



大会

Distr.
GENERAL

A/CN.9/471/Add.9
2 December 1999
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
第三十三届会议
2000 年 6 月 12 日至 7 月 7 日，纽约

私人融资基础设施项目

私人融资基础设施项目立法指南各章草案

秘书长的报告

增编

立法建议汇编

目 录

	建 议	页 次
一. 一般性立法和机构框架.....	1—11	4
宪法和立法框架.....	1	4
授予特许权的权力范围.....	2—5	4
行政协调.....	6	4
基础设施服务的管理当局.....	7—11	4
二. 项目风险和政府支助.....	12—13	4
项目风险和风险分担.....	12	4
政府支助.....	13	5
三. 特许公司的选定.....	14—18	5
一般性考虑.....	14	5
投标人的预选.....	15—17	5
征求投标书的程序.....	18—27	5

	建 议	页 次
直接谈判.....	28—29	7
非邀约投标书.....	30—35	7
审查程序.....	36	8
授予项目的通知.....	37	8
筛选和授予程序的记录.....	38	8
四. 基础设施的建造和运营.....	39—59	8
关于项目协议的一般性规定.....	39—40	8
特许公司的组建.....	41—42	8
项目场地和地役权.....	43—44	8
财务安排.....	45—47	9
物权担保.....	48	9
特许权的转让.....	49	9
项目公司控股权益的转让.....	50	9
建筑工程.....	51	9
基础设施运营.....	52—54	9
一般性合同安排.....	55—59	10
五. 项目协议的期限、延期和终止.....	60—67	10
项目协议的期限和延期.....	60—61	10
项目协议的终止.....	62—64	11
项目协议期满或终止的后果.....	65—67	11
六. 争端的解决.....	68—70	12
订约当局与特许公司之间的争端.....	68—68bis	12
特许公司与其放款人、承包商及供应商之间的争端.....	69	12
特许公司与其客户之间的争端.....	70	12

前言

本指南各章均载有题为“立法建议”的一套建议采用的立法原则。立法建议的目的在于协助建立一个有利于私人融资基础设施项目的立法框架。本指南所载立法建议均附有说明，针对有关主题领域出现的财政、管理、法律、政策及其他问题进行分析性介绍。为便于参考，现将指南所载所有立法建议全文转载于后。望读者结合说明阅读立法建议，因为说明中提供了有助于加深对立法建议的理解的背景资料。

立法建议涉及在专门有关私人融资基础设施项目的立法中应予处理的问题。正如立法建议说明中所讨论的那样，立法建议并不涉及对私人融资基础设施项目也有影响的其他法律领域。另外，成功地实施私人融资基础设施项目，除建立适宜的立法框架以外，通常还需要采取各种其他措施，例如适宜的行政结构和做法、组织能力、技术专门知识、适当的人力及财力资源、经济稳定性等。

建议希望促进私人融资基础设施项目的所在国通过法律实施以下原则：

一. 一般性立法和机构框架

宪法和立法框架（见第一章，“一般性立法和机构框架”，第 2—14 段）

建议 1. 实施私人融资基础设施项目的立法和机构框架应确保项目的透明度、公平性以及长期可持续性。应取消对私营部门参与基础设施开发和运作的不合理的限制。

授予特许权的权力范围（见第一章，“一般性立法和机构框架”，第 15—22 段）

建议 2. 法律应确定有权签订实施私人融资基础设施项目协议的所在国的公共当局（视情况包括全国、省及地方各级当局）。

建议 3. 私人融资基础设施项目可包括建造和运营新的基础设施和系统或现有基础设施和系统的维护、现代化、扩建和运营的特许权。

建议 4. 法律应确定可授予特许权的部门或基础设施的类型。

建议 5. 法律应具体规定特许权在多大程度上可扩大到属于有关订约当局管辖范围内的整个区域，扩大到其中一个地理分部门或一个独立的项目，并根据适用于有关部门的法规和原则、法规条款、条例和政策，具体规定可否酌情授予享有或不享有独家经营权的特许权。可授权若干订约当局联合授予超出单一法域的特许权。

行政协调（见第一章，“一般性立法和机构框架”，第 23—29 段）

建议 6. 应建立机构机制，协调负责根据关于有关类型的基础设施的建造和运营的法规或管理规定签发实施私人融资基础设施项目所要求的批准书、执照、许可证或授权的公共当局的活动。

基础设施服务的管理当局（见第一章，“一般性立法和机构框架”第 30—53 段）

建议 7. 不应将管理基础设施服务的权限交给那些直接或间接为基础设施提供服务的实体。

建议 8. 管理权限应交给具有充分的自主权的职能上独立的机构，以确保其决定是在没有基础设施运营者和公共服务提供者的政治干预或不适当的压力的情况下作出的。

建议 9. 应公布管理程序规则。管理性决定应说明所依据的理由，并应通过出版物或其他手段使有关当事方可以查阅。

建议 10. 法律应确立特许权公司可据以要求独立、公正机构对某项管理性决定进行审查的具有透明度的程序，并应列出可据以提出审查要求的理由并规定可要求法庭审查。

建议 11. 应酌情建立专门程序以处理公共服务提供者之间有关指控违反制约有关部门的法律和条例的争端。

二. 项目风险和政府支助

项目风险和风险分担（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 8—29 段）

建议 12. 不应订约当局商定适合于项目需要的风险分担方法的能力加以不必要的法规或管理方面的限

制。

政府支助（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30—60 段）

建议 13. 法律应明确声明所在国的哪些公共当局可为实施私人融资基础设施项目提供财政或经济支助，以及授权其提供的是哪类支助。

三. 特许公司的选定

一般性考虑（见第三章，“特许公司的选定”，第 1—33 段）

建议 14. 法律应规定通过适合私人融资基础设施项目具体需要的具有透明度、高效率的竞争程序选定特许公司。

投标人的预选（见第三章，“特许公司的选定”，第 34—50 段）

建议 15. 投标人应表明其符合订约当局认为适合特定项目的预选标准，包括：

(a) 具备执行项目所有阶段——工程、施工、运营和维护——所必需的充分的专业和技术资格、人力资源、设备及其他有形设施；

(b) 具备管理项目的财务方面的足够的能力和维持项目的工程、施工和运营等各阶段供资需要的能力；

(c) 具备适宜的管理和组织能力、可靠性和经验，包括运营公共基础设施方面的以往经验。

建议 16. 应允许投标人组成联营集团提交标书，但是预选选定的联营集团的每一成员只能参加一个投标联营集团，不论是直接参加还是通过子公司参加。

建议 17. 订约当局应拟订预选选定的投标人的简短名单，然后将邀请这些投标人在预选阶段结束后提交投标书。

征求投标书的程序（见第三章，“特许公司的选定”，第 51—84 段）

征求投标书的单阶段和两阶段程序

建议 18. 预选程序结束后，订约当局应请预选选定的投标人提交最后投标书。

建议 19. 尽管上文所述，如果订约当局无法以足够详细和精确的方式拟订项目技术规格或性能指标及合同条件以拟订最后投标书，订约当局仍可利用两阶段程序向预选选定的投标人征求投标书。如果采用两阶段程序，将适用以下规定：

(a) 订约当局首先要求预选选定的投标人提交与产出技术规格和项目的其他特点以及拟议中的合同条款有关的投标书；

(b) 订约当局可召开投标人会议，澄清与初步征求投标书有关的问题；

(c) 在研究所收到的投标书之后，订约当局可审查并酌情修订最初的项目技术规格和合同条款，然后再发出最后征求投标书通告。

最后征求投标书通告的内容

建议 20. 最后征求投标书通告应至少包括以下内容：

- (a) 投标人为了编写和提交投标书可能需要的一般信息；
- (b) 适当的项目技术规格和性能指标，包括订约当局对安全、保卫标准和环境保护的要求；
- (c) 订约方提议的合同条款；
- (d) 评价投标书的标准，对每项这类标准所给予的相对权重，以及在评价投标书中运用这些标准的方式。

澄清和修改

建议 21. 订约当局可—— 不论是主动还是由于投标者要求澄清—— 通过在提交投标书截止日期以前合理的时间内发出增补通告的方式对最后征求投标书通告进行修改。

评价标准

建议 22. 评价和比较技术投标书应以投标人提交的投标书是否有效地满足了订约当局的需要为标准，其中包括：

- (a) 技术健全性；
- (b) 运营可行性；
- (c) 服务质量和确保服务连续性的措施；
- (d) 投标书提供的社会和经济发展潜力。

建议 23. 评价和比较财务及商业投标书的标准可视情况包括：

- (a) 拟议中的特许期内通行费、手续费及其他收费的现值；
- (b) 拟议中的订约当局任何直接支付的现值；
- (c) 设计和建造活动的费用、每年运营和维护费用，资本费用和运营及维护费用的现值；
- (d) 可望政府提供的任何财务支助的规模；
- (e) 拟议财务安排的健全性；
- (f) 拟议合同条款获得接受的程度。

投标书的提交、开启、比较和评价

建议 24. 订约当局可根据征求投标书通告中所列标准确立拟在投标书中体现的质量、技术和商业方面的临界值。未达到临界值的投标书应视为不符合要求。

建议 25. 不论是否使用了预选程序，订约当局都可保留要求投标人再次表明其根据征求投标书通告所列标准和程序或预选文件—— 视情况而定—— 所具备的资格。如果利用了预选程序，标准将与预选程序所采用的标准一样。

最后谈判

建议 26. 订约当局应按照征求投标书通告所列评价标准排出所有符合要求的投标书的名次，并邀请名列榜首的投标人进行项目协议的最后谈判。最后谈判不得涉及最后征求投标书通告中所述不可谈判的合同条款。

建议 27. 如果授标当局认为与被邀请的投标人的谈判显然不会达成项目协议，授标当局应通知投标人它将终止谈判，然后按照排名先后邀请其他投标人进行谈判，直至达成项目协议或否决所有其余的投标书。

直接谈判（见第三章，“特许公司的选定”，第 85—96 段）

建议 28. 法律应规定在哪些特殊情况下订约当局可经更高一级当局授权通过直接谈判选定特许公司，例如：

- (a) 当迫切需要确保提供服务方面的连续性时，因此，采用竞争性选择程序不切实际；
- (b) 项目期限短，且预计初步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) 如果只有一个来源能够提供所需要的服务（即需要利用专利技术或特有的专门知识）；
- (e) 如果发出参加预选程序邀请书或征求投标书通告后未收到申请或投标书，或所有投标书均未达到征求投标书通告中所列评价标准，而且在订约当局看来即使发出新的征求投标书通告也不大可能取得授予项目的结果；
- (f) 由于令人信服的公众利益原因而由更高当局授权作为这类例外的其他情况。

建议 29. 法律可要求在直接谈判中遵守下述程序：

- (a) 订约当局应发布谈判程序通知并在允许的情况下与尽可能多的被认为有能力执行项目的公司进行谈判；
- (b) 订约当局应制订并告知投标人资格标准和评价投标书的标准，并确定将给予各项标准的相对权重以及在评价投标书时如何适用这些标准；
- (c) 订约当局应以避免向投标人的竞争对手披露投标书内容的方式来处理投标书；
- (d) 订约当局与投标人之间的任何这类谈判都应保密，谈判的一方在未经另一方同意的情况下不得向任何他人披露与谈判有关的任何技术、价格或其他商业信息；
- (e) 谈判结束后，订约当局应要求所有仍留在程序中的投标人在规定的日期内提交关于投标书各个方面的最有利的最后报价；
- (f) 应根据订约当局确立的评价投标书的标准来评价投标书并给投标书排名次。

非邀约投标书（见第三章，“特许公司的选定”，第 97—117 段）

建议 30. 作为立法建议 12 至 25 所述筛选程序的例外，可授权订约当局根据法律为处理非邀约投标书建立的具体程序来处理非邀约投标书，但是这类投标书不得涉及订约当局已经开始或宣布了筛选程序的项目。

确定非邀约投标书可接受性的程序

建议 31. 在收到并初步审查非邀约投标书后，订约当局应在合理的短时间内通知建议人该项目是否符合

潜在公共利益。如果认为项目符合公共利益，订约当局应请建议人提交足够详细的正式投标书，以使订约当局能够恰当地评价其中概念或技术，确定投标书是否符合法律规定的条件，是否有可能按拟议项目的规模顺利实施。

建议 32. 建议人应保留对在整个程序期间提交的所有文件的所有权，如果投标书被拒绝，这些文件均应退还建议人。

处理不涉及专利概念或技术的非邀约投标书的程序

建议 33. 如果订约当局认为不利用非邀约投标书提出者拥有独家权利的工艺、设计、方法或工程概念也可取得项目的预期产出，或者拟议中的概念或技术并非真正独特或新的概念或技术，订约当局应启动上文建议 12 至 25 所述竞争性筛选程序。应邀请未邀约投标书提出者参加这类程序，并可因其提交投标书而给予某种形式的奖赏。

处理涉及专利概念或技术的非邀约投标书的程序

建议 34. 如果看来必须非邀约投标书提出者拥有专属权利的某项工艺、设计、方法或工程概念才能实现项目的预期产出，订约当局则应设法获得非邀约投标书的比较要素。为此，订约当局应公布该投标书主要产出要素说明，并邀请其他有兴趣的当事方在某段合理的期限内提交备选或可比较的投标书。

建议 35. 如果没有收到备选投标书，订约当局可开始与非邀约投标书提出者进行谈判，但须经更高级当局的批准。如果收到备选投标书，订约当局则应根据立法建议 27(b)至(f)的规定邀请所有建议人参加谈判。

审查程序（见第三章，“特许公司的选定”第 118—122 段）

建议 36. 如果投标人声称已经或可能会由于不履行法律规定订约当局必须履行的某项责任而受到损失或伤害，投标人可要求根据所在国法律审查订约当局的行为。

授予项目的通知（见第三章，“特许公司的选定”第 123 段）

建议 37. 订约当局应责成项目授予通知的发布。通知应列明特许公司名称并应摘要介绍项目协议基本条款。

筛选和授予程序的记录（见第三章，“特许公司的选定”，第 124—130 段）

建议 38. 订约当局应保持与筛选和授予程序有关的主要信息的适当记录。法律应规定公众有权查阅的要求。

四. 基础设施的建造和运营

关于项目协议的一般性规定（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 1—11 段）

建议 39. 法律可列明拟在项目协议中规定的核心条款，这些可包括下文建议 39 至 65 所述条款。

建议 40. 除非另有规定，项目协议受所在国法律的制约。

特许公司的组建（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 12—18 段）

建议 41. 订约当局应可选择要求中标人建立将所在地设在该国的独立的法律实体。

建议 42. 项目协议应明确规定项目公司的最低资本数额和获得订约当局批准项目公司章程和附则及其重大变动的程序。

项目场地和地役权（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 19—32 段）

建议 43. 项目协议应酌情明确规定哪些资产为公共财产，哪些资产为特许公司私有财产。项目协议应列明哪些属于要求特许公司在项目协议期满或终止后移交给订约当局或新的特许公司的资产；哪些为订约公司可选择从特许公司购买的资产；以及哪些属于项目协议期满或终止后特许公司可自由移动或处理的资产。

建议 44. 订约当局应帮助特许公司获得运营、建造或维持该设施所需要的地役权。法律可根据建造或运营有关设施的需要授权特许公司进入、穿越第三方地产、在第三方地产上作业或安装。

财务安排（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 33—51 段）

建议 45. 法律应使特许公司能够收取利用该设施或该设施所提供的服务的服务费或使用费。项目协议应规定调整这些服务费或使用费的方法和公式。

建议 46. 如果特许公司收取的服务费或使用费受来自管理机构的外部控制，法律应规定各种机制，对服务费调整公式进行定期的特别修订。

建议 47. 订约当局应有权力视情况同意向特许公司直接支付款，以替代或补充应由用户支付的服务费或承诺采购固定数量的货物或服务。

物权担保（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 52—61 段）

建议 48. 特许公司应负责筹集建造及运营基础设施所需要的资金，为此，特许公司应有权以其任何资产的物权担保、抵押项目公司的股份、抵押特许权产生的收益和应收款或以其他合适的担保来为项目所需要的任何融资作担保，但不得影响可能禁止特许公司拥有的公共财产建立物权担保的任何法律规定。

特许权的转让（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 62—63 段）

建议 49. 项目协议应规定在哪些情况下订约当局可同意特许权的转让，包括新的特许公司接受根据项目协议承担的所有债务，证明新的特许公司具备提供该项服务所必需的技术及财务能力。未经订约当局同意，不得向第三方转让特许权。

项目公司控股权益的转让（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 64—68 段）

建议 50. 特许公司资本的控制股权权益转让须经订约当局同意。

建筑工程（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 69—79 段）

建议 51. 项目协议应规定订约当局审查和批准施工计划和技术规格的程序、订约当局监督建造或改进基础设施的权利、订约当局在哪些情况下可命令改变施工技术规格以及有关设施、其设备和配件的测试和

最后检查、批准和验收的程序。

基础设施运营（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 80—97 段）

建议 52. 项目协议应视情况规定特许公司在多大程度上有义务确保：

- (a) 对服务进行调整以应对服务的实际需要；
- (b) 服务的连续性；
- (c) 以基本相同的条件为所有用户提供有关服务；
- (d) 酌情一视同仁地为其他服务提供者提供利用特许公司运营的任何公共基础设施网络的机会。

建议 53. 项目协议应规定：

- (a) 特许公司在多大程度上有义务酌情向订约当局或管理机构提供关于其运营情况的报告及其他资料；
- (b) 监测特许公司运作情况的程序以及采取订约当局或管理机构认为适宜的合理行动的程序，以确保根据适用法律和合同要求妥善经营基础设施并提供各项服务。

建议 54. 特许公司应有权颁布并执行有关使用设施的规则，但须经订约当局或管理机构批准。

一般性合同安排（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 98—150 段）

建议 55. 订约当局可保留审查及批准特许公司拟签订的重大合同的权利，特别是拟与特许公司本身的股东或有关人员签订的合同。通常，订约当局不应拒绝批准，除非合同中载有与项目协议不一致的条款，或明显违背公共利益或公法性强制性规则。

建议 56. 特许公司及其放款人、保险人和其他订约伙伴应可自由选择适用于制约它们之间合同关系的法律，但选择会违反所在国的公共政策的情况除外。

建议 57. 项目协议应规定：

- (a) 可要求特许公司提供的与设施的建造和运营有关的履约保证金的形式、期限和数额；
- (b) 可要求特许公司维持的保单；
- (c) 当发生立法变化或经济或财务状况的其他变化，使履约需要付出比当初预见的大得多的努力时，特许公司有权得到的赔偿。项目协议应进一步规定各种机制，以在发生上述变化的情况下对项目协议进行修订；
- (d) 当事方双方中的各方由于超出它们合理控制范围的情况而无法履行或推迟履行项目协议所规定的任何义务时，可在多大程度上免除其赔偿责任；
- (e) 订约当局和特许公司在对方违约的情况下可采用的补救方法。

建议 58. 项目协议应规定在哪些情况下订约当局可临时接管有关设施的运营，以确保在特许公司严重违约时确保有效、不间断地提供服务。

建议 59. 如果特许公司在提供所需服务方面严重违约，或如果发生已规定的其他可合理地终止项目协议的事件，可授权订约当局与放款人签订协议，经订约当局同意，指定一个新的特许公司根据现有项目协议履约。

五. 项目协议的期限、延期和终止

项目协议的期限和延期（见第五章，“项目协议的期限、延期和终止”第…至…段）

建议 60. 项目协议应明确规定特许权的期限。

建议 61. 特许权期限不应展延，但法律规定的情況除外，例如：

- (a) 由于发生任何一方合理控制范围以外的情况而造成竣工延期或运营中断；
- (b) 由于订约当局或其他公共当局的行为而导致项目暂停；
- (c) 为了使特许公司能够收回由于订约当局提出项目协议中当初没有预见到的要求而产生的额外费用，因为特许公司无法在项目协议正常期限内收回这些费用。

项目协议的终止（见第五章，“项目协议的期限、延期和终止”第…至…段）

由订约当局提出的终止

建议 62. 订约当局应有权在下述情况下终止项目协议：

- (a) 如果由于破产、严重违约或其他情况，不能再合理地期待特许公司能够或愿意履行其义务；
- (b) 为了公共利益的原因，但须向特许公司支付补偿金；

由特许公司提出的终止

建议 63. 在法律规定的诸如以下特殊情况下，特许公司应有权终止项目协议：

- (a) 如果订约当局或其他公共当局在履行其根据项目协议承担的义务方面存在严重违约情况；
- (b) 如果由于订约当局要求改动的指令或其他行为、未曾预见的情况变化或其他公共当局的行为使特许公司必须付出更大的努力才能履约，而且当事双方未能就适当修改项目协议达成一致。

由任一当事方提出的终止

建议 64. 如果由于发生超出任何一方合理控制范围的情况而使其无法履约，任一当事方都应有权终止项目协议。各方还应有权经双方同意终止项目协议。

项目协议期满或终止的后果（见第五章，“项目协议的期限、延期和终止”第…至…段）

向订约当局或新的特许公司移交资产

建议 65. 项目协议应规定视情况确立特许公司对项目协议期满或终止时移交订约当局或新的特许公司的资产或订约当局购买的资产方面有权获得的赔偿的标准。

终止时的财务安排

建议 66. 项目协议应规定终止项目协议时各当事方应得补偿金额的计算方法，规定酌情根据项目协议所完成的工作的合理的价值以及包括盈利损失在内的各种损失的补偿金额。

停业和转让措施

建议 67. 项目协议应视情况规定当事方在以下方面的权利和义务：

- (a) 运营有关设施所需要的技术转让；
- (b) 对订约当局人员或继任特许公司进行设施运营和维护方面的培训；
- (c) 在设施移交订约当局或继任特许公司之后合理的一段时间内，由特许公司提供运营和维修服务，并根据需要提供备件。

六. 争端的解决

订约当局与特许公司之间的争端（见第六章，“争端的解决”，第…至…段）

建议 68. 订约方应可自由同意当事方认为合乎项目需要的解决争端机制，包括仲裁。

[建议 68 之二. 法律应表明订约当局能否和在多大程度上可提出主权豁免请求，以阻止仲裁程序或司法程序的启动或作为对执行裁决或判决的抗辩。]

特许公司与其放款人、承包商及供应商之间的争端（见第六章，“争端的解决”，第…至…段）

建议 69. 特许公司应可自由选择适当的机制来解决项目主办者之间的商业争端，或特许公司与其放款人、承包商、供应商及其他商业伙伴之间的争端。

特许公司与其客户之间的争端（见第六章，“争端的解决”，第…至…段）

建议 70. 可要求特许公司提供简易、高效的机制，以处理客户或基础设施用户提出的申诉。