

# 深圳市律师协会律师办理政府与社会 资本合作项目为政府方提供法律服务 业务操作指引

## 目 录

### 第一章 总则

第一节 制定目的与依据

第二节 定义与解释

第三节 政府和社会资本合作模式概述

第四节 政府方的权利与义务

第五节 律师为项目政府方提供法律服务

### 第二章 政府和社会资本合作项目筹备阶段法律服务

第一节 项目筹备阶段政府方工作概述

第二节 项目实施机构资格审查

第三节 咨询机构的选定

第四节 特许经营方案的编制与审核

### 第三章 政府和社会资本合作项目采购阶段法律服务

第一节 项目采购前期

第二节 项目采购

第三节 协议的谈判与签署

### 第四章 政府和社会资本合作项目实施阶段法律服务

第一节 实施阶段法律服务概述

第二节 项目公司组建与融资法律服务

第三节 项目立项文件编制与审查服务

第四节 项目建设法律服务

第五节 项目运营法律服务

## 第五章 政府和社会资本合作项目移交阶段法律服务

第一节 项目移交工作概述

第二节 项目移交法律服务

## 第六章 政府和社会资本合作项目协议再谈判阶段法律服务

第一节 协议再谈判阶段法律服务概述

第二节 协议再谈判的开展

## 第七章 律师办理政府和社会资本合作项目的法律服务风险防范

第一节 项目法律服务的风险描述

第二节 项目法律服务的风险防范措施

## 第八章 附则

## 第一章 总则

### 第一节 制定目的与依据

#### 第一条 制定目的

为实现深圳市执业律师服务政府和社会资本合作项目的规范化，提高服务质量和水平，防范律师执业风险，在总结律师办理政府和社会资本合作项目过程中，为政府方提供法律服务实务经验基础上制定本指引，供律师借鉴参考。

#### 第二条 制定依据

本指引主要依据《中华人民共和国民法典》《基础设施和公用事业特许经营管理办法》《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724号，下称“发改委2724号文”）《传统基础设施领域实施政府和社会资本合作项目工作导则》（发改投资〔2016〕2231号）《国家发展改革委关于鼓励民间资本参与政府和社会资本合作（PPP）项目的指导意见》（发改投资〔2017〕2059号）《国家发展改革委关于依法依规加强PPP项目投资和建设管理的通知》（发改投资规〔2019〕1098号，下称“发改委1098号文”）《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见》（国办函〔2023〕115号，下称“国办函115号文”）《政府和社会资本合作项目特许经营方案编写大纲（2024年试行版）》（发改办投资〔2024〕227号）《政府和社会资本合作项目特许经营协议（编制）范本（2024年试行版）》《关于建立全国政府和社会资本合作项目

信息系统的通知》（发改办投资〔2024〕151号）等现行有效的法律、行政法规、部门规章和规范性文件而制定。

## 第二节 定义与解释

### 第三条 政府和社会资本合作项目相关定义

政府和社会资本合作项目中涉及的相关概念及其定义如下：

（一）政府和社会资本合作：指在基础设施及公用事业领域，政府为增强城市基础设施和公共服务供给能力，提高供给质量和效率，通过特许经营、股权合作等方式，与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作的关系。通常模式是由社会资本承担投资、建设、运营基础设施的大部分工作，并通过“使用者付费”等获得合理投资回报；政府部门负责基础设施及公共服务价格和质量监管，以保证公共利益的最大化。

（二）特许经营：指政府采用公开竞争方式依法选择中华人民共和国境内外的法人或者其他组织作为特许经营者，通过特许经营协议明确权利义务和风险分担，约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益，提供公共产品或者公共服务。根据国办函 115 号文要求，政府和社会资本合作应全部采用特许经营模式实施。

（三）政府方：指在政府和社会资本合作项目中与社会资本方合作的地方各级人民政府及其组成部门的统称，包括实施机构。地方各级人民政府通常授权项目实施机构负责签订特许经营协议等项目相关协议。

（四）项目实施机构：指在政府和社会资本合作项目中经地方各级人民政府授权，负责项目具体实施的有关行业主管部门或事业单位，在授权范围内负责政府和社会资本合作项目的筹备、实施及监管等工作。

（五）社会资本方：即特许经营者，指政府方采用公开竞争方式选定的拟由其承担特许经营项目的社会资本（可以是一家企业，也可以是多家企业组成的联合体）。本指引所称的社会资本是指依法设立且有效存续的具有法人资格的企业，包括民营企业、国有企业、外国企业和外商投资企业。社会资本是政府和社会资本合作项目的实际投资人，但在政府和社会资本合作项目实践中，社会资本通常不会直接作为政府和社会资本合作项目的实施主体，而会专门针对该项目成立项目公司，由项目公司与项目实施机构签署特许经营协议，负责项目具体实施。

（六）项目公司：指依法设立的自主运营、自负盈亏的具有独立法人资格的经营实体。项目公司可以由社会资本单独出资设立，也可以由政府出资人代表和社会资本共同出资设立。市场化程度较高、公共属性较弱的项目，项目公司应由社会资本独资或控股；关系国计民生、公共属性较强的项目，社会资本持有股权占比原则上不低于 35%。

（七）政府出资人代表：指参与地方政府通过资本金注入方式给予项目投资支持的国有资产管理部門、事业单位，国有或国有控股企业。

（八）金融机构：指为政府和社会资本合作项目提供资金的银行或其他金融机构，通常有商业银行、出口信贷机构、多边金融机构（如世界银行、亚洲开发银行等）以及非银行金融机构（如信托公司）等。

（九）承包商：指由项目公司通过合法程序选择的、根据建设协议及特许经营协议等履行项目工程建设的一个或多个承包商。

（十）咨询机构：指为拟实施的政府和社会资本合作项目提供评估、方案设计、合作方招标、协议制定与谈判等方面的专业服务，保证政府和社会资本合作项目严格按照国家和省的相关规范要求实施的咨询机构，主要包括律师事务所、咨询机构、会计师事务所和评估公司。

（十一）全生命周期：指项目从项目筹备、采购、实施至终止移交等阶段的完整周期，包括发起、实施方案编制与审核、选定特许经营者、立项审批/核准/备案、设计、融资、建设、运营、维护、移交等各阶段。

（十二）特许经营权：指特许经营者依据特许经营协议取得的在特许经营期限内对特定基础设施和公用事业项目进行投资、建设、运营并依约定取得收益的排他性权利。

（十三）特许经营方案：指项目实施机构依据现行法律及规范性文件要求、参照《政府和社会资本合作项目特许经营方案编写大纲（2024年试行版）》、可行性研究报告编写规范牵头编

制的，论证项目是否可以实施政府和社会资本合作模式的文件。

（十四）项目可行性分析：指从项目建设的必要性、建设时机的适当性、建设方案、要素保障条件及落实情况、运营服务要求、主要风险等方面进行的分析。

（十五）特许经营可行性论证：指从项目全生命周期成本、产出或服务效果、建设运营效率、风险防范控制等方面，特别是对采取特许经营模式和传统政府投资模式在投入产出、经济社会效益等方面进行比较分析，对项目是否适合采用特许经营模式进行论证。此外，还应当对相关领域市场发育程度、企业建设运营能力状况和参与意愿、项目产品服务使用者支付意愿和能力进行评估，确保特许经营模式可以落地实施。

（十六）使用者付费：指在高速公路、桥梁、地铁等公共交通项目以及供水、供热等公用设施项目中，由社会资本方直接向消费用户收费，或由政府或其依法授权机构代为向消费用户收费，以保证项目建设和运营维护的成本回收及合理收益的取得的付费机制。

（十七）政府隐性债务：是指政府在法定政府债务限额之外直接或者承诺以财政资金偿还以及违法提供担保等方式举借的债务，主要包括国有企事业单位等替政府举借，由政府提供担保或财政资金支持偿还的债务；政府在设立政府投资基金、开展政府和社会资本合作、政府购买服务等过程中，通过约定回购投资本金、承诺保底收益等形成的政府中长期支出事项债务。

### 第三节 政府和社会资本合作模式概述

#### 第四条 政府和社会资本合作项目实施方式

根据国办函 115 号文规定，政府与社会资本合作项目应全部采取特许经营模式。根据项目合作内容等具体情况，政府和社会资本合作项目可采用以下主要具体实施方式，其中，新建项目可采用 BOT、BOOT、DBFOT 等方式，改扩建项目可采用 ROT 方式，存量资产盘活可采用 TOT 等方式：

（一）BOT（建设 - 运营 - 移交）：指由社会资本或项目公司承担新建项目设计、融资、建设、运营、维护和承担用户服务职责，协议期满后项目资产及相关权利等移交给政府的项目运作方式。

（二）BOOT（建设 - 拥有 - 运营 - 移交）：由 BOT 方式演变而来，二者区别主要是 BOOT 方式下社会资本或项目公司拥有项目所有权，但必须在协议中注明保证公益性的约束条款。

（三）TOT（转让 - 运营 - 移交）：指政府将存量资产所有权有偿转让给社会资本或项目公司，并由其负责运营、维护和用户服务，协议期满后资产及其所有权等移交给政府的项目运作方式。

（四）ROT（改建 - 运营 - 移交）：指政府在 TOT 模式的基础上，增加改扩建内容的项目运作方式。

（五）DBFOT（设计 - 建设 - 融资 - 运营 - 移交）：指政府在 BOT 模式的基础上的细化，更强调设计和融资的主体为工



程企业。

根据《政府和社会资本合作项目特许经营方案编写大纲 2024 年试行版》规定，新建项目还包括采用 BOO（建设 - 拥有 - 运营）方式。政府方与社会资本应在特许经营协议中应明确约定建设和运营期间的资产权属，清晰界定各方权责利关系。

### **第五条 政府和社会资本合作模式的操作规范要求**

政府和社会资本合作项目的顺利开展需重点关注以下问题：

（一）风险的最优分配。政府和社会资本合作项目的实施面临各方面的潜在风险，而为了保证项目的顺利推进，应当尽可能确定由最有能力且高效管理某风险的一方承担相应风险。

（二）明确具体的产出要求。特许经营协议须明确对设施或所提供的服务的具体要求，如果无法确定一个明确的产出要求，政府就难以进行有效监管，也无法保障社会资本方所提供的公共产品或公共服务能够满足社会公共利益的需求和政府的预期。

（三）确保项目全生命周期高效运营。社会资本方相比于政府而言具有更高的执行效力，因此由社会资本方负责项目的融资、实际运营等工作，能够有效提高效率。

（四）项目回报与绩效评价结果关联。通过设置合理的绩效机制，将社会资本方的回报与其绩效评估结果相挂钩，鼓励社会资本方提供优质高效的公共服务。

（五）注意避免增加地方政府隐性债务的风险。

1.政府方应当规范运作政府和社会资本合作项目，禁止利用

政府和社会资本合作项目违法违规变相举债。政府方可在严防新增地方政府隐性债务、符合法律法规和有关政策规定要求的前提下，按照一视同仁的原则，在项目建设期间对使用者付费项目给予政府投资支持（“政府投资”泛指各类政府财政性投资资金，国家发展改革委管理的中央预算内投资、近期国家发展改革委同有关方面正在推动的增发国债资金、地方预算内投资，以及一般公共预算、政府性基金预算、地方政府专项债券中用于投资建设的资金，均属于“政府投资”）；政府付费只能按规定补贴运营、不能补贴建设成本。不得通过可行性缺口补助、承诺保底收益率、可用性付费等任何方式，使用财政资金弥补项目建设和运营成本。将专项债券用作项目资本金的，应当按照国家关于资本金管理的规定和专项债券有关规定执行。不得以任何方式承诺回购社会资本方的投资本金，不得以任何方式承担社会资本方的投资本金损失，不对有限合伙制基金等任何股权投资方式额外附加条款变相举债。

2.除作为政府出资人代表参与地方政府通过资本金注入方式给予投资支持的项目外，地方本级国有独资或国有控股企业（含其独资或控股的子公司）不得以任何方式作为本级政府和社会资本合作新建（含改扩建）项目的投标方、联合投标方或项目公司股东；作为政府出资人代表时，原则上不得在项目公司中控股。

3.在协议审核环节，政府方应注意审查，避免在特许经营协

议及相关补充协议中约定由政府方或政府方出资代表向社会资本方回购投资本金、承诺固定回报、保障最低收益、承担社会资本方投资本金损失、承担项目融资偿还责任以及以其他名股实债方式融资等兜底条款。避免通过签订抽屉协议、阴阳协议等方式规避监管。

4.规范项目预算管理。政府和社会资本合作项目政府方按照特许经营协议约定承担的股权投资、运营补贴等财政支出责任，以及取得的资产权益和特许经营权转让收入、股息、超额收益分成、社会资本违约赔偿等收入，依法依规全面纳入预算管理。对于政府统一代收用户付费的污水处理、垃圾处理等政府和社会资本合作项目，应按照预算编制程序和要求，将特许经营协议约定的年度财政支出责任纳入政府年度预算及中期财政规划。

#### （六）服务所依据的法律法规及规范性文件的有效性。

国办函 115 号文发布以来，《财政部关于公布废止和失效的财政规章和规范性文件目录（第十四批）的决定》等陆续废止了财政部 2014 年以来颁发的政府与社会资本合作项目实施的有关规范性文件。随着政府和社会资本合作项目实践的开展，各地还会出台相关规定，律师在承办具体业务时还应特别注意各地有关地方性法规、规章以及规范性文件的规定。另，针对不同行业以及不同类型主体之间开展的政府和社会资本合作项目，国家和地方也陆续出台了相关的规范文件，律师在承办业务时应结合具体项目所属行业和不同主体调研相关法律适用情况。

鉴于本指引所明示的相关制定依据未来可能被废止、修订或出台新规定，律师在参考本指引办理有关法律服务业务时，应特别关注法律法规、部门规章和规范性文件的变化。

#### 第四节 政府方的权利与义务

##### 第六条 政府方的双重角色

因政府和社会资本合作项目运作方式和社会资本参与程度的不同，政府方在政府和社会资本合作项目中所承担的具体职责也不同。总体而言，政府和社会资本合作模式下政府将同时扮演两种角色：

（一）作为公共事务的管理者，政府负有向公众提供优质且价格合理的公共产品或公共服务的义务，承担政府和社会资本合作项目的规划、采购、管理、监督等行政管理职能，并在行使上述行政管理职能过程中形成与项目公司（或社会资本）之间的行政法律关系。

（二）作为特许经营协议的协议相对方，政府方基于特许经营协议形成与项目公司（或社会资本）之间的协议法律关系，应按照特许经营协议的约定行使权利、履行义务。

##### 第七条 政府方的主要权利义务

基于政府和社会资本合作模式下政府方角色的双重性，政府方主要的权利及义务如下：

（一）政府方的监管权能

1.对项目全过程的监管

政府方基于其行政管理职能对政府和社会资本合作项目的运行过程进行全程的把控。

在项目筹备阶段，由政府有关部门负责评估、论证项目是否适合采用政府和社会资本合作模式实施，以及项目实施的具体方式、具体要求等。

在项目采购阶段，政府方依据《招标投标法》《政府采购法》等法律规定通过公开竞争方式选择具备专业能力、融资实力、管理经验的社会资本方作为项目合作伙伴。

在协议管理方面，由政府方与社会资本方签订特许经营协议，就协议的关键性内容进行磋商和完善。

在监测分析和运营评价方面，政府方应会同有关方面对项目运营情况进行监测分析，定期开展运营评价，评估潜在风险，建立约束机制，切实保障公共产品或公共服务的质量和效率，将社会公众意见作为项目监测分析和运营评价的重要内容，加大公共监督力度，按照有关规定开展绩效评价，如涉及财政资金使用的，还应按有关规定开展财政资金使用的绩效评价。

在绩效评价方面，政府方或组织第三方机构对项目实施过程中公共产品或公共服务的质量、数量和效率等进行综合评价，评价结果将影响财政补贴、价费标准等。

项目合作期限届满或特许经营协议提前终止后，政府方有权接收社会资本方移交的项目设施及相关权益。

项目移交完成后，政府方可对项目全生命周期的效率、效果、

影响和可持续性等进行后评价。

## 2.对项目参与主体的监管

政府方基于法律法规赋予的监管职能，有权依法对社会资本方及其他项目参与主体（如项目融资方、承包商、材料/服务供应商等）行为开展合法合规性监管；同时基于特许经营协议的约定对社会资本方进行履约监督。

### （二）政府方的义务

政府和社会资本合作项目中政府方的义务可分为法定义务和约定义务。

法定义务主要体现在国家法规、规章中，包括在项目合作过程中不得无法律法规依据擅自增设行政许可事项，或者通过前述擅自增设的行政许可事项向特许经营者收费，或者以基础设施和公用事业特许经营名义滥用行政权力排除、限制竞争；在项目前期对项目开展可行性论证、对特许经营方案进行审核；在项目采购阶段组织采购程序、遴选社会资本方；在项目实施阶段保证社会资本方在土地使用权方面使用土地权利的稳定性等。

约定义务主要体现在特许经营协议中关于政府方义务和保证等相关约定中，包括保证特许经营权排他性、协助提供税收及其他优惠政策等。

## 第五节 律师为项目政府方提供法律服务

### 第八条 律师为政府方提供法律服务的内容

律师可为政府方提供自项目前期发起至项目后期建设、运营

以及移交等全过程的服务，包括但不限于：政府和社会资本合作项目筹备专项服务、政府和社会资本合作项目采购专项服务、政府和社会资本合作项目建设专项服务、政府和社会资本合作项目运营专项服务、政府和社会资本合作项目移交专项服务、特许经营协议争议解决专项服务、政府和社会资本合作规范性文件起草及修订专项服务等。具体服务内容包括但不限于以下部分：

（一）协助政府方完成政府和社会资本合作项目的发起和筛选评估工作。

（二）协助政府方对项目进行合法合规性论证，对项目可行性、必要性等提供法律意见。

（三）协助政府方编制和审查项目特许经营方案，开展可行性论证。

（四）协助政府方编制/审查项目咨询机构、社会资本方等相关主体采购项目的采购文件，协助开展相关采购活动。

（五）协助政府方拟定/审查特许经营协议，协助政府方与社会资本方进行谈判，协助推进特许经营协议及其他项目协议的签署与审批（如需）。

（六）协助政府方在政府和社会资本合作项目设计、建设、运营、移交的实施全过程开展特许经营协议履约管理、绩效评价，对项目实施情况、特许经营协议的合法合规性等进行全方位的评价，针对存在的风险提出应对措施。

（七）为政府方组织法律培训与指导。

(八) 协助政府方解决特许经营协议纠纷。

(九) 协助政府方起草关于政府和社会资本合作政策或其他规范性文件。

(十) 对法律服务工作进行记录或备案。

### **第九条 律师为政府方提供法律服务的目标**

(一) 保证政府和社会资本合作项目立项、采购、实施、移交程序合法合规。

(二) 保证项目交易架构满足提供公共产品或公共服务的目标，严防新增地方政府隐性债务的相关要求，实现公共服务供给效率与资金使用效益的同步提升。

(三) 充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，协助政府方通过合理设置采购规则遴选出具有相应实施能力的社会资本方。

(四) 构建合理的风险分配和利益分配机制，兼顾公平与效益。

(五) 通过合理设置协议条款以实现对项目公司/社会资本方的有效监督管理。

(六) 对实施过程中的项目进行绩效评价及风险识别，对与规定不符的项目提出整改意见，以协调政府监督政府和社会资本合作项目在整个生命周期内合法合规运作。

### **第十条 律师为政府方提供法律服务的方式**

(一) 一般性法律咨询



在政府和社会资本合作项目全过程中，针对政府方提出的法律咨询，无须编制审核或出具专门法律文书的，律师可以通过邮件、电话等方式提供咨询答复，并做好工作记录。

## （二）制作相关法律文书

根据具体法律服务类型，律师可按照政府方要求和具体情况需要出具相关法律文书，如法律意见书、风险提示函、备忘建议书等。针对政府和社会资本合作项目服务内容，律师出具的文书具体可包括：

1.参与特许经营方案编制。

2.针对政府和社会资本合作项目特许经营方案、可行性论证报告的起草、修改、审查，或针对具体交易模式的合法合规性出具法律意见书或者提供律师风险提示、律师建议等。

3.特许经营协议的草拟、修改、审查，以及法律意见书出具或者提供风险提示函、备忘建议书等。

4.协助编制、修改、审查各类采购文件等文件。

5.协助起草、修改、审查项目公司出资协议/股东协议、公司章程等文件，出具法律意见书或者提供律师风险提示、律师建议等。

6.参与项目特许经营协议确认谈判，起草或审查谈判备忘录等相关文件。

7.项目合作期限届满或者提前终止涉及的项目移交清单、项目终止协议等法律文书的草拟、修改或审查，出具法律意见书或

者风险提示函、备忘建议书等；协助政府方处理提前终止/解除特许经营协议事项，出具法律意见书或者起草、修改或审查发送社会资本方的相关法律文件。

8.需要律师出具的其他法律文书。

### （三）审查各类文书文件

政府方就政府和社会资本合作项目拟对外发布的采购文件、签署的协议、内部管理规章等文件，或项目公司提交政府方备案/审核的相关法律文件进行审核，在发布或签署前，律师可协助进行审查。

律师审查法律类文件，在明确相关信息和要求后，根据不同情况作出以下处理：

1.针对政府和社会资本合作项目情况及政府方要求，提供法律意见书或者律师风险提示或者律师建议等。

2.对于提供电子文档或者要求加急审查的文件，可以直接在协议中以修订、批注格式修改，以此提高工作效率，同时需要对修订的文档，在修订之前重新编制文档名称，防止修订文档与原文档重合，导致丢失原修订意见等。最后填写《法律顾问服务记录》，保持工作的连续性。

3.对于简单的协议文件，无须出具法律意见书的，律师可以口头作出修改答复，并填写《日常法律咨询记录》，保持工作的连续性。

### （四）组织法律培训与指导

根据政府方或者项目公司等实际需要，可以采用定期或不定期的方式进行法律培训或开设讲座。

#### （五）规范各类协议文本

根据政府方或者项目公司的实际情况，律师对于经常采用的协议可以进行格式化、规范化，以达到降低及防范风险的目的。

#### （六）参与会议或谈判

1. 鉴于政府和社会资本合作项目的综合性，律师往往需要与政府方各部门进行协调合作，需要参与政府方各类沟通或决策会议，协助政府方决策。

2. 根据政府方要求，参与政府方与其他合作方的相关会议或谈判，协助拟定或审查谈判会议记录或谈判备忘录等法律文件。

3. 受政府方委托，参与政府方和社会资本方就特许经营协议召开的确认谈判会议及其他沟通磋商会议。

### **第十一条 律师工作记录**

律师提供法律服务的过程中应当详细地对服务内容、程序及相关建议或处理结果进行记录，具体可参照以下形式：

1. 《工作日志》，是律师服务事项的简单记录，可按照日期记录。

2. 《法律顾问服务记录》，是律师服务过程中，根据服务事项填写的记录性表格，标明服务内容、律师意见等主要事项。

3. 《法律咨询服务记录》，是律师对于政府方咨询事项填写的记录性表格。

4.《会议纪要》，是律师参与政府方或项目公司召开的会议或者律师与政府方、项目公司进行法律服务事项会谈时，制作的记录性法律服务文书，会议纪要按照固定格式制作和管理。

5.《法律服务汇报报告》，是律师定期或在某事项完成后，向政府方提供的法律服务汇报文件。

## **第二章 政府和社会资本合作项目筹备阶段的法律服务**

### **第一节 项目筹备阶段政府方工作概述**

政府和社会资本合作项目全生命周期的起点为项目筹备阶段。政府和社会资本合作项目筹备阶段包含项目的发起、项目特许经营方案的编制与审核等。项目的筹备工作由项目实施机构负责。

对于拟采用特许经营模式实施的项目，项目实施机构根据授权，参照《政府和社会资本合作项目特许经营方案编写大纲(2024年试行版)》、可行性研究报告的编写规范，牵头编制项目特许经营方案。特许经营方案编制完成后，报请发改部门审核，比照政府投资项目审批权限和要求进行审核。实施机构可以委托具有相应能力和经验的第三方机构，开展特许经营可行性论证，完善特许经营方案。

此阶段政府方需根据项目实际需要确定项目实施机构，选择合适的咨询机构、律师事务所等服务机构，进行编制项目特许经营方案、明确政府和社会资本合作项目绩效评价标准等。

### **第二节 项目实施机构资格审查**

## 第十二条 项目实施机构资格审查的法律服务要点

律师应协助政府方根据政府和社会资本合作项目所处行业、规模、地点、特点、合作期限及项目回报方式、政府方权责范围等综合考虑确定合适的项目实施机构，并出具授权文件。

### （一）有权授权的政府主体资格

有权授权的政府主体为地方各级人民政府，负责规范推进本级政府事权范围内的特许经营项目，可依法依规授权项目实施机构。

### （二）项目实施机构的主体资格

政府和社会资本合作项目可存在单一实施机构或多个实施机构，前者指一个政府和社会资本合作项目仅设置一个实施机构，该实施机构可由某一行业主管部门、事业单位担任或者由多个部门、事业单位组成一个临时的任务编组担任，抑或由多个部门、事业单位指定由其中某一部门、事业单位担任项目的实施机构，后者则指一个政府和社会资本合作项目中存在两个及以上的实施机构，通常由一个主要实施机构与其再行指定或授权的次要实施机构组成。

国办函 115 号文规定，有关行业主管部门和事业单位等可作为政府授权的项目实施机构。实践中各地政府在授权或指定项目实施机构时的具体操作并不一致，律师在提供法律服务时应提前确认相关项目当地相关规定及实践，避免合规风险。

项目实施机构负责特许经营方案编制、特许经营者选择、特

许经营协议签订、项目实施监管、合作期满移交接收等工作。

### 第三节 咨询机构的选定

#### 第十三条 咨询机构选定的法律服务内容

政府和社会资本合作项目咨询机构提供与政府和社会资本合作项目相关的智力支持服务,包括但不限于政府和社会资本合作项目的特许经营方案编制、运营评价以及相关法律、投融资、财务、采购代理、资产评估服务等专业服务。

根据《政府采购法》《政府购买服务管理办法》等规定,政府方采用财政性资金采购咨询机构为其提供政府和社会资本合作项目整体、全过程咨询服务的,属于政府购买服务,应当遵循政府采购相关规定进行采购。

在此阶段,律师可提供的法律服务主要如下:

(一)协助政府方选择合适的采购方式,必要时出具法律咨询意见。

(二)协助政府方草拟、修改、审查采购文件。

(三)协助政府方处理采购文件的澄清、修改、补遗工作,协助政府方对潜在竞争者的询问进行答疑,协助处理相关异议和投诉,必要时根据需要出具法律咨询意见。

(四)为评审小组就竞争者响应文件的审查提供咨询意见。

#### 第十四条 咨询机构采购法律服务的审查要点

(一)政府采购可采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商、单一来源采购等方式,但公开招标应作为政府采购

的主要方式。

(二)政府与咨询机构可在咨询服务协议中明确咨询服务内容、成果要求、绩效考核要求，加强咨询服务质量管理。

(三)项目实施机构可以委托政府采购代理机构办理政府和社会资本合作项目采购事宜。咨询机构从事政府和社会资本合作项目采购业务的，应当按照政府采购代理机构管理的有关要求及时进行网上登记。

(四)指导监督咨询机构严格执行《工程咨询行业管理办法》(2023 修订)，通过全国投资项目在线审批监管平台履行法定备案义务、接受行业监督管理。指导监督 PPP 咨询机构资信评价工作，引导咨询机构积极参与行业自律管理，指导有关方面通过充分竞争、自主择优选取咨询机构。严禁通过设置“短名单”“机构库”等方式限制社会资本方、金融机构等自主选择咨询机构。对咨询机构不履行备案程序和违反协议服务、关联回避、质量追溯、反垄断等规定，以及违反《政府投资条例》决策程序规定、咨询或评估服务存在严重质量问题影响项目决策实施的，要严格按照规定给予处罚。

#### 第四节 特许经营方案的编制与审核

##### 第十五条 特许经营方案编制与审核的法律服务内容

根据国办函 115 号文等有关政府和社会资本合作项目政策规定，对拟采取特许经营模式实施的项目，由项目实施机构参照《政府和社会资本合作项目特许经营方案编写大纲（2024 年试

行版)》、可行性研究报告编写规范，牵头编制特许经营方案，并报请有关方面比照政府投资项目审批权限和要求报请审核。

在该阶段，律师可提供的法律服务主要为：

(一)协助项目实施机构熟悉项目特许经营方案的编制要求、审核程序及审核标准等，梳理关于特许经营项目特许经营方案编制及审核的相关规定。

(二)协助项目实施机构编制、修改项目特许经营方案，并就项目特许经营方案涉及法律部分提供法律咨询意见。

(三)如涉及存量资产的，在编制特许经营方案前，可根据政府方的委托，对存量资产进行法律尽职调查，协助政府方查清存量资产内容、资产权属或权利、存量债务、建设运营时间等，出具法律尽职调查报告及法律意见书，全面、客观披露项目存在的问题或风险，并提出建议。

## **第十六条 特许经营方案编制与审核法律服务的要点**

律师在进行项目特许经营方案编制与审核法律服务时应注意对下列事项进行提示和审查：

(一)项目实施机构应参照《政府和社会资本合作项目特许经营方案编写大纲(2024年试行版)》、可行性研究报告编写规范编制特许经营方案。项目特许经营方案的内容主要包括：项目名称及概述，建设背景和必要性；项目实施机构、政府出资人代表(如有)基本情况、职责及其获县级以上人民政府授权情况及授权证明文件；项目建设内容和规模、投资总额、实施进度，



以及提供公共产品或公共服务的标准等基本经济技术指标；项目可行性分析及特许经营模式可行性论证；特许经营者应当具备的条件及选择方式；交易结构与投融资结构；政府承诺和保障；特许经营涉及的国有资产管理要求，以及特许经营期限届满后资产处置方式；监督管理和运营评价；风险应对措施和建议等风险管控机制；协议的调整和变更等要求；应当明确的其他事项。实施政府定价的特许经营项目，特许经营方案中有关投资回报、价格及其测算应当征求地方价格主管部门意见。特许经营期限拟超过40年的，应当在特许经营方案中充分论证并随特许经营方案一并报请批准。如项目涉及存量资产，应说明存量资产内容、资产价值、资产权属或权利、存量债务、资产运营管理人员的安排、建设运营时间、资产正向移交的要求等；涉及改扩建的，应说明改扩建和存量资产的关系；应说明存量资产评估情况（含评估单位、评估目的、评估方法等），并将评估报告作为附件。律师应注意审查特许经营方案内容的完备性及合法合规性。

（二）特许经营方案应当明确基本条件：除作为政府出资人代表参与地方政府通过资本金注入方式给予投资支持的项目外，地方本级国有独资或国有控股企业（含其独资或控股的子公司）不得以任何方式作为本级政府和社会资本合作新建（含改扩建）项目的投标方、联合投标方或项目公司股东；作为政府出资人代表时，原则上不得在项目公司中控股，政府出资人代表职责设定不得违反115号文精神以及《公司法》等有关法律法规的规定。

（三）可在特许经营方案中增加绿色治理（ESG）评价的相关内容，结合项目特点和行业类型确定具体的评价指标，挖掘项目潜在经济效益、社会效益、环境效益，持续增强项目决策的科学性、严谨性、规范性。

（四）项目特许经营方案编制完成后，应当按规定要求报请发改部门审核。特许经营方案由地方各级发改部门严格把关项目特许经营方案等有关内容；特许经营方案比照政府投资项目审批权限和要求，由有关方面履行审核手续，合理控制项目建设内容和规模，明确项目产出（服务）方案。实施机构可以委托具有相应能力和经验的第三方机构，开展特许经营可行性论证，完善特许经营方案。

（五）实施机构应于特许经营方案审核前，按照全国政府和社会资本合作项目信息系统指标体系要求，在系统填报项目名称、建设内容及规模等项目信息，具体实施方式、特许经营期限等特许经营信息，并上传特许经营方案及相关附件。特许经营方案审核通过后 10 个工作日内，实施机构应更新上述信息，并上传经审核的特许经营方案；审核特许经营方案的发展改革部门应填报审核部门、审核时间等信息，并上传相关审核文件。

（六）项目实施机构应根据经批准的特许经营方案，通过公开竞争方式依法依规选择特许经营者。

### **第十七条 PPP 存量项目法律尽职调查**

根据政府的委托，律师对存量项目、存量资产开展法律尽职

调查工作的要求如下：

（一）律师应当根据政府方提供项目合作范围、项目信息等确定项目尽调范围、制定项目尽调清单。

（二）尽调过程中，律师应当通过多种核查方式全面核查项目资产权属或权利、存量债务履行情况、正在履行的协议、项目建设及运营情况、诉讼及处罚等，出具法律尽职调查报告及法律意见书，全面、客观地披露项目存在的问题，并提出建议。

### **第三章 政府和社会资本合作项目采购阶段的法律服务**

政府和社会资本合作项目采购是指项目实施机构依据经批准的特许经营方案，通过公开竞争方式选择社会资本方的过程。根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的规定，项目采购方式包括招标、谈判等。

律师在此阶段可协助政府方、项目实施机构确定项目采购方式，协助项目实施机构编制、修改、审查项目采购文件，开展采购评审工作以及处理投诉异议事宜。

#### **第一节 项目采购前期**

#### **第十八条 项目采购前可提供的法律服务内容**

（一）若项目实施机构拟委托采购代理机构进行采购，律师可协助项目实施机构选择合适的项目采购代理机构。

（二）律师还可为项目实施机构提供法律服务培训，帮助其了解《中华人民共和国政府采购法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国政府采购法实施条例》《中华人民共和国

招标投标法实施条例》《政府购买服务管理办法》等相关法律法规及政策规定，熟悉政府和社会资本合作项目采购流程及采购规则。

## 第二节 项目采购

### 第十九条 政府和社会资本合作项目采购方式选择

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》规定，实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、谈判等公开竞争方式选择特许经营者。国办函 115 号文规定项目实施机构应该通过公开竞争方式依法依规选择特许经营者。招标方式包含公开招标及邀请招标方式，但公开招标应作为遴选社会资本的主要方式。鼓励优先采用公开招标方式选择特许经营者；如果不采用公开招标方式，应在特许经营方案中明确原因和依据。

项目实施机构应当根据政府和社会资本合作项目的采购需求特点，依法选择适当的采购方式。律师可根据相关规定要求，协助项目实施机构确定项目采购方式，必要时可出具法律意见书。

（一）公开招标是指招标人依法在公开渠道以招标公告的方式邀请非特定的供应商参加投标的采购方式。公开招标主要适用于采购需求中核心边界条件和技术经济参数比较明确、完整，符合国家法律法规及政府采购政策，有关领域市场竞争比较充分，且采购过程中不作更改的项目。

（二）邀请招标是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的供应商参与投标，符合一定条件方可采用邀请招标方式采购。

(三) 谈判是指采购人、评审专家依法组成谈判小组，从符合相应资格条件社会资本方名单中选择两家以上的社会资本方，以谈判方式确定成交社会资本方的采购方式。

## **第二十条 政府和社会资本合作项目采购的法律服务内容**

此阶段，律师可为项目实施机构提供的法律服务主要如下：

(一) 根据采购项目的特点和项目实施机构的实际需求编制、修改、审查项目采购文件、特许经营协议等。

(二) 协助项目实施机构处理采购过程中采购文件的澄清、修改、答疑、补遗工作，协助处理相关异议和投诉，必要时出具法律咨询意见。

(三) 为评审小组就竞争者响应文件的审查提供咨询意见。

## **第二十一条 采购阶段法律服务的审查重点**

律师在项目采购阶段应注意对以下事项进行提示和审查：

(一) 采购文件的主要内容，尤其是特许经营协议的主要边界条件，应与经批准的项目特许经营方案保持一致。

(二) 应当审查该项目是否为依法必须招标项目，如按国家有关规定需履行项目审批、核准手续的项目，其招标范围、招标方式、招标组织形式应当报项目审批、核准部门审批、核准，核查项目是否已履行相关手续。如项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营经营者。拟由社会资本方自行承担工程项目勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等采购的，必须按照

《招标投标法》的规定，通过招标方式选择供应商。

（三）采购文件不得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人，不得要求或者标明特定的生产供应者以及含有倾向或者排斥潜在投标人的其他内容。律师应注意审查招标文件中是否存在排斥潜在投标人的相关条款，避免采购文件被投诉的风险。

（四）如采用谈判方式的，律师应核查采用谈判方式采购的审批文件是否合法，确认该采购方式是否合法合规；地方政府审批文件并非均属于其授权范围内有权实施的行政行为，律师应特别核实相关批准文件的效力。

（五）应合理确定社会资本方资格条件，不得设置超过项目实际需要的注册资本金、资产规模、银行存款证明或融资意向函等条件，不得设置与项目投融资、建设、运营无关的准入条件。采购文件应当明确，除作为政府出资人代表参与地方政府通过资本金注入方式给予投资支持的项目外，地方本级国有独资或国有控股企业（含其独资或控股的子公司）不得以任何方式作为本级政府和社会资本合作新建（含改扩建）项目的投标方、联合投标方或项目公司股东；作为政府出资人代表时，原则上不得在项目公司中控股。规范投标保证金设置，除合法合规的投标保证金外，不得以任何其他名义设置投标担保要求，推行以银行保函方式缴纳保证金。

（六）采购文件应当先行明确项目协议谈判的边界。

（七）应当提示项目实施机构将项目运营方案、收费单价、

特许经营期限等作为选择特许经营者的主要评定标准，高度关注其项目管理经验、专业运营能力、企业综合实力、信用评级状况，并在采购文件中落实相关要求。

（八）应注意审查招标文件、谈判文件等公开选择特许经营者的文件中是否有明确载明是否要求成立特许经营项目公司。如涉及要求成立项目公司的，政府是否在项目公司持股，如持股的，持股比例及所要求的事项是否符合 115 号文的相关要求以及《公司法》等有关法律法规的规定。

（九）协议应包括现行法律规定所要求的内容，如 17 号令第二十条规定的特许经营协议包括如下内容：1.项目名称、内容；2.特许经营方式、区域、范围和期限；3.如设立项目公司，明确项目公司的经营范围、注册资本、股东出资方式、出资比例、股权转让等；4.所提供产品或者服务的数量、质量和标准；5.特许经营项目建设、运营期间的资产权属，以及相应的维护和更新改造；6.监测评估；7.投融资期限和方式；8.收益取得方式，价格和收费标准的确定方法以及调整程序；9.履约担保；10.特许经营期内的风险分担；11.因法律法规、标准规范、国家政策等管理要求调整变化对特许经营者提出的相应要求，以及成本承担方式；12.政府承诺和保障；13.应急预案和临时接管预案；14.特许经营期限届满后，项目及资产移交方式、程序和要求等；15.实施环境变化、重大技术变化、市场价格重大变化等协议变更情形，提前终止及补偿；16.违约责任；17.争议解决方式；18.需要明确的

其他事项。

国家发展改革委特制定和发布《政府和社会资本合作项目特许经营协议（编制）范本》，指导各地方按照新机制要求依法合规、稳妥有序实施政府和社会资本合作项目。《范本》主要基于国内“建设—运营—移交（BOT）”实施方式常见条款条件编制，对部分行业性条款约定了示例条款（如项目收益取得方式条款，对于不同类型的使用者付费项目示例条款），律师在拟定或审核相关项目特许经营协议时可参考使用，实践中需注意结合具体实施方式和项目行业特点、项目实际情况等进行调整，需特别注意范本说明性条款内容在具体项目中的具体适用。

（十）协议应当根据特许经营方案中的风险分配方案，在政府与社会资本双方之间合理分配项目风险，并确保应由社会资本方承担的风险实现了有效转移。

（十一）协议应当约定项目具体产出标准和绩效评价标准，明确项目补贴支付与绩效评价结果挂钩。

（十二）协议应当综合考虑项目全生命周期内的成本核算范围和成本变动因素，设定项目基准成本；协议应当明确价格或收费的确定和调整机制。特许经营项目价格或收费应当依据相关法律、行政法规规定及特许经营协议约定予以确定和调整。

（十三）政府可以在特许经营协议中就防止不必要的同类竞争性项目建设、有关配套公共服务和基础设施的提供等内容作出承诺，明确相应的补偿机制，但不得承诺固定投资回报和其他法



律、行政法规禁止的事项。

（十四）优先选择民营企业参与，鼓励民营企业以独资、控股、参股等方式积极参与特许经营项目。项目实施机构应根据国务院发展改革部门制定的支持民营企业参与的新建及改扩建特许经营项目清单，结合项目实际情况，确定民营企业参与的具体方式，符合条件的国有企业通过特许经营模式规范参与盘活存量资产不属于清单规范范围。对清单所列领域以外的政府和社会资本合作项目，可积极鼓励民营企业参与。

（十五）采用谈判方式采购的，若项目实施机构、采购代理机构根据项目具体情况组织供应商进行现场考察或者召开谈判前答疑会，根据项目实施机构、采购代理机构要求提供相关咨询意见，律师应提示项目实施机构、采购代理机构不得单独或分别组织只有一个供应商参加的现场考察和答疑会。

（十六）在采购活动中如因重大变故，采购任务取消的，项目实施机构或者采购代理机构应当终止采购活动，通知所有参加采购活动的供应商，并将项目实施情况和采购任务取消原因报送本级财政部门。

（十七）实施机构应在公开发布招标公告等公开竞争文件后5个工作日内，在全国政府和社会资本合作项目信息系统填报特许经营选择方式、公开竞争文件发布时间等信息，并上传招标公告等公开竞争文件。特许经营者选定后10个工作日内，实施机构应填报特许经营者中标单位、中标单位企业性质等信息，并

上传中标通知书等文件。

## **第二十二条 响应文件评审的法律服务内容**

(一)协助项目实施机构综合判断社会资本竞争者的技术方案、商务报价、融资能力等是否符合采购文件要求，必要时提供法律咨询意见。

(二)为评审小组就投标文件或响应文件审查工作提供法律咨询意见。

(三)如潜在竞争者针对采购活动向项目实施机构提出异议、投诉等采购异常事件，协助项目实施机构处理该等异议、投诉等采购异常事件，必要时出具法律咨询意见。需注意的是，现行法律法规规定的招标采购流程中，对招标人处理异议、投诉事项都有严格的时间限制，律师提供服务时，应注意服务时限要求，避免对招标人造成合规风险。

### **第三节 协议的谈判与签署**

## **第二十三条 协议谈判签署阶段的法律服务内容**

律师在该阶段，可为政府方提供以下服务：

(一)应地方各级政府、项目实施机构要求，参与采购结果确认前的谈判和最终的采购结果确认工作，协助政府、项目实施机构与社会资本方进行项目谈判、磋商。

(二)就社会资本方提出意见为政府方、项目实施机构提供法律咨询意见，着重审查社会资本方提出意见的合法性和合理性。

(三)协助项目实施机构起草、修改、审查谈判备忘录。

(四)根据社会资本方响应及各方谈判结果,为项目实施机构与社会资本方签订的特许经营协议文本中的非实质性内容进行修改。

## **第二十四条 协议谈判签署阶段法律服务的审查要点**

(一)社会资本方采购结果及特许经营协议文本应及时公告或公示,并明确申诉渠道和方式。

(二)采购结果公示结束后、特许经营协议正式签订前,项目实施机构应及时将特许经营协议提交行业主管部门及发改、财政、司法等相关职能部门审核,审核通过后报本级人民政府批准,经人民政府批准后,项目实施机构才可与中标、成交社会资本方签订特许经营协议。

需设立项目公司的、项目实施机构应当与特许经营者先行签订初步协议/合作协议,约定社会资本方在规定期限内成立项目公司并完成出资、提供融资支持等义务、实施机构与项目公司签订特许经营协议等事项。

初步协议/合作协议条款应包括特许经营者的主体资格及主要权利和义务,其中,主要权利包括,设立项目公司的权利,按相关法律法规和项目公司股东协议约定拥有项目公司的股东权利;主要义务包括:按与实施机构约定的时间、地点、形式等条件注册成立项目公司并由项目公司签订特许经营协议,按项目公司股东协议约定履行相应股东义务,遵守股权转让限制等约定,以恰当方式监督指导项目公司全面履行特许经营协议,按特许经

营协议和相关协议约定为项目公司提供融资支持，为保障项目公司具备足够的特许经营协议履约能力而提供必要的人力、技术、经验等资源支持，以及根据适用法律和相关约定承担相应的民事补充责任等。

如特许经营项目公司组建涉及政府资本金注入投资参与，则政府出资人代表也应共同签署初步协议。待项目公司成立后，由项目公司与项目实施机构签署特许经营协议。

（三）相关职能部门审核特许经营协议，主要对照项目特许经营方案及采购文件，检查协议内容是否发生实质性变更，并重点审核特许经营协议内容是否满足相关规定要求。

（四）应严格审查签约主体。坚持政企分开原则，加强特许经营协议签约主体合规性审查，国有企业或地方政府融资平台公司不得代表政府方签署特许经营协议，地方政府融资平台公司不得作为社会资本方。

（五）项目实施机构可结合社会资本响应及协议谈判情况对绩效评价标准中非实质性内容进行合理调整。政府和社会资本合作项目绩效目标和指标体系应在特许经营协议中予以明确。

（六）特许经营协议签订后 10 个工作日内，实施机构应在全国政府和社会资本合作项目信息系统填报政府投资支持、按规定补贴运营等信息；特许经营者或项目公司应填报协议签署时间、是否设立项目公司、特许经营期限等信息，并上传初步协议（如有）、特许经营协议等文件。

## **第四章 政府和社会资本合作项目实施阶段的法律服务**

### **第一节 政府和社会资本合作项目实施阶段法律服务概述**

政府方经采购确定政府和社会资本合作项目社会资本方并与其签订初步协议/合作协议（如有）、特许经营协议后，政府和社会资本合作项目将进入实施阶段，在此阶段，政府方主要负责对项目公司或社会资本方履行特许经营协议义务进行监督，定期对项目实施情况进行绩效评价，对项目运行过程中发现的问题进行及时纠正或提出整改建议，对社会资本方或项目公司违法违规行为进行监督、惩戒，并在涉及项目移交的政府和社会资本合作项目中负责在项目合作期满或提前终止时与社会资本方共同完成项目的移交和接收工作。

对于政府采用资本金注入方式给予投资支持的特许经营项目，律师可协助立项审批手续办理。

因此，本阶段的法律服务主要集中在项目公司组建、项目融资、项目立项、项目建设、运营及移交、项目绩效评价等监督事项。

### **第二节 项目公司的组建与融资阶段法律服务**

#### **第二十五条 审查设立协议及公司章程**

在由社会资本方设立项目公司且政府出资人代表参股项目公司的情况下，设立协议、项目公司章程通常在政府和社会资本合作项目采购时就已经确定，律师在项目采购阶段就需协助政府方将政府方需求落实上述文件并确保条款的合法合规性；在社会

资本不设立项目公司或虽设立但政府出资人代表不参股项目公司的情况下，律师应根据政府方的委托对设立协议、项目公司章程等文件的内容进行审查和风险揭示：

### （一）设立协议

律师协助政府方审查设立协议时，应结合政府方需求检查协议条款的完整性、合法性及合规性，并就其中对政府方不利的条款进行风险提示。设立协议通常包括以下主要条款：前提条件、项目公司的设立和融资、项目公司的经营范围、股东权利、履行特许经营协议的股东承诺、股东的商业计划、股权转让与质押、项目公司治理结构及议事规则、股息分配、违约、终止及终止后处理机制、不可抗力、适用法律和争议解决等。

在政府出资人代表参股项目公司的情况下，还应明确政府方出资人代表、出资金额、股权比例、出资方式、出资时间等；政府享有的分配权益，如是否享有与其他股东同等的权益，在利润分配顺序上是否予以优先安排等；政府出资人代表在项目公司法人治理结构中的特殊安排，如在特定事项上是否拥有一票否决权或需事先经过政府出资人代表同意等。

### （二）项目公司章程

在政府出资人代表参股项目公司的情况下，律师可协助政府方起草或审查项目公司章程，保证项目公司章程与设立协议相应条款的一致性，落实特定项目中政府出资人代表对特定事项享有监督的权利，并就项目公司章程不利于政府方监管的法律风险进

行提示。

## 第二十六条 关注项目资本金和注册资本

（一）项目资本金。项目资本金是指在项目总投资中，由社会资本按协议投资比例认缴的出资额，对投资项目来说是非债务性资金，项目法人不承担这部分资金的任何利息和债务，投资者可按其出资的比例依法享有所有者权益，应当执行国务院关于固定资产投资项目资本金制度的各项规定。

对于市场化程度较高、公共属性较弱的项目，应由民营企业独资或控股；市场化程度较高、公共属性较弱的项目，应由民营企业独资或控股；关系国计民生、公共属性较强的项目，民营企业股权占比原则上不低于 35%。

为保证项目公司的合法组建和合规运行，律师可协助政府方与社会资本方进行谈判，在采购社会资本方阶段拟定特许经营协议中关注资本金的注入条款，包括出资方、出资方式、资本金来源及数额以及出资时间等，同时就设立协议、公司章程中的注册资本条款与特许经营协议内容一致性进行审核，明确社会资本方资本金出资义务。

（二）为避免注册资本缴纳不足而影响项目融资，律师可协助政府方结合项目实施进度要求、《公司法》相关规定要求等在设立协议及项目公司章程中对社会资本方出资进度作出合理安排。项目公司成立后，政府方应当监督项目公司各股东按时足额完成出资义务。

## 第二十七条 协助监督项目融资

在政府和社会资本合作项目中，政府方不承担项目融资责任，融资责任由项目公司或社会资本方承担，政府方应做好监督管理工作，政府方不得为项目公司或社会资本方的融资提供担保，在设定的政府方协助融资义务中，严防协议条款被定性为为项目提供保证担保等情形，防止企业债务向政府转移，造成政府隐性债务。由于能否成功获得融资直接关系到项目能否实施，因此大多数特许经营协议中会将完成融资交割作为项目公司的一项重要义务。

在协议条款约定的层面，律师可协助政府方明确项目公司的融资义务，并结合项目进度要求合理设置融资交割期限；在部分情况中，为进一步加强政府方对融资的监管、避免金融机构在政府和社会资本合作项目实施不畅的情况下可能的介入，还可在特许经营协议中要求项目公司或社会资本方与金融机构签订的融资协议不得进行约定的条款。

在协议履行层面，虽然政府方不承担项目融资责任，但在实践中政府方可能需提供相应资料协助项目公司或社会资本方申请融资，因此应建议政府方及时梳理、提供相关资料，避免因此导致融资交割延误；一旦发生项目公司或社会资本方无法或可能无法按期完成融资交割的情况，律师应提醒政府方及时向其发出书面函件，敦促项目公司或社会资本方按照特许经营协议约定完成融资交割，并协助政府方准备针对项目后续可能无法完成融资



交割的应急预案。

如项目公司或社会资本方未按照特许经营协议约定完成融资工作的，政府方可依法提出履约要求，必要时可提出终止特许经营协议，律师可协助政府方做好后续工作。

## **第二十八条 审查履约担保**

政府方可以根据项目实际情况，要求社会资本或项目公司提供各阶段的保函，常见的保函为：

### **（一）建设期履约保函**

建设期履约保函主要用于担保社会资本或项目公司在建设期能够按照特许经营协议的约定按时完成项目建设内容。此类保函的有效期一般从特许经营期起始日至项目建设期结束为止。政府方可在特许经营协议中要求保函的格式经政府方确认后方可开立。

### **（二）运营维护期的履约保函**

运营维护期的履约保函主要用于担保社会资本或项目公司在运营维护期内能够按照特许经营协议的约定履行运营维护义务。此类保函的有效期通常根据项目实际情况确定，可以一直延续至项目期限中止/提供移交保函之日。政府方可在特许经营协议中要求保函的格式经政府方确认后方可开立。

在项目期限内，社会资本或项目公司需保证保函的金额保持在一定的数额，一旦低于该金额，社会资本或项目公司有义务及时恢复至规定金额。

（三）此外，在个别项目中，政府方还可要求社会资本或项目公司提供移交维修保函，提交时点一般在项目协议期满终止日12个月之前，担保期限至项目协议期满移交后12个月届满之日。政府方可在特许经营协议中要求保函的格式经政府方确认后方可开立。

律师可根据政府方的委托，对上述保函文本进行法律审查，就保函内容中的不利条款进行风险提示并提出修改建议，以保障政府方在特许经营项目中的合法权益。

### 第三节 项目立项文件编制与审查服务

#### 第二十九条 项目立项文件编制与审查的法律服务内容

根据国办函115号文规定，对政府采用资本金注入方式给予投资支持的特许经营项目，应按照《政府投资条例》有关规定履行审批手续；对由社会资本方单独投资的项目，应按照《企业投资项目核准和备案管理条例》有关规定履行核准或备案手续，地方各级发展改革部门要发挥综合协调作用，严格把关项目特许经营方案等有关内容，依法依规履行项目审批、核准或备案职责。

#### 第三十条 项目立项文件编制与审查服务的审查要点

律师在进行项目立项文件编制与审查时应注意对下列事项进行提示和审查：

（一）根据资金来源区分立项手续：对政府采用资本金注入方式给予投资支持的特许经营项目，应按照《政府投资条例》有关规定履行审批手续；对由社会资本方单独投资的项目，应按照

《企业投资项目核准和备案管理条例》有关规定履行核准或备案手续。除涉密项目外，所有政府和社会资本合作项目均须使用全国投资项目在线审批监管平台生成的项目代码分别办理各项审批手续。不得以其他任何形式规避、替代政府和社会资本合作项目纳入全国投资项目在线审批监管平台统一管理。

（二）规范履行项目调整程序。完成审批、核准或备案手续的项目如发生变更建设地点、调整主要建设内容、调整建设标准等重大情形，应报请原审批、核准机关重新履行项目审核程序，必要时应重新开展特许经营模式可行性论证和特许经营方案审核工作。

根据《政府投资条例》相关规定，实行审批制的政府和社会资本合作项目，拟变更建设地点或者拟对建设规模、建设内容等作较大变更的，应当按照规定的程序报原审批部门审批。根据国家发改委《企业投资项目核准和备案管理办法》相关规定，实行核准制的政府和社会资本合作项目，如建设地点发生变更的，投资规模、建设规模、建设内容发生较大变化的，项目变更可能对经济、社会、环境等产生重大不利影响的以及需要对项目核准文件所规定的内容进行调整的其他重大情形，项目实施机构应当及时以书面形式向原项目核准机关提出变更申请；实行备案制的政府和社会资本合作项目，项目备案后，项目法人发生变化，项目建设地点、规模、内容发生重大变更或者放弃项目建设的，项目单位应当通过全国投资项目在线审批监管平台及时告知项目备

案机关，并修改相关信息。

律师应注意提示政府方注意监督项目公司（或社会资本方）在项目审批、核准或备案程序完成后 10 个工作日内，在全国政府和社会资本合作项目信息系统填报立项形式及时间、项目总投资、项目资本金等信息，并上传可行性研究报告、项目申请书及相关批复文件；完成审批、核准或备案手续的项目如发生变更建设地点、调整主要建设内容、调整建设标准等重大情形，项目公司（或社会资本方）应于重新履行项目审核程序后 10 个工作日内上传批复文件。

#### 第四节 项目建设阶段法律服务

##### 第三十一条 项目建设阶段的法律服务要点

在政府和社会资本合作项目建设阶段，政府方负有对项目公司或社会资本方履行政府和社会资本合作项目建设责任进行监督的义务。在这一阶段，律师主要配合政府方根据特许经营协议的约定对项目公司或社会资本进行监督，包括对项目公司内部运行的监督和项目工程质量、建设进度、建设成本控制、建设手续合法合规性的监督等。

###### （一）项目公司内部运行监督

对于项目公司内部运行的监督主要体现在未经政府书面同意，项目公司不得擅自进行股东变更，不得擅自处分自身资产，不得提前终止经营期限等。

###### （二）建设过程监督

对于项目建设的监督，体现在建设阶段项目各参建单位采购工作是否满足法律和特许经营协议的要求、建设进度和建设成本是否满足特许经营协议约定的要求、工程各阶段的建设手续是否完备等。特许经营项目法人确定后，如与前期办理审批、用地、规划等手续时的项目法人不一致，项目实施机构应监督项目法人依法办理项目法人变更手续，项目实施机构给予必要支持和便利。

在此阶段，律师可根据政府方的委托对项目公司的协议履行情况进行评估，对项目公司采购活动进行合法性及合规性监督，对工程建设过程进行跟踪检查，对可能存在的法律风险进行及时揭示。

律师应注意提示政府方注意监督项目公司（或社会资本方）在项目审批、核准或备案程序完成后 10 个工作日内，在全国政府和社会资本合作项目信息系统填报立项形式及时间、项目总投资、项目资本金等信息，并上传可行性研究报告、项目申请书及相关批复文件；完成审批、核准或备案手续的项目如发生变更建设地点、调整主要建设内容、调整建设标准等重大情形，项目公司（或社会资本方）应于重新履行项目审核程序后 10 个工作日内上传批复文件；项目公司（或社会资本方）应根据项目建设实施进度，及时填报项目开工时间、进展情况、竣工时间，并上传施工许可证、竣工验收报告等文件；需试运行或试运营的项目，项目公司（或社会资本方）应填报试运行或试运营时间，并上传相关许可文件。

## 第五节 项目运营阶段法律服务

### 第三十二条 项目运营阶段法律服务要点

项目运营阶段，项目实施机构应对社会资本或项目公司运营工作进行监督。如特许经营者存在违反法律法规和国家强制性标准，严重危害公共利益，造成重大质量、安全事故或突发环境事件等情形，律师可协助政府方依法依规向社会资本方或项目公司进行追责；对提供的公共产品或公共服务不满足特许经营协议约定标准的，依据协议约定协助政府向特许经营者追究违约责任，必要时可出具法律咨询意见。

律师应注意提示政府方注意每年开展运营评价并于每年 4 月 30 日前在全国政府和社会资本合作项目信息系统上传前一自然年度运营评价结果，监督项目公司（或社会资本方）于每季度结束后 10 个工作日内上传项目运营情况，并于每年 3 月 31 日前填报项目前一自然年度总收入、总成本、净利润，公共产品或公共服务年度交付量、平均单价及其分别占当年预测交付量、平均单价的比例等信息，上传经审计的年度财务报表，以免影响项目的正常开展。

律师应注意提示政府方及有关行业主管部门加强对特许经营项目涉及运营主体实质性变更、股权移交等重大事项的关注，跟进项目动向，避免社会资本方任意调整运营责任。

### 第三十三条 项目绩效评价工作概述

国办函 115 号文明明确规定项目实施机构对政府和社会资本

合作项目负有定期开展绩效评价的义务。项目实施机构应当根据特许经营协议和相关行业管理规定，会同有关方面定期开展运营评价，并按相关规定开展相应的绩效评价，对项目运营情况进行监测分析，评估潜在风险，建立约束机制，切实保障公共产品或公共服务的质量和效率。项目实施机构应将社会公众意见作为项目监测分析和运营评价的重要内容，加大公共监督力度，按照有关规定开展绩效评价，并建立根据绩效评价结果、按照特许经营协议约定对价格进行调整的机制，保障所提供公共产品或公共服务的质量和效率。

绩效评价的结果作为政府落实整改、监督问责的重要依据以及政府和社会资本合作实施过程中提供的产品及服务质量的评判标准。政府方应当重视并切实落实政府和社会资本合作项目绩效评价工作。

### **第三十四条 项目绩效评价阶段的法律服务内容**

律师作为专业法律服务的提供者，在政府和社会资本合作项目运营过程中，可协助政府方有效开展绩效评价工作，重点分析项目运营状况和项目合规性问题，及时评估已发现问题的风险并制定应对措施。具体的服务内容如下：

#### **（一）评价前期准备**

在拟开展评价工作前，政府方可能将召集专家或政府相关部门组建评价小组，讨论确定绩效评价的框架体系、制定评价方案，并向社会资本方或项目公司发出评价通知书和资料清单。律师可

从合法合规性的角度就评价框架的构建、评价标准的确立及评价方案的编制和完善提出分析建议,可提示政府方考虑是否将 ESG 评价纳入绩效评价之中,以响应项目可持续发展趋势的要求;并要求社会资本方或项目公司提交评价相关资料供其准备相关评价方案。

## （二）法律尽职调查

受政府方委托,律师可就项目公司项目运营情况进行法律尽职调查,对调查过程中发现的问题及法律风险进行及时和全面地披露,并根据政府方的要求出具法律尽职调查报告及法律意见书,提出整改建议。

## （三）评价后期工作

律师可协助政府方完成评价报告的编制和评审,协助评估评价报告中的法律问题,并就评价过程中发现的法律问题提出解决的思路和应对措施。

### **第三十五条 项目绩效评价法律服务的工作要点**

律师应提示政府方和项目实施机构:

在政府和社会资本合作项目实施阶段,绩效目标和指标体系原则上不予调整。但因项目实施内容、相关政策、行业标准发生变化或突发事件、不可抗力等无法预见的重大变化影响绩效目标实现而确需调整的,由项目实施机构和项目公司(或社会资本)协商确定,经审核通过后报本级人民政府批准。

## **第五章 政府和社会资本合作项目移交阶段法律服务**



## 第一节 政府和社会资本合作项目移交工作概述

项目移交常指在项目合作期限届满或者特许经营协议提前终止后，社会资本或项目公司须将全部项目设施及相关权益以协议约定的条件和程序移交给政府方或者政府方指定的其他机构。

项目移交一般包括移交准备、性能测试、资产交割和项目后评价等阶段。《传统基础设施领域实施政府和社会资本合作项目工作导则》（发改投资〔2016〕2231号）以及国办函115号文等相关文件明确了政府和社会资本合作项目移交的具体程序和要求。为确保项目符合移交的条件和标准、移交程序合法合规，维护政府方的合法权益，政府方可委托律师就政府和社会资本合作项目期满后的移交工作提供专业的法律服务。

## 第二节 项目移交阶段的法律服务内容

### 第三十六条 项目移交阶段的法律服务内容

律师为政府方提供政府和社会资本合作项目移交阶段专项法律服务，评估分析项目是否符合移交标准并提出应对方案，起草及审查移交相关法律文件，并协助进行移交，有助于移交的顺利进行，降低或避免移交过程中的法律风险。具体而言，律师可在以下几个方面提供相应的法律服务：

#### （一）移交工作组

在移交过渡期内，政府方和社会资本方或项目公司将共同成立移交工作组对移交工作事宜进行商议，移交工作组按照特许经营协议约定的移交标准，组织进行资产评估、性能测试和登记入

账等移交工作，保证项目处于良好运营和维护状态。在项目移交阶段，律师受政府方委托，可以协助政府方成立项目移交工作组，就移交工作的发起时间、移交程序、移交方式等具体内容提出法律建议，并指派专业律师参与移交工作的具体实施。

## （二）移交内容

政府和社会资本合作项目的移交范围通常包括：

- 1.项目设施；
- 2.项目所涉土地使用权、建（构）筑物及项目用地相关的其他权利；
- 3.与项目设施相关的设备、机器、零部件、备品备件以及其他动产；
- 4.项目实施相关人员；
- 5.移交项目的建设、运营和维护设施所要求的技术和技术信息；
- 6.与项目设施有关的手册、图纸、文件和资料（书面文件和电子文档）；
- 7.基于项目特点所需移交的其他文件。

律师受政府方委托，可就项目的移交范围进行法律尽职调查，了解项目的实际情况，并对项目移交范围内的资产、人员和资料等进行评估分析，对项目状况能否达到协议约定的移交条件和标准进行分析，并提示相关法律风险。

## （三）移交的条件和标准

为确保移交后的项目满足政府方的预期，能够符合后续继续运营该项目的要求，移交标准和条件的设置便是关键的一步。通常移交标准可分为技术性标准和权利性标准。首先，在项目期满移交时，需保证项目设施、土地、建（构）筑物以及相关的资产上不存在任何权利瑕疵，不存在任何担保等权利义务负担。在实际操作过程中，律师可协助政府方监督项目公司完成特殊动产或者不动产的权属变更登记等权利转移手续，并就前述资产上可能潜在的权利瑕疵制定相关的风险规避方案。其次，移交的设施需满足双方约定的技术、安全、环保、质量等要求，不存在任何遗留问题。

律师可根据政府方的要求，对移交范围内的项目是否达到协议约定的移交标准进行分析并进行法律风险揭示，并在不满足移交标准的情形下协助政府方完成与社会资本方的磋商。

#### （四）移交前法律尽职调查

律师可根据政府方的委托，就项目移交范围内的项目资产、人员、文件资料是否满足移交标准和要求进行调查，并出具法律尽职调查报告及法律意见书，全面披露所移交项目存在的问题或风险，并提出整改建议等。

#### （五）其他需要注意的问题

##### 1.项目相关协议的转让或解除

项目移交时，尤其在项目期满前移交的情况下，项目公司在项目建设和运营阶段签订的一系列重要协议可能仍然需要继续

履行。为确保政府方能够在移交阶段完全承继项目的全部权利和义务，需要由项目公司负责将这些尚未履行完毕的协议转让给政府方或政府方指定的其他机构。

在进行上述协议转让时，律师可协助政府方审查项目公司起草的相关权利义务转让协议，重点关注转让后主体的适格性、协议的可转让范围、协议价款的支付主体是否变化、协议转让是否增加受让方的费用支出、协议风险等，并注意审查转让行为是否使政府方被动承担因项目公司先前行为产生的有关债务（含或有债务）和责任风险，针对发现的问题适时提出法律建议和应对措施。

此外，针对一部分在项目移交阶段需要解除的协议，律师需关注该类协议中关于协议解除条款、违约责任的规定，就协议解除后是否会增加新的义务负担、费用支出及责任承担等进行法律风险评估，并向政府方进行提示。此外，律师还可根据政府方的委托审查项目公司与协议相对方签订的协议解除协议。

## 2. 技术转让

如在政府和社会资本合作项目实施过程中存在较高的专业性要求的，项目公司可能会使用第三方的技术（包括通过技术转让或技术许可的方式从第三方取得的技术）。特许经营协议中通常会约定，项目公司应在移交时将项目运营和维护所需要的所有技术，全部移交给政府或政府指定的其他机构，并确保政府或政府指定的其他机构不会因使用这些技术而遭受任何侵权索赔。如

果有关技术为第三方所有，项目公司应在与第三方签署技术授权协议时即与第三方明确约定，同意项目公司在项目移交时将技术授权协议转让给政府或政府指定的其他机构。

在项目移交阶段，律师可协助政府方对相关技术是否符合移交标准、相关技术转让文件的条款是否合法合规、是否存在侵权风险等进行审查并提出法律建议。

### 3.人员及资料移交

关于项目移交后的人员安排，律师可协助政府方制定人员接收及安置方案，重点关注拟接收人员在原单位工作期间工资及福利发放、社保、住房公积金缴纳等方面是否存在瑕疵或争议可能，并就不予接收人员的后续安排、经济补偿金支付责任等与社会资本方进行协商和谈判。关于项目资料的移交，律师可对项目公司提供的项目资料的完备性进行审查和核验。

### 4.政府和社会资本合作项目后评价工作

政府和社会资本合作项目移交完成后，政府方可对项目进行后评价，对政府和社会资本合作项目全生命周期的效率、效果、影响和可持续性等进行评价。评价结果应及时反馈给项目利益相关方，并按有关规定公开，并作为完善政府和社会资本合作模式制度体系的参考依据。

### 5.律师应注意的特别提示内容

政府和社会资本合作项目提前终止的，除履行上述移交工作外，如因政府方原因导致提前终止的，政府方应当依据实际情况

和协议约定给予社会资本公平合理补偿，并妥善处置项目公司存续债务，保障债权人合法权益；如因社会资本原因导致提前终止的，政府方应当依据协议约定要求社会资本承担相应赔偿责任。

## **第六章 特许经营协议在谈判阶段的法律服务**

### **第一节 特许经营协议再谈判阶段法律服务概述**

特许经营协议是政府和社会资本合作项目稳定运行的基础和重要依据。然而，基于原协议约定不完善、政府和社会资本合作项目超长期的履行期限等原因，在协议履行过程中可能发生订立协议时无法预见的变化，例如项目市场的重大变化、项目基础条件的变化、相关法律法规和政策的更新、合作条件的调整等情况。在这种情况下，如不依据前述变化相应调整协议条款的设置，将可能导致协议双方的权利义务明显失衡。此外，随着有关政策和法规的出台，对政府和社会资本合作项目实施严监管成为趋势，政府和社会资本合作项目的合规性不断被强化和明确。基于上述前提，为了确保项目合规及尽可能以协商方式解决双方争议问题，推进政府和社会资本合作项目的顺利开展，特许经营协议的再谈判存在客观上的必要性。

### **第二节 特许经营协议再谈判的开展**

#### **第三十七条 再谈判的基本原则**

政府和社会资本合作项目再谈判并非政府和社会资本方基于各自需求另行签订补充协议的过程，再谈判的过程仍需符合相关法律法规和政策要求的约束，即需要遵守一定的规则和基本原

则：

（一）合法合规原则。合法合规是政府和社会资本合作项目能够正常、有序和持续开展的重要前提。因此，在政府和社会资本合作项目再谈判阶段，仍需要以法律为准绳，既要保证再谈判的协议条款内容上的合法合规，还需要保障再谈判程序的合法合规性。在此基础上，进一步寻求公共利益最大化与社会资本合理利润最大化之间的平衡。

（二）不可实质变更原则。政府和社会资本在开展再谈判工作时，应当准确把握特许经营协议的可变内容与不可变内容，即仅针对可变部分内容进行协商调整，避免触及不可谈判的核心条款。

（三）风险合理分担原则。在对项目存在的现有和潜在风险进行充分识别和分析的前提下，通过再谈判尽可能实现项目风险的合理分配，即由对风险更具掌控力的一方控制相应的风险，从而实现双方在有效控制风险的情况下获得合理收益。

（四）有利于项目实施原则。政府和社会资本合作项目大多集中于基础设施与公用事业等涉及社会公共利益的领域，因此在进行再谈判时不应贸然主张解除、终止协议履行，以免损害公共利益。协议双方应当以继续推进项目开展为目的，通过合理地协商沟通来化解双方争议和矛盾。倘若无法在政府和社会资本合作模式下一致意见的，双方可考虑转变项目实施模式来争取推动项目顺利实施。

### **第三十八条 再谈判阶段的法律服务要点**

针对政府和社会资本合作项目的再谈判，律师可提供的法律服务主要如下：

（一）对政府和社会资本合作项目前期审批资料、采购情况、特许经营协议签署以及协议履行情况做基础调查工作，梳理特许经营协议及其履行情况，结合上级主管部门要求和最新法律法规与规范性文件规定梳理项目需要整改的问题点。

（二）参与政府方与社会资本方的协商、谈判，明确整改和再谈判的要点和方向，审查再谈判流程和内容的合法合规性。

（三）按照政府方要求完成再谈判相关的法律文件，如拟定谈判方案并审核再谈判的合法合规性、起草特许经营协议补充协议，就关键问题和风险出具法律意见等。

（四）协助推进再谈判、整改方案的落实，并协助后续与上级主管部门沟通。

（五）针对项目未来的合规操作提出相关建议，配合建立风险规避和防御体系。

## **第七章 律师办理政府和社会资本合作项目的法律服务风险防范**

### **第一节 项目法律服务的风险描述**

#### **第三十九条 律师提供项目服务的风险**

政府和社会资本合作项目具有涉及法律关系复杂、投资规模大和合作周期长的特点。同时，随着相关主管部门不断加强对政府和社会资本合作项目的规范和监管，政府和社会资本合作项目



的合规性审查要求也不断提高。在政府和社会资本合作项目中，律师主要针对项目潜在的法律风险进行调查、揭示并出具法律意见，保障政府和社会资本合作项目顺利开展。

国家发展改革委依据信息系统对参与项目的中介机构服务质量进行监测，对在提供特许经营方案编制、特许经营协议起草、可行性研究报告或项目申请报告编制、法律意见出具等中介服务时质量低劣、弄虚作假的，国家发展改革委将视情节轻重，依法依规对相关单位予以提醒、约谈、警告，涉及律师事务所的，如情节严重，将反馈司法部门，在信息系统中存在失信行为的项目参与方信息也将被纳入全国信用信息共享平台。

因此，在政府和社会资本合作项目监管逐步收紧的背景下，律师需要面临更大的压力和责任。实践中，律师为政府和社会资本合作项目服务的过程中面临的法律风险主要来自外部法律环境的不确定性以及主体行为的可变性两个方面，具体体现为以下法律风险：

#### （一）相关法律法规制度不完善，政策文件变更频繁

政府和社会资本合作项目涉及的法律法规众多，再加上我国政府和社会资本合作项目尚处于起步阶段，相应的法律法规不够健全，且效力层级较低。目前律师在提供政府和社会资本合作项目法律服务时，主要依据国务院、发改委、财政部以及其他相关部门出台的规范性文件和地方各级政府根据当地实践制定的规范性文件，与此同时，新的规定仍在不断出台，既有规定也在不

断更新，这一现状会给律师造成一个潜在的风险。

律师在为政府和社会资本合作项目的政府方提供法律服务的过程中，如果不及时掌握新规、更新自己的专业知识储备，就有可能无法识别政府和社会资本合作项目中存在的风险点，进而影响项目进展，甚至因违规问题被清退出库。

## （二）对相关领域及行业的规定了解不足

政府和社会资本合作项目涉及的行业领域十分广泛，重点包括公路、铁路、民航基础设施和交通枢纽等交通项目，物流枢纽、物流园区项目，城镇供水、供气、供热、停车场等市政项目，城镇污水垃圾收集处理及资源化利用等生态保护和环境治理项目，具有发电功能的水利项目，体育、旅游公共服务等社会项目，智慧城市、智慧交通、智慧农业等新型基础设施项目，城市更新、综合交通枢纽改造等盘活存量和改扩建有机结合的项目。项目实施过程，律师提供法律服务，可能涉及包括但不限于建设工程领域、金融领域、重大项目服务领域、公司治理领域、财税领域等，且政府和社会资本合作项目往往和具体的行业相结合，需要律师了解相关行业的规定，这对律师的综合能力提出了较高的要求。

律师在为政府和社会资本合作项目的政府方提供法律服务的过程中，如其综合能力不过硬，对相关领域及行业的规定了解不够，就有可能导致律师无法解决政府方的实际问题，甚至无法理解政府方需求。如发生此类情况的，将影响律师提供法律服务的质量，以及后续律师与政府方再次开展相关合作事宜的可能性。

### （三）相关调查未尽责

#### 1.合规性审查存在疏漏

律师受政府方委托，需要就政府和社会资本合作项目前期筹备、采购以及实施等阶段的各类文件材料内容的合法合规性进行审查，并出具审查或者法律意见。如律师在审查时未能充分揭示相关风险、未及时修正和调整存在的显著疏漏和问题，就可能会因项目文件资料不合规而阻碍项目进一步推进，律师也有可能因此面临相关责任的承担和赔偿风险。

为了保障项目文件资料的合法合规性，律师在进行法律核查时应当尽到应有的审慎义务，全面披露相关的法律风险，从而减轻及防范自身风险。

#### 2.尽职调查不充分

律师可接受政府方的委托，就存量项目调查、社会资本方移交项目开展法律尽职调查工作，重点审查存量项目或移交资产、人员和文件资料是否满足移交的标准和要求。

律师在为政府和社会资本合作项目的政府方提供法律尽职调查服务的过程中，应尽到律师应有的审慎义务，就存量项目资产权属或权利、存量债务、建设运营时间等进行全面调查；就移交项目存在的重大法律风险进行披露，并提出建设性建议。如律师未尽到应有的审慎调查义务，相关报告对政府方的最终决策可能产生重大负面影响的，律师可能被要求承担相应的赔偿责任。

### （四）法律主体行为可变性

政府和社会资本合作项目的参与主体包括政府方、社会资本方、金融机构、咨询机构以及承包商等。因政府和社会资本合作模式的运营较为复杂，涉及众多领域的商业活动，从而使得其在运行过程中存在潜在的主体行为可变性风险。例如社会资本方存在违反协议契约精神的行为，或者第三方机构不负责、不守约的原因导致工程或者运营情况的变更，影响项目进度或者存在给项目带来损失的风险等。

为了协助政府方顺利推进政府和社会资本合作项目，维护政府方的合法权益，律师在进行相关文件审查时就需要注意进行风险规避，预测可能存在的违约风险点，并站在政府方的角度设置有利条款。此外，在项目建设和运营阶段，律师受政府方委托需要对项目的整体运行情况进行把控，注意及时开展各方的行为合规性审查和评估。

#### （五）对社会公众利益考量不足

政府和社会资本合作模式主要适用于涉及公共利益的基础设施和公用事业项目，往往关乎社会公众的利益，涉及的主体中也不乏公权力机构，因此难免会出现各种利益的冲突。

律师在为政府和社会资本合作项目政府方提供法律服务的过程中，需要考虑对社会公众利益的维护，如有必要，可协助政府方与社会资本方进行灵活有效的协商与沟通，尽量避免不必要的群体性问题的发生而导致公众对政府方产生负面评价。

#### （六）未尽到保密责任

律师在为政府和社会资本合作项目政府方提供法律服务的过程中，对项目自身以及项目运行过程中所接触到的政府方和社会资本方的重要秘密文件、资料和信息应当予以保密，未经允许不得擅自透露给第三方，否则将面临相关违约责任的承担。

#### （七）其他

由于律师服务能力有限或者疏忽大意，导致出具的法律文件或报告存在非法律问题的错误和瑕疵，如对政府和社会资本合作项目的推行产生影响的，或者政府方认为有必要追责的，将面临相关违约责任的承担。

### 第二节 项目法律服务的风险防范措施

#### 第四十条 律师提供项目服务的风险防范

##### （一）及时更新学习新出台的政策法规

为政府和社会资本合作项目政府方提供法律服务的律师，首先应具备深厚的专业理论知识以及超高的专业技能水平，对现行有效的政府和社会资本合作规定有一个全面的了解，建立相关的法律知识体系，在为具体行业领域的政府和社会资本合作项目提供法律服务时，还需对该行业领域的规定有一个大致的了解。其次，在现有政府和社会资本合作相关法律知识体系的基础上，律师还需要随时关注国务院、发改委、财政部等有关部门及地方各级政府的政策动态和新闻资讯，对出台的新规及时进行了解学习，对于相关行业领域的规定、标准等也需要同步进行更新学习。只有做到知识的持续更新，技能的持续提升和发展，才能以更专业

的法律素养、更严谨的执业态度为政府和社会资本合作项目政府方提供专业的法律服务。

## （二）团队协作

政府和社会资本合作项目涉及的领域及行业众多，单一的律师通常只专注和熟悉某一版块，而无法就众多领域及行业的相关规定都有较深的了解。因此，律师在为政府和社会资本合作项目政府方提供法律服务时，可根据政府和社会资本合作项目的类型及自身的情况，选择相关行业领域中具备丰富的经验和较强的专业能力的律师进行合作，以团队的形式为政府和社会资本合作项目政府方提供专业且高效的法律服务。除了专业的律师团队外，还应当与工程类、经济类专业人员保持密切的合作关系，只有这样才能够为政府和社会资本合作项目政府方提供全面且充分的法律服务。

## （三）审慎调查和出具意见，充分披露法律风险

律师在进行特许经营协议起草、文件合规性审查、法律意见出具以及完成各项法律尽职调查的过程中，应确保所有数据、分析和结论都有可靠来源，避免任何夸大、误导或虚构信息的情况发生，确保所有出具的法律意见书、参与起草的特许经营协议等文件都基于详尽的法律研究，符合现行法律法规及政策要求，对出具的每一份文件进行严格的审核保持高度的专业性和准确性。在调查中，律师应勤勉尽责、诚信敬业，对调查对象法律方面的相关信息进行调查、核实和研究，查明调查对象是否存在法律方

面的瑕疵，充分揭示其可能存在的法律风险，从而帮助政府方做出合理的判断决策。

律师在开展尽职调查的过程中，应做到以下几点：

1.调查前确定法律尽职调查的范围和尽职调查的要求、重点。

2.明确尽职调查的假设前提，对有关事项予以说明与提醒。

3.制订有针对性的尽职调查资料清单。

4.与政府方、团队成员和调查对象相关人员等进行充分及时沟通。

5.关注材料中的细节，关注法律法规及政策性文件变化对项目实施的重大影响。

6.必要时与会计师、税务师等专业人士进行沟通，获取相关领域的专业知识和经验建议。

7.保证文件之间能够相互印证，相关判断均有足够的材料支撑及法律依据，法律尽职调查报告完整披露相关法律风险。

#### （四）树立维护社会公众利益的大局观

律师应当有全局意识，在为政府和社会资本合作项目提供法律服务的过程中需要关注对社会公众的利益维护。对于可能侵害社会公共利益的行为，应当及时向政府方披露和提醒，并根据需要协助政府方与社会资本方进行洽商，避免可能出现的损害社会公众合法权益的行为，树立正面的政府形象。

#### （五）严守保密义务

律师应当树立良好的职业道德观念，对在给政府和社会资本

合作项目政府方提供法律服务的过程中接触、了解到的资料负有保密的义务。律师在提供法律服务的过程中应当严格遵守《律师法》《律师职业道德和执业纪律规范》的规定，恪守律师职业道德和执业纪律的原则，不得为谋求私利做出违法甚至犯罪的行为。

#### （六）其他

律师应提升自身执业技能，不断学习法律、工程、投融资等专业知识，加强自身的素质建设，树立良好的工作作风及高度的工作责任心，规范执业行为、勤勉尽责、诚信敬业，从而减轻及防范律师为政府和社会资本合作项目政府方提供法律服务的执业风险。

## 第八章 附则

### 第四十一条 用途

本指引仅作为律师办理政府和社会资本合作项目过程中，为政府方提供法律服务业务指导之用，并非强制性规定或服务标准，不能以此作为判定律师执业是否尽职合规的依据，不能作为追究律师责任的依据。

### 第四十二条 法规变化

本指引根据 2024 年 6 月 30 日以前实施的法律法规、规章、规范性文件和司法解释的规定，结合司法判例和律师业务实践制定。如果国家的法律法规、规章、规范性文件及相关司法解释发生变化，应以新的规定为依据。



（本指引由深圳市律师协会政府与社会资本合作专业委员会负责起草。执笔人：

马浩然 广东盛唐律师事务所

熊 婷 上海市建纬（深圳）律师事务所

黄 蕾 上海市锦天城（深圳）律师事务所

