业和知识产权
《与贸易有关的知识产权协定》　七，22
1925年《工业品外观设计国际保存海牙协定》　七，21
东道国关于__的法律　七，18-22
《商标国际注册马德里协定》　七，20
__规定的共同条例　七，20
与__有关的议定书　七，20

1883年《保护工业产权巴黎公约》 七，19
1970年《专利合作条约》 七，19
2000年《专利法条约》 七，19
1994年《商标法条约》 七，20

基础设施
公共__的定义 导言，11-13
公共__服务的历史发展 导言，1–3
__政策 导言，27-32
__部门的结构调整 导言，33-44
__部门的过渡措施 导言，45-47
__部门的分拆 导言，35-36

破产
东道国的__法 七，52-54
私人伙伴的__ 五，27-28

机构投资者
在基础设施项目融资中的一般作用 导言，62

保险
基础性设施运营期间要求的__ 四，128-129
保险人作为利害关系方的作用 导言，77

公正性
促进__和增进对授标程序的信任 三，10-13

解决投资争端国际中心
__的作用 六，39

国际金融机构
__作为利害关系方 导言，76
在基础设施项目融资中的一般作用 导言，66-67
__提供的担保 二，87-98

东道国在__的成员地位　七，62
__的采购规则　三，17

投资促进和保护（另见解决投资争端国际中心）
东道国关于__的法律　七，4-6

伊斯兰金融机构
在基础设施项目融资中的一般作用　导言，65

法律和体制框架
宪法与公私伙伴关系　一，21-23
__的公平性、稳定性和可预测性　一，10-12
__与项目的长期可持续性　一，17-18
__与公私伙伴关系项目　一，3-4
立法结构　一，24-28
妥善管理、廉正和问责　一，13-15
__的透明度　一，7-9

立法（另见法律和体制框架）
一般和具体部门__　一，14-28
__随后的变化　四，131-134

《立法指南》
__涵盖的项目　导言，4
__的目的　导言，4、6
__中使用的术语　导言，10-24

立法机构
__的定义　导言，20

放款人
__作为利害关系方　导言，74-75
__的介入权利（见违约和补救方法）

赔偿责任
私人伙伴对用户和第三方的__ 四，114-116

贷款担保(见政府支持)

长期可持续性
__作为公私伙伴关系的指导原则 一，17-18

更新–运营–移交(*MOT*)
__的定义 导言，24

更新–拥有–运营(*MOO*)
__的定义 导言，24

垄断
__和竞争政策 导言，28-31

抵押(见担保权益)

承购协议，另见政府支持(主权担保)
订约当局或其他公共当局订立的__ 四，58-59

基础设施的运营
服务的连续性 四，95-96
披露要求 四，103-104
使用规则的执行 四，105-106
平等对待客户或用户 四，97-98
服务的扩展 四，93-94
相互连接和接入基础设施网络 四，99-102
绩效标准 四，91-92
经合组织《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》 七，56

付款
订约当局__ 四，51-59

履约担保
各类__的利弊 四，120-126
__的期限 四，127
类型、功能和性质等__ 四，118-119

质押（见担保权益）

公私伙伴关系
__的定义 导言，14
公私伙伴关系法律框架的指导原则__ 一，2-20

公私伙伴关系合同
获授权授予__的机构 一，30-32
__的转让 四，70-71
__的订立 四，9-12
__的内容与立法 四，1-4
__的定义 导言，14

公私伙伴关系合同（续）
__的期限 五，2-6
__的展期 五，7-10
__所涉领域 一，32
__的管辖法律 四，5-8
__的重新招标 五，8
__的终止（见终止）

公私伙伴关系设施
__私有私营 导言，53-55
__公有公营 导言，49-50
__公有私营 导言，51-52

公私伙伴关系项目
__的融资来源 导言，58-69
__的主要当事方 导言，70-79

投标人的预选
__邀请书 三，36-37
投标联合体的参加 三，42-43
__与国内优惠 三，44-45
__程序 三，46-47
预选标准 三，38-41

价格(见费率)

私人合同
东道国的__ 七，29-30

私人伙伴(另见项目公司)
__的定义 导言，16
__的结构 四，13-20

项目公司(另见私人伙伴)
__的定义 导言，16
作为项目当事方的一般作用 导言，73
质押__的股份 四，69
__的活动范围 四，19
__的章程和细则 四，20
__控股权益的转移 四，64-68、72-76

项目融资
__与风险评估(概述) 二，13-14
资本市场融资 导言，63-64
公私融资结合 导言，69
商业贷款 导言，60
__的概念 导言，56-57
附属债务 导言，61

项目促成人
作为项目当事方的一般作用 导言，73

项目风险（见风险）

项目场地和资产
土地的购置 四，29-31
__的摊销和残余价值 五，3、43、48*(b)*
__的所有权 四，22-26
__的抵押或质押 四，62-63
__的移交（见终止）

妥善管理、廉正和问责
__作为公私伙伴关系的指导原则 一，13-15

产权法
东道国的__ 七，7-10

公共当局
__的定义 导言，20

公共合同
__作为东道国公私伙伴关系法律的原则 七，24-27

公共基础设施
__的定义 导言，11

公共利益
__作为公私伙伴关系的指导原则 一，5-6

公共贷款（见政府支持）

公共服务
__的定义 导言，13

翻修–运营–移交(*ROT*)
__的定义 导言，24

翻修–拥有–运营(*ROO*)
__的定义 导言，24

区域开发银行(见国际金融机构)

管理机构
__的组成、工作人员和预算 一，50-52
__的定义 导言，22
__的独立性和自主权 一，44-45
机构机制 一，43-45
__的权力 一，46-49
过程和程序 一，53-55
对__所作决定的申诉 一，56-57
__的部门权限和任务 一，40-42
公共服务提供者之间争端的解决 一，58-60

修理
项目协议期满或终止后需要的__ 五，67

建议征求书(另见不经过竞争性程序的授标、投标人的预选、筛选程序、非应标建议书)

风险
商业__ 二，33-34
建造和运营__ 二，30-32
汇率及其他金融__ 二，35-36
针对具体__的担保 二，71-76、87-98
政治__ 二，29
项目__分配和减轻 二，37-45
项目__和风险分配 二，23-26
当事方无法控制的事件造成的__ 二，43
__的法定分配 二，37

担保权益
概述 四，60-61
东道国关于__的法律 七，11-17
无形资产__ 四，64-65
有形资产__ 四，62-63
项目公司股份上的__ 四，69
贸易应收款__ 四，66-68
《贸易法委员会担保交易示范法》 七，17

主权担保（见政府支持）

零部件
项目协议期满或终止后__的供应 五，64-66

介入权利（见违约和补救方法）

分包
挑选分包商 四，109-110
分包合同的管辖法律 四，111-113

补贴
__作为政府支持的形式 二，68-70

可持续发展目标
公私伙伴关系法律框架中的__ 一，3
__与环境保护 七，47

费率
私人伙伴收取__的权力 四，41-42
控制费率的政策考虑 四，49-50
因条件变化而调整__ 四，130、140-144
__控制方法 四，43-48
__设定和控制 四，39

税收和关税优惠
__作为政府支持的形式 二，77-80

税法
东道国的__ 七，35-40

技术协助
项目协议期满或终止时的__ 五，61-63

技术转让
项目协议期满或终止时的__ 五，56-60

终止
条件变化 五，36
__时应付补偿 五，46-48
一般考虑__ 五，11-15
履约障碍 五，37
私人伙伴破产 五，27-28
双方同意 五，38
订约当局严重违约 五，32-35

终止(续)
私人伙伴严重违约 五，32-35
任一当事方__ 五，37-38
订约当局__ 五，16-30
私人伙伴__ 五，31-36
出于公共利益而__ 五，29-30
__时移交与项目有关的资产 五，40
移交时的资产状况 五，44-45
__给新的私人伙伴 五，42-43
__给订约当局 五，41
__时的收尾和过渡措施 五，50–69

便利和促进贸易
一般国际协定__ 七，63

透明度
__作为公私伙伴关系的指导原则 一，7-9
法律和程序的__ 三，14-16

运输
__部门的分拆 导言，41-44

贸易法委员会
__仲裁规则 六，39
__调解规则 六，15
__跨国界破产示范法 七，49
__国际商事仲裁示范法 六，36
__公共采购示范法 三，2、25、38（脚注6）、39（脚注7）、44、51、59（脚注10）、65（脚注11）、81、104、121、124、127
__担保交易示范法 七，17
__投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则 六，25（脚注6）

工发组织
__通过建设–运营–移交项目(BOT)发展基础设施准则 导言，10；三、1

统法协会
__国际金融租赁公约(1988年, 渥太华) 七，17
__移动设备国际权益公约 七，17（脚注4）

联合国
__国际货物销售合同公约(1980年, 维也纳) 七，30
__关于调解所产生国际和解协议公约(2018年, 纽约) 六，13（脚注3）
__国际贸易应收款转让公约(2001年, 纽约) 七，17（脚注3）
__投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约(2014年, 纽约) 六，39（脚注9）

非应标建议书(另见不经过竞争性程序的授标、投标人的预选、筛选程序)
政策考虑 三，111-119
处理__的程序 三，120-131、138

物有所值
__评估 二，6-14

水和环境卫生
__部门的分拆 导言，39-40

福利和社会影响
__评估 二，17-18

世界银行(另见国际金融机构) 导言，1（脚注1)、66-67、76；一，39；二，87-98；三，1、17；六，39；七，62

世界知识产权组织(知识产权组织) 七，21

世界贸易组织(世贸组织) 七，22
《与贸易有关的知识产权协定》 七，22
__主持下的谈判签订的协定 七，63
服务贸易总协定 七，64
__电信协定 七，56-64

V.19-10871