

92号文和192号文之后,PPP再谈判破裂谁最“伤”

文/李瑞升 周吉高

不容忽视的是,92号文和192号文对参与PPP项目提出了更高要求,严格根据政策文件进行整改时,再谈判内容将涵盖众多事项。由于每一项谈判的达成都依赖于各方的妥协、让步,政府方、社会资本方和以金融机构为代表的融资方可能因为各方面的利益考量,难以在本轮整改清理截止前完成再谈判工作。在面临抉择时,各方应当谨慎进行利益衡量——与达成谈判所需作出的妥协、让步相比,再谈判破裂带来的不利后果是否更为不利?在我们看来,PPP再谈判破裂的后果,不论对政府方、社会资本方、融资方,还是对宏观层面的社会经济影响,都极为不利。因此,与其“多败俱伤”,不如坐地协商。

一、再谈判的成功与破裂

首先应当明确的是,怎样的谈判结果能被称为“破裂”。在我们看来,谈判是否成功,应以是否实现合作各方的利益预期作为判断标准。

我们以谈判所涉事项的范围大小,将PPP再谈判分为广义的再谈判和狭义的再谈判。狭义再谈判是指在维持PPP模式的前提下,通过协商调整PPP合同中的建设期限、回报机制、合作期限、投融资责任分配等条款,推动PPP项目继续实施。广义再谈判涉及的事项范畴更广,不仅包括为维持PPP模式而对PPP合同相关条款的变更,还包括针对与PPP项目有关的施工、融资、担保协议的协商,以及因PPP模式难以继续开展时,就合作提前终止、合作模式转换等事宜进行的谈判。

故不论进行狭义再谈判或广义再谈判,只要各方为推进项目继续实施对PPP合同及相关施工、融资、担保协议达成变更方案,为停止实施项目而就相关协议的提前终止、资产清结及移交、补偿款与赔偿款的数额及支付方案等事宜达成合意,或为转换合作模式而对交易结构变更形成一致意见的,均在一定程度上有效实现了合作各方的利益安

排,属于成功的再谈判。因此,未能通过协商达成上述任何一项合意,甚至导致合作各方最终通过争议解决程序处理争端的,再谈判宣告破裂。

二、再谈判破裂在合作层面带来的不利后果

(一)对政府方造成的不利后果

1.项目“烂尾”

由于PPP项目属于政府负有提供责任的公共设施或公共服务项目,再谈判破裂导致项目停滞,最直接的后果是政府无法按原计划提供基础设施或公共服务,进而对政府信誉、行政人员考核等造成不利影响。并且,如果在建项目再谈判破裂,尚未竣工的项目工程将形成“烂尾工程”。这一方面将产生巨大安全隐患;另一方面,“烂尾工程”续建将涉及极其复杂的债权债务关系,非常耗时耗力,恐将成为地方政府的“一块心病”。

2.短期内财政支出责任激增

更重要的是,由于项目无法通过PPP模式或转换通过其他模式继续实施时,社会资本方必将针对已经投资形成的项目资产,要求政府方支付补偿款。如果双方未能就合同提前终止、资产清结移交、补偿款和赔偿款的数额及支付方案达成合意,最终进入争议解决程序,政府方将面临短期内支出责任激增的重大风险。

根据我们在《浅析PPP合同提前终止时政府方的补偿义务(一)》和《浅析PPP合同提前终止时政府方的补偿义务(二)》中的论述,由于PPP项目具有公共性和垄断性特点,社会资本方或项目公司实施项目必须经过政府部门授权。PPP合同提前终止后,社会资本方不应继续实施项目,政府应终止授权并收回具有公益属性的项目资产。从合同法角度看,由于合同解除后发生恢复原状的法律效果,但PPP项目资产往往难以拆除、移动,只能交由政府方所有。

政府方自然需要支付与资产价值相符的补偿款。因此,不论何种原因导致PPP合同提前终止,政府方均应针对已经形成的项目资产,向社会资本方或项目公司支付补偿款。当然,这并不影响守约方要求违约方承担违约责任,补偿与赔偿并行不悖。

由于《政府和社会资本合作项目管理暂行办法》第12条第1款将“因政府方原因导致项目合同终止导致的财政或有支出”作为风险承担支出责任,并未考虑因社会资本方、不可抗力原因导致合同终止时,政府同样负有财政支出责任。故绝大多数PPP项目的财政承受力论证,均未将政府在合同提前终止后负有的补偿义务作为财政或有支出予以充分考虑。因此,再谈判破裂时,政府方往往需要在短时间内支付数额惊人的补偿款项,这很可能超出其现有财政能力,甚至导致政府方在接下来数年的时间内持续财政吃紧。这显然是地方政府难以承受的重大财政风险。

(二)对社会资本方造成的不利后果

1.投资本金和预期收益难以获得

PPP再谈判破裂对社会资本方带来的伤害更显而易见。一方面,社会资本方显然无法再获得项目预期收益。另一方面,对于已经投入项目并形成投资额的资产,需由政府方通过补偿款的形式返还。但如我们在上文的叙述,政府方几乎没有能力立即支付该等补偿。并且,由于PPP项目资产均涉及公共利益,社会资本方或项目公司无法通过资产拍卖的方式变现受偿。因此,除丧失投资回报,社会资本方已经投入的资金还需经过相当长的一段时间才能被返还,甚至存在最终无法被偿付的重大风险。

2.连环违约责任

项目提前终止且政府方无法按时支付补偿款时,一系列连锁反应将接踵而至。

首先,由于融资协议往往将项目异常作为债务加速到期的约定情形,且社会资本方很可能已就项目公司债务向融资方约定承担担保责任。再谈判破裂后,社会资本方很可能需要针对项目公司无法偿还的债务,向金融机构等融资方承担担保责任。

其次,对于占据PPP项目社会资本绝对优势的建筑施工企业而言,在“两招一投”的背景下,施工企业既是社会资本方,也是项目施工方。在建项目再谈判破裂后,政府方将停止支付财政补贴,融资方也不会继续提供资金,施工企业将承受巨大资金压力。这将直接影响施工企业向下游分包商、材料设备供应商和建筑工人等支付相关款项,甚至导致自身承担分包合同、材料设备采购合同、劳务合同项下的违约责任。

(三)对金融机构等融资方造成的不利后果

对于为PPP项目提供融资的银行、基金公司、信托公司等金融机构而言,尽管其并不直接承担项目失败风险,但因大部分融资款项的偿付均最终取决于政府方支付财政补助。在政府财政紧张的情况下,如果社会资本方流动性减弱甚至丧失偿债能力,项目失败的风险将最终传导至融资方。

三、再谈判破裂在宏观层面带来的不利后果——呼吁政府引导再谈判

除在合作层面对政府方、社会资本方和融资方造成多重伤害,如果各方不重视PPP再谈判,各级政府不引导、鼓励再谈判,以致出现大规模的再谈判破裂情形,社会经济发展等宏观层面的利益、秩序将因此“遭受创伤”。

首先,再谈判破裂将严重损害公共利益。尽管再谈判自身存在一定成本,例如谈判往往需要耗费一定时间,且谈判结果往往伴随着政府补贴责任的提高。但相比项目停滞、“烂尾”带来的安全隐患,产生的维护成本和后续巨额处理成本,再谈判耗费和增加的成本应

当是更少的,且成功的再谈判还可通过新增社会效益弥补成本亏损。

其次,大规模的再谈判破裂将直接影响我国社会经济平稳发展。经济新常态下,基础设施建设是地方政府扩大消费需求、消化过剩产能、引导城镇化进程、促进地方经济发展的重要措施之一。大规模的再谈判破裂将直接导致一大批在建项目停工、甚至“烂尾”,将对地方经济发展造成负面影响。对于积极发展PPP项目的中西部欠发达城市而言,这种影响更为严重,并将使得2017年中央经济工作会议提出的“实施区域协调发展战略”受到阻碍。

再次,大规模的再谈判破裂,将使原本正在改善的地方政府融资模式再次回归混沌。我国自2014年起大力推行PPP模式的直接目的在于“拓宽城镇化建设融资渠道,促进政府职能加快转变,完善财政投入及管理方式”。相比土地财政、四万亿计划、政府平台融资、政府购买服务等经济政策工具,PPP模式是负面作用最小的经济政策。尽管由于法规不健全、政策不连续、操作不规范等原因,PPP模式在我国发展的过程中产生了这样或那样的问题,但在促进信息公开、提高投资效率、推动国家治理现代化、加强地方债务监管等方面,PPP模式有着其他经济政策不具备的优点。PPP模式大规模破裂将直接挫伤地方采用PPP模式的积极性,甚至宣告这一模式在高歌猛进路途中的“猝死”。然而,模式可以变化,地方政府因经济需求产生的融资需求不会改变,再谈判破裂的已开工项目终须完成,地方政府是否会重走BT、平台、购买服务的老路,还是在财政部的诸多限制中

“剑走偏锋”“铤而走险”,犹未可知。

最后,大规模的再谈判破裂极有可能导致金融风险扩大甚至扩散。截至去年9月末,全国入库项目合计14220个、投资额17.8万亿元,其中已落地项目2388个、投资额约4.1万亿元。由于PPP项目多采用设立基金的方式融资,且资金通常最终来源于银行理财产品。如果因大规模再谈判破裂导致已落地项目大量停摆,在政府无法及时支付补贴、补偿款,社会资本方难以承担担保责任的情况下,PPP项目失败的风险将转化为金融风险。在高杠杆率融资的情况下,这种风险将被数倍甚至数十倍地放大。大规模再谈判破裂如果带来万亿级金融风险,将是一项不容小觑的挑战。

结语

应当认识到,再谈判是完成当前PPP项目整改工作的解决之道,是政府方、社会资本方和融资方避免遭受更大损害的补救措施,也是避免宏观经济发展受阻的一大措施。各方均应认识再谈判的重要性,建立合作信任。政府方要当好“公共产品提供者”,不要惧怕社会资本方获得收益,要积极引导、推动再谈判,在必要时向社会资本方合理让利;社会资本方应将自身定位为“长期合作方”,通过自身技术、管理、资金优势提供更好的公共服务,而非一味追求利润并排除风险,要推动、配合再谈判,且不应提出过分的利益诉求;金融机构应保持财务管理投资者的身份,不过多插手项目财务、运营工作。只有拧成一股绳,PPP项目才能真正成为“合作”的桥梁,并最终克服当前政策环境下的种种不利。

法院判决绝非“法律白条”

——陕西延安中院执结一起时间跨度近20年欠薪案

文/贾明会 王静

“今天,我终于明白了一个道理:法院判决绝非‘法律白条’,只要‘老赖’有财产,执行法官总有办法把钱要回来。”在陕西省延安市中级人民法院,申请执行人王书义说。这是一段艰辛的讨债路,时间跨度将近20年。

讨不回的工程款

1997年,河南项城人王书义作为河南一建筑公司下属分公司负责人,带领农民工在陕西省延安市市长县承包西气东输工程,承包了其中的维修间、消防泵房等19项建筑项目。但工程结束验收后,项目方某国家级建设公司(以下简称建设公司)既不愿意及时时进行工程结算,更不愿意按照合同约定支付工程款。

在王书义的脑子里,“欠债还钱”是天经地义的事,然而有些人就是不按规矩办事。

一开始,建设公司主管工程结算的负责人在电话里还能以礼相待,但一涉及实质性问题就互相搪塞和推诿,这样的软对抗让王书义一时无计可施。

看来打电话不能解决问题,只能当面讨个说法了。从1998年开始,王书义放弃了其他

工程,放弃了所有节假日,成为讨薪“专业户”。

“不是去讨薪的路上,就是在被执行人的工地上苦苦等候;没有时间概念,只抱着一个信念,那就是不能看着179名为我干活的农民工无法养家糊口。”王书义说。

被执行人的工地搬到哪里,倔强而坚强的王书义就跟进到哪里。新疆、内蒙古、山西……都留下了他的足迹。对方先后更换了六茬儿负责人,他就与每位负责人周旋到对方厌烦为止。过几天再去找、再去要,总想以自己的真诚和面临的困境打动对方,但总是无功而返。

王书义透露:在将近20年的讨薪时间里,他不得不卖掉自己的车子、房子,用来支付拖欠的农民工工资。为了省钱,不得不啃馒头就自来水,晚上睡大马路,甚至连一元钱的公交车都舍不得坐。他用双脚丈量着实现理想的距离,但似乎难以看到目标。随着时间的流逝,他从一个40多岁的阳刚中年人,变成一个身患心脏病的年近古稀之人;自己的老伴因得不到及时照顾,也不幸患上癌症……

“我从1998年开始讨要工程款,没想到要了快20年。艰难的讨薪路让我患

上了严重的心脏病,如果再不回来,我就是死也不会瞑目的……”68岁的王书义哭诉道。

执行法官的智勇

在历经磨难依然看不到希望时,王书义终于被迫走上了诉讼维权之路。

2015年12月12日,延安市中级人民法院判决建设公司15日内一次性清偿拖欠王书义的工程款及利息等255万元。2016年8月16日,陕西省高级人民法院作出驳回上诉维持原判的终审判决。

但让王书义没有想到的是,建设公司拒不履行法院判决,拖欠的工程款依然迟迟不予支付。2017年2月8日,王书义向延安中院申请强制执行。

延安市中级人民法院执行法官急当当事人之所急,当即予以受理,及时询问申请人具体情况,因案制宜制定了多套执行方案。当通过网络查询得知被执行人在陕西省境内并无可供执行的财产时,执行法官没有采取简单的委托执行方法,果断决定赴异地强制执行。当执行法官查明被执行人在沧州的两个银行账户分别有存款17.4万元和38万元时,执行法官带领法警及时赶赴河北沧州,直接将上述款项全部划拨,当即交还给王

书义以解其燃眉之急。

初战告捷,但距离全部执行到位还有很大差距。

执行法官再次监控到被执行人在某银行有存款1600余万元,但等到清明节假后上班实施冻结时,发现该笔款项已被提走。为了惩戒被执行人的抗法行为,延安中院遂依法将其纳入失信被执行人名单,并作出罚款60万元的决定。

之后,延安中院执行法官再次赶赴河北执行,但被执行人经常发生交易的多个账户名下几乎没有余额,案件执行再次陷入困境。执行法官改变思路,从该公司纳税账号入手,从交易明细中查找与之频繁发生交易的账户,定点临柜查询,最终在锁定的两个银行账户中查询到上千万存款,发出协助法律文书后依法划拨了被执行人应支付的执行案款。

至此,通过延安市中级人民法院法官的精心策划和不懈努力,行程8000多公里,历时几个多月,255万元的执行案款全部执行到位,对被执行人的60万元罚款也执行完毕。

日前,王书义专程从河南赶到延安中院,从执行法官手中接过拖欠的剩余工程款支票后热泪盈眶,发自内心的对执行法官说出了本文开头的话。



本案债权人的抵押权是否消灭?

文/汲小伍

债权人在主债权诉讼时效期间未行使抵押权,抵押权是否消灭?近日,重庆黄龙法院公开宣判该起抵押权纠纷案,判决驳回原告黄龙发展公司和扶风建筑公司的诉讼请求。

2005至2007年期间,黄龙发展公司以自有财产作为抵押物为其及高成、李琴、李萍、王文、王安在中国农业银行某支行贷款,被告中国农业银行某支行合法取得抵押权。虽然各笔主债权的诉讼时效均已届满,且无中止、中断情形,被告在主债权诉讼时效期间未行使抵押权,其虽丧失请求人民法院保护抵押权的权利,但抵押权并未消灭,故原告黄龙发展公司请求返还房屋产权证、土地使用证、他项权利证等抵押手续于法无据。遂依照《中华人民共和国物权法》相关规定作出上述判决。(文中名称均为化名)

至法院要求其将抵押的房屋产权证、土地使用证、他项权利证等抵押手续全部归还黄龙发展公司。

法院审理后认为,黄龙发展公司以自有财产作为抵押物为其及高成、李琴、李萍、王文、王安在中国农业银行某支行贷款,被告中国农业银行某支行合法取得抵押权。虽然各笔主债权的诉讼时效均已届满,且无中止、中断情形,被告在主债权诉讼时效期间未行使抵押权,其虽丧失请求人民法院保护抵押权的权利,但抵押权并未消灭,故原告黄龙发展公司请求返还房屋产权证、土地使用证、他项权利证等抵押手续于法无据。遂依照《中华人民共和国物权法》相关规定作出上述判决。

(上接第1版)《管理办法》进一步规定除合同约定的变更调整部分外,合同固定价格一般不予调整。除双方合同明确约定外,建设单位不得将工程总承包项目的审计结论作为结算依据。

亮点五:统一并明确了发标阶段和条件

《管理办法》征求意见稿第八条规定:建设单位应当在发标前做好工程项目前期工作,自行或者委托设计咨询单位对工程项目建设方案深入研究,在可行性研究、方案设计或者初步设计完成后,在项目范围、建设规模、建设标准、功能需求、投资限额、工程质量和进度要求确定后,进行工程总承包项目发标。

目前各地实践中对发标阶段和条件规定并不完全一致,通常在项目立项可研批复或完成阶段、方案设计或初步设计审批三个阶段均允许采用工程总承包模式发标,有些地区如湖南、浙江并不接受项目立项可研批复或完成阶段的工程总承包发标。

结合房屋建筑和市政基础设施项目的特征,及政府与社会资本合作项目工程总承包的(PPP+EPC)实践需要,《管理办法》规定在可行性研究、方案设计或初步设计完成三个阶段期间均可以进行工程总承包发标。

同时,考虑到工程总承包业主需求、项目风险分配和固定总价等特性,特别强调无论在哪一个阶段发标,均需要项目范围、建设规模、建设标准、功能需求、投资限额、工程质量和进度要求确定后才能进行发标。

亮点六:明确了项目前期咨询服务企业可以在发标人公开咨询服务成果的前提下参与工程总承包项目的投标

征求意见稿第十一条规定:招标人公开发标前完成可行性研究报告、勘察设计文件的,发标前的可行性研究报告编制单位、勘察设计文件编制单位可以参与工程总承包项目的投标。

对于前期咨询和设计单位能否参与同一项目的工程总承包投标,各地方规定存在完全相反的不同态度,在前期调研期间市场主体也普遍关心这个问题。

《管理办法》起草过程中也存在两种观点,一种认为考虑到可能涉嫌不正当竞争,不应予以支持;另一种观点认为允许前期咨询服务企业参与工程总承包项目投标更有利于实现业主的项目需求。

最后专家组讨论认为,结合国际上允许前期咨询服务企业参与工程总承包项目投标的惯例,而且前期咨询服务企业在提供前期设计任务书、可行性研究报告、建筑策划等服务的基础上,更能准确理解业主的项目需求和投资控制、质量管控的要求,允许前期服务企业参与工程总承包项目投标,有利于业主需求的更好实现,有利于培育和推进传统设计企业向工程总承包的工程公司转型。

但同时考虑到对其他投标人存在不正当竞争的可能性,为了避免影响其他投标人的投标积极性和竞争充分性,进

一步规定前期咨询服务企业需要在招标人公开发标前完成的可行性研究报告或勘察设计的文件基础上才能进行投标,这样有助于保证所有投标人均在同等条件下竞标。

亮点七:在现有法律框架下,明确允许设计或施工总承包单位可进行专业分包

《管理办法》征求意见稿第二十四条规定:工程总承包单位分包的设计总包单位或者施工总承包单位,根据与工程总承包单位的合同约定或者经工程总承包单位同意,可以将其承包范围内的非主体部分分包给具有相应资质的单位。

《建筑法》29条第3款规定“禁止分包单位将其承包的工程再分包”,由此工程总承包模式下的施工分包单位进行专业分包是否属于建筑法二十九条第三款禁止的“二次分包”问题,在理论界和司法界一直存在理解上的争议。

有些法官单纯从字面理解,认为EPC模式下,如果设计单位作为工程总承包商时,其将施工分包给施工总承包单位,属于分包法律关系,此时施工总承包单位如再进行分包就属于法律禁止的二次分包。但是纵观建筑法的规定,建筑法同时规定了施工总承包和工程总承包,且法律允许施工总承包单位将其承接工程的非主体结构进行专业分包。

而且,从工程实践看EPC项目规模、投资都较大,且无论是房建还是市政项目都涵盖了众多专业工程,施工总承包单位往往并不具备这些专业工程的施工资质,如果不允许EPC项下施工总包单位进行专业分包,将对工程质量、安全、进度、造价控制等带来极为不利的后果。

所以结合专家组和法律界专家的意见,《管理办法》征求意见稿明确了工程总承包项下的设计总包或施工总包单位可以将非主体工程进行分包,将专业的事交给专业的人去做,更好实现发包人工程总承包合同的项目需求。

亮点八:明确施工图分阶段审查,使工程总承包设计施工采购深度融合交叉作业有了相应保证

《管理办法》征求意见稿第二十五条规定:工程总承包项目按照法律法规规定应当进行施工图审查的,可以根据项目实施情况,分阶段审查施工图。

传统的设计、施工相分离的模式下,需要按部就班进行项目实施,项目的全部施工图设计文件审查通过,才能办理施工图许可证,否则就属于违法施工。但工程总承包模式因其核心特征在于设计、采购、施工深度融合,设计、采购、施工都属于工程总承包单位的承包范围,工程总承包单位可以进行总协调、总管控,分阶段设计、施工、采购的融合交叉,有助于节约工期、成本控制,有利

十大亮点彰显工程总承包监管思路

于工程质量管理。

所以《管理办法》规定可以分阶段审查施工图并办理施工许可证。当然这种深度融合和协调管理能力,对工程总承包单位的组织机构、管理体系、复合型人才的要求都将提出更高的要求。

亮点九:从工程总承包商负总责角度,规定了建设单位、工程总承包单位、分包单位的质量、安全、工期责任

《管理办法》征求意见稿第二十六条、第二十七条、第二十八条分别规定了工程总承包项目的质量责任、安全责任、工期责任。

虽然《建筑法》《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》等法律法规均提到了工程总承包模式,但在具体质量、安全、工期责任上更多的是指向设计、施工、监理、业主等单位,并没有明确提及工程总承包单位。

为了清晰体现工程总承包模式下的“总包负总责”特征,《管理办法》对于工程总承包项目业主、总包单位、分包单位的质量、安全、工期责任分别进行了规定,明确并强化了工程总承包单位对质量、安全、工期的全面责任。工程总承包单位应加强对设计、采购、施工管理和协调,确保项目的质量、安全和进度可控。

亮点十:规定了不具备安全生产许可证的工程总承包商的安全生产管理考核机制

《管理办法》征求意见稿第三十三条规定:工程总承包单位不具备施工资质和安全生产许可证时,工程总承包单位主要负责人、项目经理和专职安全生产管理人员应当取得相应的安全生产考核合格证。

安全生产一直是建筑业管理和治理过程中的重中之重,工程总承包项目的安全生产管理需要常抓不懈,传统施工总承包模式下,施工企业需要具备安全生产许可证才能进行项目的承包和施工,具备施工资质的单位承接工程总承包项目时也必须同时具备安全生产许可证。

但是仅具备设计资质的单位,目前尚不能取得安全生产许可证。《管理办法》参照《建筑施工企业主要负责人、项目负责人和专职安全生产管理人员安全生产管理规定》,规定工程总承包单位不具备施工资质和安全生产许可证时,工程总承包单位主要负责人、项目经理和专职安全生产管理人员应当取得相应的安全生产考核合格证。

当然,要求设计单位安全生产管理人员取得安全生产考核证书,目前还缺乏明确的法律依据,建议主管部门尽快修订《建筑施工企业主要负责人、项目负责人和专职安全生产管理人员安全生产管理规定》,增加规定设计单位或工程总承包单位的安全生产管理人员参照该规定执行。