

浅析 PPP 项目纠纷解决机制

陈璇

(西安市地下空间投资产业基金管理有限责任公司,陕西 西安 710000)

摘要:近年来,政府和社会资本合作(PPP)模式已广泛应用于市政建设的各个领域。然而随着项目落地实施,因地方政府债务负担过重、社会资本运营能力不足、PPP 项目合同疏漏太多以及随着中央对地方债务风险的重视和管控的加码,加之 PPP 项目金融市场融资困难,很多 PPP 项目正经历着一个低谷,随着财金[2017]92 号文、财金[2018]23 号文“明股实债”“穿透原则”清库、退库标准的完善和各省清库、退库工作的相继完成,政府方和社会资本方因《PPP 项目合同》执行引发的系列矛盾,逐步浮出水面,PPP 项目纠纷频发。本文拟以 PPP 项目合同为视角,浅析 PPP 项目争端的法律解决路径。

关键词:政府和社会资本合作模式;项目争端;解决途径;管辖权;PPP 合同

【DOI】10.12231/j.issn.1000-8772.2020.30.024

1 PPP 项目争端的特点

PPP 项目争端的主体呈现出多元化特点,主要涉及政府方、社会资本方(项目公司股权端)、项目公司(SPV)、金融机构(项目公司债权端)、担保人、保险人、承包方(建设方、运营方等)、分包方等多个法律主体与多重法律关系。PPP 争议的类型和诉求亦具有多元化趋势。从 PPP 模式已发生的纠纷来看,案件涵盖刑事、行政、民商事等领域,主要集中在民商事,占全部案件的 85.54%。民事案件中主要包括 PPP 引发的物权纠纷、侵权纠纷、合同纠纷、金融纠纷等,其中合同纠纷占比达 78.22%。PPP 合同纠纷是 PPP 项目纠纷的集中体现,而 PPP 项目合同则是政府与社会资本合作的协议基础,下文主要分析已签署的 PPP 合同纠纷解决的实务要点及 PPP 项目合同的关键条款事项。

2 PPP 项目争端解决机制的选择

2.1 PPP 争端解决途径

根据《政府采购法》《中华人民共和国政府采购法实施条例》《行政诉讼法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》等法律法规的规定,PPP 项目发生争议的,解决途径有四:(1)双方协商解决;(2)共同聘请专家或第三方调解解决;(3)申请仲裁或民事诉讼;(4)行政复议或行政诉讼。

2.2 PPP 各争端解决途径及适用

(1)双方协商解决或启动再谈判。已落地执行的 PPP 项目,政府基于本地区财政承受能力和其它新入库项目实施的考虑,要求已签订《PPP 项目合同》的项目缩减建设内容的;或者不可抗力、法律变更等情形(如财金【2017】92 号文下发后有关明股实债、第三方代持等)出现时;PPP 合同中设置的调价机制、超额收益调节机制、提前终止补偿机制等缺乏合理性或不具有可操作性时,鉴于 PPP 项目的公众属性,此时合同各方可以通过协商、再谈判签订补充协议促使各方达成新的共识,以使得项目具有可持续性(当然无法回避

大量停止或无限期停工的项目)。

(2)共同聘请专家或第三方调解解决。合同各方发生(1)中的争端,双方僵持而无法达成共识时,还可选择共同聘请专家或第三方调解解决,就双方争议的问题共同聘请专家或第三方出具专家意见,在专家和第三方的帮助下,通过谈判,达成共识。

(3)民事诉讼或仲裁。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》生效后,业内对于因PPP协议引发的争议属于民事争议还是行政争议的争论至今未停息,对该问题江苏省高级人民法院民一庭课题组在《政府与社会资本合作(PPP)的法律疑难问题研究》一文中对此问题阐述如下:对于PPP争议中涉及政府特许经营协议的授予、收回,政府采购投诉,政府信息公开,项目规划许可,对项目公司的处罚,对项目公司征收补偿决定、收费标准的确等争议的,因涉及相关行政审批和行政许可内容,属于行政争议;内容上设定民事权利义务的,属于民事争议。对于PPP协议的履行、变更、解除等行为,体现了当事人平等协商一致的合意,其内容不受单方行政行为强制,合同内容包括了具体的权利义务及违约责任,属于民事法律关系的范围,当事人就此可以提起仲裁,也可以提起民事诉讼。

仲裁不受地域限制性、没有级别管辖且一裁终局,并可以选定仲裁员、遵从商业惯例并最大程度地按照当事人的约定作出裁决,能够较好地保证PPP纠纷解决对专业性、独立性、公正性、保密和高效的要求。目前,中国国际经济贸易仲裁委员会已成立PPP仲裁中心,北京市仲裁委员会成立了PPP研究中心。

(4)行政复议或行政诉讼。社会资本方认为政府有关部门作出的与合作项目的实施和监督管理有关的具体行政行为侵犯其合法权益的,有陈述、申辩的权利,可以依法提起行政复议或者行政诉讼。较之于民事争议,行政争议的主体地位、法律关系的性质、诉讼时效、审理规则等均不同。

3 PPP项目争议管辖权问题

原则上讲,因PPP项目合同纠纷提起的行政诉讼,要符合《行政诉讼法》第14条至第21条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干解释》)第6条、第8条有关级别管辖、地域管辖的规定。

因PPP项目合同纠纷提起的民事诉讼,要符合合同约定、级别管辖和专属管辖的规定。PPP协议内容涉及工程建设的,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第28条的规定,由工程所在地法院专属管辖。需要注意的是,PPP合同纠纷的当事人可书面选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反《民事诉讼法》有关级别管辖和专属管辖的规定。

仲裁方式的选择为约定而非法定,因此选择仲裁方式解决争端的前提是有“仲裁条款(协议)”且约定明确的“仲裁机构”,PPP合同须明确仲裁条款(协议),同时也应注意只有属于民事法律关系范畴的争端方可约定仲裁,否则仲裁协议因违反法律规定而无效。

4 PPP项目合同需关注的事项

第一,项目合法合规是前提。不因违法或违规被整改或退库,导致金融机构暂缓或停止放款,合同因主体不合规、违背一方的真实

意思、损害国家利益或社会利益、违反法律、行政法规的强制性规定而效力待定、可撤销或无效,导致合同权利义务的不确定性,致使项目无法有序开展,无法达到商业目的。

第二,违约责任条款。《PPP项目合同》违约事件的界定方式通常包括概括式、列举式以及概括加列举式三种,其中概括加列举式在PPP项目合同中更为常见,通过列举的方式可以更加明确构成违约事件的情形,从而避免双方在违约事件认定时产生争议。

第三,风险分担条款。《PPP项目合同》的风险分担体系复杂,以基建类PPP项目为例,简单分为法律法规政策风险、建设风险、财务(融资)风险、收入风险、合同不完备风险、运营维护风险、不可抗力风险和移交风险,当然也有和与上述违约责任条款配套使用的其他分担机制,这里不再赘述。

第四,超额收益分配。PPP项目对社会资本方投资回报的宗旨是“微利而不暴利”,为了避免社会资本为获得超额收益而侵害到公共利益,应设置合理的超额收益分配机制,超额收益分配机制一般有固定分成或阶梯分成两种模式。

第五,提前终止(解除)补偿机制。提前终止补偿条款在财政部及发改委的PPP合同指南中都均为示范条款,在PPP合同中,通过概括加列举的方式明确提前终止(解除)的事由,并通过一定的程序性条款做好终止(解除)后财务安排。

PPP项目合同作为PPP项目的核心要素,对项目的正常运行起着决定性的作用。PPP纠纷解决机制事关当事人双方重大权益,公平、公正、高效的纠纷解决机制,既关乎经法发展公平正义,也影响社会资本方参与PPP项目的积极性,进而影响PPP模式在我国的发展速度。目前对于PPP项目合同的解决机制在PPP项目合同的性质进行明确性的基础上完善立法,规范合同纠纷的解决机制,只有这样才能为PPP项目的健康发展打下坚实的基础。