

为政府购买服务正名

——解析财政部《关于坚决制止地方以政府购买服务名义违法违规融资的通知》

□文/魏济民 陈熙

继5月初，财政部、发展改革委、司法部、人民银行、银监会、证监会等六部委印发《关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知》(财预〔2017〕50号)后，近日，财政部又发布了《关于坚决制止地方以政府购买服务名义违法违规融资的通知》(财预〔2017〕87号)。在一个月，对地方政府融资行为连发两次“紧箍咒”，可见刹住地方政府违法违规举债、融资之风的重要性和紧迫性。

在财政部此次对“政府购买服务”进行拨乱反正之前，华瑞兴就接受过客户的咨询，询问基础设施工程建设类项目能否采用政府购买服务模式，当时我们就提出基础设施建设项目并不属于政府购买服务模式的适用范围，对于社会资本主体来说，虽然采用该种模式能够更快地启动项目、取得回报，但项目运作模式在合法性方面存在致命性硬伤，面临项目中途叫停、合同无法履行的巨大风险。财预〔2017〕87号文的出台，是对地方政府滥用“政府购买服务”现象的当头棒喝，借“政府购买服务”之名，行“基础设施建设”、“政府变相举债”之实的路径将被彻底堵死。

在本次通知中，财政部对政府购买服务的改革方向、实施范围、预算管理、合同内容和信息公开五个方面，对规范政府购买服务管理提出了要求，笔者依次从这五个方面进行具体解析。

一是要“坚持政府购买服务改革正确方向”。党的十八届三中全会《决定》中提出，推广政府购买服务，凡属事务性管理服务，原则上都要引入竞争机制，通过合同、委托等方式向社会购买;适合由社会组织提供的公共服务和解决的事项，交由社会组织承担。因此，政府购买服务改革是全面深化改革这盘大棋排兵布阵的组成部分，其改革方向一方面是推进政府职能的转变，另一方面是培育社会组织力量、引导社会组织专业化发展。如果对政府购买服务的改革方向理解不透彻，就难免会出现地方政府利用这种模式进行工程建设、融资举债的情形，这与国家推广“政府购买服务”的初衷背道，仍然是政府主导、政府大包大揽，背离政府职能转变、社会组织发展壮大的正确方向。

二是要“严格按照规定范围实施政府购买服务”。本次通知中明确提出要严格按照《政府采购法》确定的服务范围实施政府购买服务，不得将货物和建设工程作为政府购买服务项目。对于法律人来说，法律、法规、政策的适用范围是我们首先会关注的基础性问题。关于政府购买服务的范围，法律法规和政策文件中有如下规定：

(一)《政府采购法》将采购对象划分为货物、工程、服务三类，并规定“本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。本法所称工程，是指建设工程，

包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。”工程和工程是截然不同的政府采购对象，将“政府购买服务”扩大到建设工程领域明显违反了《政府采购法》的规定。

(二)国务院办公厅《关于向社会力量购买服务的指导意见》(〔2013〕96号)规定：政府向社会力量购买服务的内容为适合采取市场化方式提供、社会力量能够承担的公共服务，突出公共性和公益性。教育、就业、社保、医疗卫生、住房保障、文化体育及残疾人服务等基本公共服务领域，要逐步加大政府向社会力量购买服务的力度。非基本公共服务领域，要更多更好地发挥社会力量作用，凡适合社会力量承担的，都可以通过委托、承包、采购等方式交给社会力量承担。对应当由政府直接提供、不适合社会力量承担的公共服务，以及不属于政府职责范围的服务项目，政府不得向社会力量购买。

(三)财政部《关于印发〈政府购买服务管理办法(暂行)〉的通知》(财综〔2014〕96号，以下简称《政府购买服务管理办法(暂行)》)中指出：“本办法所称政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和社会单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用。政府购买服务范围应当根据政府职能性质确定，并与经济社会发展水平相适应。属于事务性管理服务的，应当引入竞争机制，通过政府购买服务方式提供。”

(四)2015年3月1日起实施的《政府采购法实施条例》第二条对《政府采购法》中的“服务”的范围作出了解释：“政府采购法第二条所称服务，包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。”在《政府采购法实施条例》颁布之前，对于政府购买服务是否包含公共服务存在争议。为推进政府购买服务改革的实施，《政府采购法实施条例》明确了政府购买服务的范围不仅包括政府内部所需的服务，也包括政府向外提供的公共服务。

以上法律、法规和政策性文件中涉及两个重要概念，“政府采购服务”和“政府购买服务”，两者只有一字之差，有什么区别与联系呢？首先，“政府购买服务”属于“政府采购服务”的范围，是一种特殊类型的“政府采购服务”。“政府购买服务”强调的是政府将公共服务和其履职所需服务交由具备条件的社会力量和社会单位承担，而政府内部运转、管理所需的服务，如行政机关办公大楼的物业管理服务、办公设备的维修服务、人员体检服务等，虽然属于“政府购买服务”范围，但并不属于

“政府购买服务”范围。其次，“政府购买服务”不仅适用法律、法规、政策性文件中关于“政府采购服务”的一般性规定，而且还要适用于“政府购买服务”的特别规定，如需要适用上文中提到的《政府购买服务管理办法(暂行)》，但其他类型的“政府采购服务”则无需适用针对“政府购买服务”的特别规定。

此外，本次通知中还首次强调，“严禁将建设工程与服务打包作为政府购买服务项目。严禁将金融机构、融资租赁公司等非金融机构提供的融资行为纳入政府购买服务范围。”如前所述，《政府购买服务管理办法(暂行)》定义为除“货物和工程以外的其他政府购买对象”，这一规定并未明确如果将工程和工程完工后的维保服务捆绑进行采购，是属于采购工程还是服务，所以给予了一些地方政府钻空子的空间，将建设工程和服务打包后将采购对象定性为“服务”，此次财政部明令禁止这种打包行为，是对《政府采购法》基本立场的重申，因为政府采购工程与采购服务相比，需要遵循更加严格的程序，如通过此种方式就能轻易改变采购对象的定性，工程与服务的划分将失去意义，对于政府购买的管理将会失控。对于金融机构和非金融机构的融资行为，此前也有观点认为属于社会组织提供服务的范畴。笔者认为当我们在“政府购买服务”语境下去考量金融机构和非金融机

构的融资行为，实际上就是这些机构为政府提供资金，本质上还是政府借钱，如果认为是政府向这些机构购买“融资服务”，那就是政府花钱来买钱，不符合逻辑。而且，根据国务院办公厅《关于向社会力量购买服务的指导意见》的规定：“不属于政府职责范围的服务项目，政府不得向社会力量购买”，而“融资服务”是一种商业服务，并不在政府职责范围内，所以由此可知，金融机构和非金融机构的融资行为的确不属于政府购买服务的范围。

三是要“严格规范政府购买服务预算管理”。《政府采购法》第六条规定：“政府采购应当严格按照批准的预算执行。”另外，国务院办公厅《关于向社会力量购买服务的指导意见》中也规定“政府向社会力量购买服务所需资金在既有财政预算安排中统筹考虑。随着政府提供公共服务的发展所需增加的资金，应严格按照预算管理要求列入财政预算。要严格资金管理，确保公开、透明、规范、有效。”因此“政府购买服务”必须严格遵循先预算、后购买的要求，但实际上确实存在不规范操作的行为。一些政府购买服务项目，特别是将工程和服务打包的“伪政府购买服务”项目，往往是在未纳入预算的情况下，先采购、再申请增加财政支出。这种临时性、随意性的做法，无疑违反了国家对财政预算和采购管理的规定。此次财政部再次强调预算管理，旨在制

止此类不规范行为的抬头之势。

四是要“严禁利用或虚构政府购买服务合同违法违规融资”。财政部并不禁止承接主体合法合规的使用政府购买服务合同向金融机构融资，只是禁止政府部门利用或虚构政府购买服务合同进行违法违规的融资行为，具体包括以下几种情况：地方政府及其部门不得利用或虚构政府购买服务合同为建设工程变相举债，不得通过政府购买服务向金融机构、融资租赁公司等非金融机构进行融资，不得以任何方式虚构或超越权限签订应付(收)账款合同帮助融资平台公司等企业融资。

五是要“做好政府购买服务信息公开”。《政府购买服务管理办法(暂行)》第三十六条规定：“财政部门在购买主体应当按照《中华人民共和国政府信息公开条例》《政府采购信息公告管理办法》以及预算公开的相关规定，公开财政预算及部门和单位的政府购买服务活动的公开信息，涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的信息除外。”在本次通知中，财政部对信息公开的范围进行了细化，包括政府购买服务内容、购买方式、承接主体、合同金额、分年财政资金安排、合同期限和绩效评价等。只有做好信息公开工作，才能达到财政部在通知末尾提出的“坚决防止借政府购买服务名义进行利益输送等违法违规行为”的效果。因为在实际中，确实存在个别地方政府以政府购买服务名义，

通过单一来源采购方式直接确定某些事业单位、国有企业为承接主体，变相进行利益输送，让购买服务演变成一种政府财政资金左右口袋掏钱的游戏。

此次对“政府购买服务”行为的纠偏，对PPP模式的推广是一种利好。与PPP模式相比，“政府购买服务”不需要两个报告和实施方案的论证、审核流程，没有政府支出责任不超过一般公共预算支出10%的限制，其他方面也更加灵活，因此这种模式更容易得到一些地方政府的“青睐”。但本次通知的出台，使得打“政府购买服务”擦边球已行不通，进而给PPP模式的发展留出了更多空间。

“国伟仲裁”系列(九)

仲裁与第三人

□文/顾国伟

一项建设工程可能会涉及建设单位、发包人、总包人、分包人、转包人、挂靠人等多方当事人及多份合同，这些合同之间又有着紧密联系，如果一个环节出了问题，则会产生连锁反应。例如，发包人拖欠总包人工程款，总包人转而拖欠分包人工程款，分包工程质量出现问题，发包人向总包人追责，总包人转而向分包人追责。

我国《合同法》第272条第2款规定：“总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。”最高法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第26条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”上述两种情况，即发包人直接向分包人追究质量责任，及实际施工人直接向发包人追究工程款，突破了合同相对性，由于缺乏仲裁协议而无法使用仲裁手段，只能通过诉讼途径实现。

除这两种情况外，比如发包人向总包人就分包工程的质量问题索赔，由于分包人对分包工程的施工情况最为清楚，发包人与总包人案件的审理对其有直接利害关系，总包人会将裁判结果作为依据向分包人主张权利，因此分包人希望加入到发包人诉总包人的案件中来。但如果约定了仲裁，分包人作为第三人加入案件可能会遇到障碍。

原因是，仲裁没有第三人制度，这是仲裁最大的缺陷或者说是局限性。由于仲裁是协议管辖，仲裁庭审理案件的权限来源于当事人之间的仲裁协议。如果第三人不是仲裁协议的一方，则无法加入到仲裁中来，除非三方达成新的仲裁协议。如果仲裁协议由三方或多方当事人共同签订，则对于其中两方的仲裁，其他方就有可能加入进来。我们可以看一下中国国际贸易仲裁委员会仲裁规则第18条第1款的规定：“在仲裁程序中，一方当事人依据表面上约束被追加当事人的案涉仲裁协议可以向仲裁委员会申请追加当事人。在仲裁庭组成后申请追加当事人的，如果仲裁庭认为有必要，应在征求包括被追加当事人在内的各方当事人的意见后，由仲裁委员会作出决定。”是否同意追加当事人由仲裁委作出决定，但前提是追加的当事人也是案涉仲裁协议的一方，换句话说，不是案涉仲裁协议的当事人是不能被追加的。所以，仲裁中的追加当事人与诉讼中的追加第三人存在较大的不同，两者不能混淆。

而且，追加当事人对先前进行的仲裁程序的“破坏力”比较大。例如被追加的当事人享有选定仲裁员的权利，在仲裁庭已经组成的情况下，如果被追加的当事人不同意已经组成的仲裁庭人选，则其仍有权选定仲裁员，进而导致仲裁庭需要重新组成，仲裁程序几乎是推倒重来。因此实践中，在仲裁庭组成后的追加当事人还是较少得到使用的。国际商会仲裁院的仲裁规则第7条干脆直接规定“确认或任命任何仲裁员之后，不得再追加仲裁当事人，除非包括追加当事人在内的全体当事人另行同意。”(未完待续)

建筑法苑



主编：孙贤程
本报建设法律
咨询服务工作室
联系电话：021-63212799
传真：021-63210873
地址：上海青浦路口588号18楼
邮编：200433
E-mail:sunxiancheng@sina.com
联系人：孙贤程
手机：18917063164

某典型国际工程工期纠纷案

本案系某总包与某分包之间建设工程施工合同纠纷案。工程所在国为某发达国家，总包与业主共同采用了99版FIDIC施工合同条件，为了转移风险，总包与分包亦通过“背靠背”地套用了99版FIDIC施工合同条件。双方约定：合同价款为人民币12000万元(当地货币折合为人民币)；工期为500日历天；工期顺延的具体事由包括：不可抗力、总包通知暂停施工情形；工期及费用索赔程序，其中，专用条款第24.5款约定，若分包没有在知道或者应当知道索赔事件发生后的21天内发出索赔意向通知，则视为放弃索赔的权利；工期每延误一天需要按照合同价款的万分之三承担违约金，但最高不超过合同价款的10%；总包提供图纸具体套数；等等。

由于多种原因，工期发生延误，延误天数高达390天。分包提起仲裁请求，其中，要求赔偿工期延误损失1300余万元。分包举证证明，总包提供施工图纸延误，在合同约定的竣工日期以后，仍在提供施工图纸，且总包发出多版图纸，有些工程图纸版本甚至多达十八版，该情形导致工期延误；总包拖延支付工程进度款，导致工期延误。对此，总包从以下四个层次展开答辩：(1)分包所主张的工期延误原因缺乏事实依据，即证据无法证明待证事实；(2)分包主张的工期延误原因不属于合同约定的工期索赔事由，施工图纸提供延误及拖欠工程款均不属于工期及费用可以获得索赔的事由；(3)分包未按FIDIC合同条件约定的时间及程序提出索赔，工期及费用索赔权利丧失；(4)分包由于诸如劳动力不足、挪用分包工程款导致混凝土、钢筋断供等事由导致工期延误。

此后，总包提起仲裁反请求，其中，要求分包支付逾期竣工违约金1200万元。总包举证证明，合同约定的开、

以工期纠纷为视角看律师代理国际工程仲裁案件的要求

文/周吉高 徐赞琪

竣工日期以及实际开、竣工日期。分包对该反请求之答辩主张如本请求之主张，即由于总包图纸延误、拖欠工程进度款导致工期延误，责任在于总包。

争议焦点归纳方式与异同

关于分包赔偿工期延误损失之本请求，争议焦点一般可以采用两种归纳方式，一种归纳方式是工期延误原因是什么，导致工期延误的责任在于总包还是分包，索赔的费用是否成立；另一种归纳方式是工期延误原因是什么，延误原因是否属于合同约定的工期延误及费用索赔的事由，分包是否按合同约定的程序提出了工期及费用索赔，索赔的费用是否成立。

关于总包逾期竣工违约金之反请求，争议焦点一般也有两种归纳方式，一种归纳方式是工期延误原因是什么，导致工期延误的责任在于总包还是分包；另一种归纳方式是工期延误的原因是什么，延误原因是否属于合同约定的工期延误及费用索赔的事由，分包是否按合同约定的程序提出了工期及费用索赔，索赔期限能否覆盖实际延误的天数。

综上所述，无论是分包的本请求还是总包的反请求，第一种归纳方式侧重于从定性角度认定工期延误的责任方。第二种归纳方式则既强调合同约定，又强调举证责任分配以及证明标准。

关于分包的本请求，有关索赔的费用是否成立；关于总包的答辩主张，有关索赔期限能否覆盖实际延误的天数，则系强调了举证责任的分配与证明标准。

关于总包的答辩主张，有关索赔的费用是否成立；关于总包的答辩主张，有关索赔期限能否覆盖实际延误的天数，则系强调了举证责任的分配与证明标准。

关于总包的答辩主张，有关索赔的费用是否成立；关于总包的答辩主张，有关索赔期限能否覆盖实际延误的天数，则系强调了举证责任的分配与证明标准。

不同的争议焦点归纳方式，本质上体现了两种不同的裁判思路。第一种争议焦点归纳方式体现了第一种裁判思路，即关于工期纠纷的裁判，只要从定性角度认定工期延误的责任方即可；第二种争议焦点归纳方式体现了第二种裁判思路，即关于工期纠纷的裁判，不仅要定性角度认定工期延误的责任方，还需要从合同的约定以及举证责任的分配和证明标准的角度做出认定。

显然，本案若采用第一种裁判思路，则很容易认定工期延误的责任在于总包，特别是图纸延误(假设能够获得证明)，更甚的是，在合同约定的竣工日期届满之日，仍在提供施工图纸，关于总包逾期竣工违约金之反请求将无法获得支持，而关于分包工期延误损失之本请求将可能被支持。

本案若采用第二种裁判思路，则因图纸延误(暂不论该事实能否获得证明)既不属于工期及费用索赔的事由，分包也未举证证明其在21天内提出工期及费用索赔，分包更无法证明延误的具体天数，故关于总包逾期竣工违约金之反请求将无法获得支持，而关于分包工期延误损失之本请求将难以获得支持。因此，

裁判思路不同，裁判结果几乎完全相反。

关于国际工程纠纷裁判思路的选择

不同的裁判思路，裁判结果几乎完全相反。何种裁判思路正确呢？很显然，第二种裁判思路既符合合同约定，也符合举证责任分配及证明标准的要求；而第一种裁判思路值得商榷，因为其既不符合合同双方的约定，又不符合举证责任分配及证明标准的要求。

但是，法院以及国内仲裁机构经常采用第一种裁判思路，考察其原因，不外乎两种，一种原因是比较同情施工企业或者实际施工人，认为工程完工了，则应该支付工程款，而不承担违约责任；对于同一国际工程纠纷案件，将会造成国内仲裁机构裁判结果，完全不同于境外仲裁机构仲裁结果，合同双方选择境内还是境外仲裁机构将导致不同的仲裁结果。

在“一带一路”国家战略下，我国建筑施工企业频频踏出国门，参与国际工程承包，国际工程承包纠纷不可避免，无论是国内法院还是国内仲裁机构在审理国际工程承包纠纷时，第一种裁判思路是否仍可以继续适用呢？显然，不宜沿用，而宜采用第二种裁判思路。否则，既违反了合同双方的约定，也不符合举证责任分配原则和证明标准的要求；对于同一国际工程纠纷案件，将会造成国内仲裁机构裁判结果，完全不同于境外仲裁机构仲裁结果，合同双方选择境内还是境外仲裁机构将导致不同的仲裁结果。