



Distr.: General  
26 September 2002  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第三十六届会议  
2003年6月30日至7月18日，维也纳

私人融资基础设施项目工作组第五届会议工作报告  
(2002年9月9日至13日，维也纳)

目录

章次	段次	页次
一. 导言 .....	1	2
二. 会议安排 .....	2-7	2
三. 审议情况和决定 .....	8-9	2
四. 对私人融资基础设施项目示范立法条文草案的一般说明 .....	10-21	3
A. 导言 .....	10-17	3
B. 示范立法条文草案与立法指南之间的关系 .....	18-21	4
五. 审议示范立法条文草案 .....	22-140	4
一. 总则 .....	26-40	5
二. 特许公司的选定 .....	41-140	8
1. 投标人的预选 .....	44-62	9
2. 征求投标书的程序 .....	63-97	12
3. 不经过竞争程序谈判特许权合同 .....	98-109	17
4. 非邀约投标书 .....	110-125	20
5. 杂项规定 .....	126-140	22
三. 基础设施的建造和运营 .....	141-204	24
四. 特许权协议的期限、展期和终止 .....	205-230	33
1. 特许权协议的期限和展期 .....	205-209	33
2. 特许权协议的终止 .....	210-224	34
3. 特许权协议期满或终止时的安排 .....	225-230	35
五. 纠纷的解决 .....	231-243	36
附件. 私人融资基础设施项目示范立法条文草案 .....		38



## 一. 导言

1. 联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）的本次报告论及私人融资基础设施项目工作组（原称国际销售货物时限和期限（时效）问题工作组）第五届会议的情况。

## 二. 会议安排

2. 工作组由委员会的所有成员国组成，2002年9月9日至13日在维也纳举行了第五届会议。工作组的下列成员国代表出席了本届会议：阿根廷、奥地利、巴西、喀麦隆、中国、哥伦比亚、法国、德国、洪都拉斯、匈牙利、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、肯尼亚、立陶宛、墨西哥、罗马尼亚、俄罗斯联邦、卢旺达、西班牙、瑞典、泰国和美利坚合众国。

3. 下列国家的观察员出席了本届会议：阿尔及利亚、安提瓜和巴布达、捷克共和国、阿拉伯利比亚民众国、秘鲁、菲律宾、波兰、大韩民国、斯洛伐克、土耳其、乌克兰和也门。

4. 下列国际组织的观察员也出席了本届会议：联合国工业发展组织、国际法律研究中心、欧洲法学学生协会和欧洲律师联盟。

5. 工作组选出下列主团成员：

主席： Tore Wiwen-Nilsson（瑞典）

报告员： Ali Hajigholam Saryazdi（伊朗伊斯兰共和国）

6. 工作组收到了下列文件：临时议程（A/CN.9/WG.I/WP.28）；秘书处关于拟订私人融资基础设施项目示范立法条文有关问题的说明（A/CN.9/WG.I/WP.29）以及由秘书处协同外部专家编写的载有全套示范立法条文草案的两份补充说明（A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1和2）；《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》。

7. 工作组通过了下述议程：

1. 会议开幕
2. 选举主席团成员
3. 通过议程
4. 审议示范立法条文草案
5. 其他事项
6. 通过报告

## 三. 审议情况和决定

8. 在其第五届会议上，工作组根据委员会第三十四届会议（2001年6月25日至7月13日，维也纳）上作出的一项决定，继续着手拟订私人融资基础设施项目领域中的核心示范立法条文草案。工作组使用第6段中提到的各份说明（A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1和2）作为审议基础。

9. 工作组审查了本报告附件所载示范立法条文草案并核准了这些草案的案文。工作组请秘书处向各国分发示范立法条文草案征求意见，并连同从各国收到的评论意见将

示范立法条文草案一并提交委员会第三十六届会议（2003年6月30日至7月18日，维也纳）审查并通过。

#### 四. 对私人融资基础设施项目示范立法条文草案的一般说明

##### A. 导言

10. 委员会第三十三届会议（2000年6月12日至7月7日，纽约）通过了《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》，其中包括立法建议(A/CN.9/471/Add.9)、委员会在该届会议上通过的修正和对立法建议的说明(A/CN.9/471/Add.1-8)，委员会授权秘书处根据委员会的审议最后审定立法建议。此后，用所有正式语文出版了立法指南。

11. 委员会在同一届会议上还审议了关于在该领域今后开展工作的建议。有人建议，虽然立法指南在建立一个有利于私人投资公共基础设施法律框架方面可供国内立法者参考，但是，委员会似宜以处理特定问题的示范立法条文的形式、甚至可以用示范法的形式来制定较具体的指南。

12. 在对上述建议进行审议后，委员会决定在其第三十四届会议上审议制定关于立法指南所涉某些问题的示范法或示范立法条文的可取性和可行性问题。为协助委员会就该事项作出明达的决定，委员会请秘书处同其他有关国际组织和国际金融机构合作，安排一次专题讨论会，传播关于立法指南的知识。

13. 关于私人融资基础设施：法律框架和技术援助的专题讨论会在公私营基础设施咨询机构的共同主办和组织协助下举行。公私营基础设施咨询机构是一个多方捐助技术援助机构，旨在通过私营部门的参与帮助发展中国家提高其基础设施的质量。这次专题讨论会于2001年7月2日至4日委员会第三十四届会议第二周期间在维也纳召开。

14. 委员会在其第三十四届会议上赞赏地注意到秘书处的一份说明(A/CN.9/488)中所概述的该专题讨论会的结果。委员会对公私营基础设施咨询机构所提供的财政和组织方面的援助表示感谢，委员会还对派代表参加会议的各国际政府间组织和非政府组织以及参加专题讨论会并发言的人表示感谢。

15. 委员会第三十四届会议的工作报告反映了就委员会在私人融资基础设施项目方面进一步开展工作的可取性和可行性问题所发表的各种看法。委员会一致认为，应赋予一个工作组草拟私人融资基础设施项目领域核心示范立法条文的任务。委员会认为，要想在合理的时间内完成这方面的进一步工作，就必须在立法指南所涉诸多问题中划出一个专门的领域。因此，与会者商定，这一工作组的第一届会议应确定示范立法条文可以论及的具体问题，可能的话，示范立法条文可以成为立法指南的增编。

16. 工作组第四届会议于2001年9月24日至28日在维也纳举行。委员会收到了《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》。工作组决定以立法指南所载立法建议作为审议的基础。工作组还收到了第6段中提及的专题讨论会的报告(A/CN.9/488)。

17. 专题讨论会上提出的一项建议(见A/CN.9/488,第19段)请工作组注意基础设施项目的特定阶段，即特许公司的选定，以期立法拟订具体的起草建议。然而，工作组认为，可能也有必要就各种其他议题制定示范立法条文(见A/CN.9/505,第18-174段)。工作组请秘书处以这些审议情况和决定为基础，拟订私人融资基础设施项目领域的示范立法条文草案，提交工作组第五届会议审查和进一步讨论。示范条文草案载于提交工作组第五届会议的秘书处的说明中。

## B. 示范立法条文草案与立法指南之间的关系

18. 在其第五届会议上，工作组详细审议了示范条文草案与立法指南之间的关系。普遍认为，示范条文草案并非脱离立法指南所依据的政策和原则，而是对这些政策和原则的发展。因此，示范条文草案不但不能取代整个立法指南，反而应当根据并借助立法指南中的解释性说明加以理解和适用。

19. 工作组进而审议了示范条文草案与立法指南所载立法建议之间的特殊关系。关于这一点，工作组认为，示范条文草案涉及各项立法建议中论及的大部分主题事项。但是，工作组还注意到，在有些立法建议中涉及的事项，并未在任何示范条文草案中论及，尤其是第1条以及第5至13条建议。仅从这一点来看，就排除了以示范条文草案取代整个立法建议的可能性。

20. 工作组接着审议了是作为相互关联、但又各自独立的案文保留示范条文草案和立法建议还是将其并入单一个案文的问题，如果并入单一个案文，可以载入所有示范条文草案和那些未在任何示范条文草案中论及的立法建议。

21. 虽然有人支持把立法建议同示范条文草案分开，认为这样可以更为清楚地反映委员会在这个问题上的工作进展，但普遍倾向于为了便于使用者参考，不妨探讨如何将它们合并起来。工作组请秘书处认真审查示范条文草案和立法建议，以确定哪条立法建议涉及未在示范条文草案中涉及的事项。然后将这些立法建议和示范条文草案放在同一个案文中，另起一个标题，以便使委员会能够就此事项作出明达的决定。工作组还向委员会建议，示范立法条文一旦通过，即应考虑以其取代涉及同一主题事项的那些立法建议。工作组同意向委员会提出下述建议：在委员会的出版物预算资金允许的情况下，应当在委员会通过示范条文草案之后尽快将其并入立法指南，用单一个出版物发行。但是，为了不延误示范条文的传播并避免浪费现有积存的立法指南，与会者建议委员会考虑可否把示范条文草案暂时放在单独的出版物中，但其中应适当说明示范条文草案与指南之间的关系。

## 五. 审议示范立法条文草案

### 前言

22. 前言案文如下：

“下文的示范立法条文（以下简称为“示范条文”）系联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）所编写，作为委员会于2000年通过的贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南（以下简称为“立法指南”）的增编。示范条文的目的在于进一步协助国内立法机构建立一个有利于私人融资基础设施项目的立法框架。望使用者结合立法指南所载立法建议和说明阅读示范条文，说明中对有关主题领域出现的财务、管理、法律、政策及其他问题作了分析性解释。

“示范条文包括一套关于在特别涉及私人融资基础设施项目的立法中值得注意事项的核心条文。虽然大多数示范条文与立法指南所载具体的立法建议有关，但其并不涵盖立法建议中涉及的全部问题范围。特别是，未制定任何关于行政或机构事项的具体示范条文，例如，关于立法建议1和5-13所涉及的事项。

“示范条文在设计上是为了通过颁布进一步的细则条例来加以实施和补充的。因此，其中相应指明了适合于由条例而不是由法规处理的领域。另外，成功

地实施私人融资基础设施项目，除要求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、法律和财务专门知识、适当的人力和财力资源以及经济稳定性等。

“应当指出，示范条文并不涉及对私人融资基础设施项目也有影响但立法指南中并未就其提出具体立法建议的其他法律领域。这些其他法律领域包括，例如，促进和保护投资、物权法、担保权益、关于强制征购私有财产的法规和程序、一般合同法、关于政府合同的法规，以及行政法、税法和环境保护及消费者保护法。

“为便于使用者参考，在各项示范条文之前加上了标题，标题尽可能沿用立法指南中相关各节的标题和其中的立法建议的各项标题。但是，为了确保示范条文通篇风格统一，增加了一些大小标题，并对原有一些大小标题作了修改，以反映其所涉示范条文的内容。”

23. 工作组商定，在第三段最后一句话中，用“技术、法律和财务专门知识”取代“技术专长”，在第四段最后一句话中，在“关于政府合同的法规”之前加上“一般合同法”。

24. 工作组还注意到，对于前言中提及示范条文草案与立法指南所载立法建议的关系之处，或许有必要根据委员会就此事项作出的最后决定进行调整。

25. 在同意作出这些修改后，工作组核可了前言的实质内容并将其交给起草小组处理。

## 一. 总则

### 示范条文第 1 条. 序言

26. 本条示范条文草案案文如下：

#### 备选案文 A

“……[政府][议会]认为应建立一个立法框架，以促进和便利对基础设施发展的私人投资，

“兹颁布如下：”

#### 备选案文 B

“……[政府][议会]认为应建立一个有利的框架，以便通过促进透明度、公平性和长期可持续性以及消除对私营部门参与基础设施发展和运营的不合理限制，实施私人融资基础设施项目；

“……[政府][议会]认为应通过建立关于授与基础设施项目的特定程序，进一步确立关于公共机构授与合同过程中的透明度、精简节约和公平性一般原则；

“[颁布国可能希望申明的其他目标；]

“兹颁布如下：”

27. 与会者注意到，工作组在其第四届会议上承认，立法指南立法建议 1 中载列的这两个条文均属一般性质的条文，因此，不适合改写为立法规定。但是，与会者还一致认为，或许可以在工作组可能决定编写的示范立法条文的序言或解释性说明中保留这条建议的实质内容，以此提醒注意在私人融资基础设施领域中应追求的广泛目标（A/CN.9/505，第 91 段）。

28. 与会者指出，备选案文 A 只反映立法建议 1 的实质内容。备选案文 B 更为具体，包括一个反映了立法建议 14 的实质内容的序言段落，工作组也认为将其改写为法律条文是有价值的。

29. 普遍表示支持只保留备选案文 B。这个备选案文不但更全面，而且还允许颁布国增添它们可能认为适当的其他目标。

30. 关于序言的措辞，与会者一致认为，应当在“框架”一词的前面加上“立法”一词；并在“实施私人融资基础设施项目”之前加上“促进和便利”。在增添这些措辞的情况下，工作组核准了本条示范立法条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 2 条. 定义

31. 本条示范条文草案案文如下：

“在本法中：

“(a) ‘**基础结构设施**’系指直接或间接向一般公众提供服务的有形设施和系统；

“(b) ‘**基础设施项目**’系指新基础结构设施的设计、施工、开发和运营或现有基础结构设施的翻修、现代化改造、扩展或运营；

“(c) ‘**订约当局**’系指有权为[根据本法的规定]实施某一基础设施项目而签订特许权协议的公共当局；<sup>1</sup>

“(d) ‘**特许公司**’系指根据与订约当局签订的特许权协议实施基础设施项目者；

“(e) ‘**特许权协议**’系指订约当局与特许公司之间签订的规定了实施某一基础设施项目的范围和条件的有法律约束性的合同；

“(f) ‘**投标人**’系指关于授与基础设施项目的筛选程序的参加者,包括参加者群体;<sup>2</sup>

“(g) ‘**非邀约投标书**’系指非因响应订约当局在筛选程序内发出的征求书或邀约书而提交的与实施某一基础设施项目有关的任何投标书；

“(h) ‘**管理机构**’系指获得授权负责就基础结构设施或有关服务的提供而发布和执行规则和条例的公共机构。<sup>3</sup>”

<sup>1</sup> 应当指出的是，本定义所指的当局仅与签订特许权协议的权力有关。视颁布国的管理制度而定，在(h)项中被称为‘管理机构’的某一单独机构可负责发布关于提供相关服务而制定的规则和条例。

<sup>2</sup> ‘投标人’一词视情况而言定既可包括已寻求应邀参加预选程序者，也可包括已对订约当局投标书征求通告提交了投标书者。

<sup>3</sup> 可能需要在特殊立法中论及这种管理机构的组成、结构和职能[见建议 7-11 和第一章‘一般性立法和体制框架’，第 30-53 段]。”

32. 工作组注意到，除非另有说明，本条示范条文草案中载列的各项定义均取自或基于立法指南(特别参见：立法指南，“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 9-20 段)。

## 订约当局

33. 与会者指出，拟议定义把“订约当局”的概念同“特许权协议”联系起来，以避免提及实际负责实施基础设施项目的实体的问题。

## 特许权协议

34. 工作组注意到，考虑到难以提供一个可为不同法律制度接受的“特许权”一词的定义，秘书处提出把“项目协议”的概念和“特许权”的概念并入单一条定义。同立法指南中所使用的“项目协议”这一相应概念相比，采用“特许权协议”一词的好处是有利于把示范条文草案纳入本国法律制度，这是因为，虽然“特许权协议”一词过去只在民法法域中比较广泛地使用，但如今已在普通法法域中得到越来越多的使用。

35. 出于这些考虑，工作组一致认为，“特许权协议”或“特许权合同”这样的词语比“项目协议”更可取。最后，在现有可供选择的词语中，“特许权合同”一词最为与会者看好，因为该词已在许多法律制度中使用，避免了“协议”一词的某些模糊之处，有些代表团认为，“协议”一词放在公法体系中使用更妥当。

36. 有的与会者认为，“有法律约束力”一词是多余的，因为一般都认为合同在大多数情况下具有法律约束力。对此有人指出，在有些法域中，订立特许权合同的公共实体享有单方面改变特许权合同的规定和条件的权力。与会者认为有必要加上一些限定词，以强调特许权合同对双方当事人具有同样的约束力。工作组同意这一建议，核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。工作组请秘书处对所有示范法条文进行修订，以确保在其他条文中作出相应的修改。

## 示范条文第 3 条. 签订特许权协议的权力

37. 本条示范条文草案案文如下：

“下列公共机构有权为实施属于其各自权限范围的基础设施项目签订特许权协议：<sup>4</sup>[颁布国列举东道国中可签订特许权协议的有关公共当局，详尽或作为示例列出公共当局名称一览表，公共当局的类别或种类一览表，或名称兼类别]<sup>5</sup>。”

<sup>4</sup> 最好是根据关于有关类型基础结构设施的施工和运营的法律或管理规定，建立有关体制机制，以协调负有颁发私人融资基础设施项目实施工作所需的批准书、执照和许可证的职责的公共当局的活动（见立法建议 6 和第一章，‘一般性立法和体制框架’，第 23-29 段）。除此之外，对那些在考虑为基础设施项目提供特定形式的政府支助的国家来说，相关法律，例如关于受命提供政府支助的实体的活动的立法和条例，可能有必要明确指明哪些实体有权提供这种支助以及应提供何种支助（见第二章‘项目风险和政府支助’）。

<sup>5</sup> 对于如何完成此项示范条文，颁布国一般可有两种选择。一种方法是，可在示范条文或拟附在其后的附表中提供一份有权签订特许权协议的当局的名称一览表。另一种方法是，颁布国可指明有权签订这种协议的政府级别，而无需给出有关公共当局的名称。例如，在一个联邦制国家，这种授权条款可提及‘联邦、州[或省]和市’。无论如何，那些希望载列一份详尽的当局名称一览表的颁布国不妨考虑建立可根据需要修订此一览表的机制。为达到这一目的，可将该名称一览表列入法律的一个附表之中或可能在其之下发布的条例之中。”

38. 与会者认为，本条示范条文草案反映了立法建议 2。工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其提交给起草小组处理。

#### 示范条文第 4 条. 适合的基础设施部门

39. 本条示范条文草案案文如下：

“下列部门的有关当局可以签订特许权协议：[颁布国详尽或作为示例列出有关部门]。<sup>6</sup>”

---

“<sup>6</sup> 那些希望载列一份详尽的部门名称一览表的颁布国不妨考虑建立可根据需要修订此一览表机制。为达到这一目的，可将该名称一览表列入法律的一个附表之中或可能在其之下发布的条例之中。”

40. 据认为，本条示范条文草案反映了立法建议 4。工作组核准了示范条文草案的实质内容并将其提交给起草小组处理。

## 二. 特许公司的选定

#### 示范条文第 5 条. 筛选程序的规则

41. 本条示范条文草案案文如下：

“应当根据[示范条文第 6-26 条]，以及对于其中未予规定的事项，根据[颁布国指明其法律中关于通过透明和有效率的竞争程序授与政府合同的规定]<sup>7</sup> 进行基础设施项目的授与。”

---

“<sup>7</sup> 请指南使用者注意特许公司的筛选程序与颁布国中关于授与政府合同的一般立法框架之间的关系。虽然可能有必要应用传统采购方法中存在着的一些结构性竞争要素，但是需要作一些修改，以考虑到私人融资基础设施项目的特殊需要，例如明确界定的预选阶段、投标书征求通告拟订上的灵活性、特殊评价标准以及与投标人谈判的某些范围。本章反映的筛选程序主要是依据了 1994 年 5 月 31 日至 6 月 17 日在纽约举行的贸易法委员会第二十七届会议通过的《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（以下称作‘采购示范法’）范围内的主要服务采购方法的特征。关于特许公司的选定的示范条文无意取代或照搬颁布国关于政府采购的全部规则，而是协助其本国立法者制订适合于筛选特许公司的特殊规则。示范条文假定，在颁布国存在着一个用于授与政府合同的一般框架，该框架以满足采购示范法的标准的方式提供透明的高效率竞争程序。因此，示范条文并不涉及一般见于充分的一般采购制度的一些实际程序性步骤。这方面的例子包括下列事项：通知发布方式、投标书征求通告发布程序、采购过程的记录、公众对信息的获得、投标担保和审查程序。这些示范条文的说明酌情提请读者参考采购示范法的规定，这些规定经过在细节上作必要的修改后可作为对示范条文中所述筛选程序实际要素的补充。”

42. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 14 的基本原则，所附的脚注旨在突出特许公司筛选程序与颁布国中关于政府采购的一般立法之间的密切关系。

43. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。



## 1. 投标人的预选

### 示范条文第 6 条. 预选的目的和程序

44. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 订约当局[可以][应当]参与预选程序，以便确定适合于实施所设想的基础设施项目的合格投标人。

“2. 应当根据[颁布国指明其法律中关于公布有关参加供应商和承包商资格预审程序的邀请书的规定]公布关于参加预选程序的邀请书。

“3. 如若[颁布国指明其采购程序法中关于参加供应商和承包商资格预审程序的邀请书内容的规定]<sup>8</sup> 尚未予以规定，参加预选程序的邀请书应当至少包括以下内容：

“(a) 描述拟建设或翻修的基础建筑；

“(b) 指明项目其他主要要素，例如特许公司将提供的服务，订约当局设想的财务安排（例如，项目是否完全将由使用费或通行费供资，或是否可向特许公司提供诸如直接付款、贷款或担保等公款），

“(c) 概要说明将订立的特许权协议的已知主要条款；

“(d) 预选申请书的提交方式和地点以及提交截止日期，应当指明具体截止日期和时间，让投标人有充足的时间准备和提交其申请书；以及

“(e) 预选文件的邀约方式和地点。

“4. 如若[颁布国指明其采购程序法中关于拟在供应商和承包商资格预审程序中提供给供应商和承包商的预选文件内容的规定]<sup>9</sup> 尚未予以规定，预选文件应当至少包括以下资料：

“(a) 根据[示范条文第 7 条]确定的预选标准；

“(b) 订约当局是否有意放弃[示范条文第 8 条]所载对联营集团的参加的限制；

“(c) 订约当局是否有意根据[示范条文第 9 条第 2 款] 在预选程序结束后仅要求数目有限<sup>10</sup>的预选选定的投标人提交投标书，并酌情指明进行筛选的方式；

“(d) 订约当局是否有意根据[示范条文第 29 条]要求中标投标人建立一个依照[本颁布国]法律建立和注册的法律实体；

“5. 应当根据[颁布国指明其政府采购法中关于如何进行供应商和承包商资格预审程序的规定]进行预选程序。<sup>11</sup>”

<sup>8</sup> 关于通常载于参加资格预审程序邀请书的要素一览表，见采购示范法第 25 条第 2 款。

<sup>9</sup> 关于通常载于资格预审文件的要素一览表，见采购示范法第 7 条第 3 款。

<sup>10</sup> 在有些国家，关于筛选程序的实用指南鼓励本国订约当局尽可能减少预期的投标书数量，以足可确保有意义的竞争为限（例如三份或四份）。关于可以何种方式利用评分制度（特别是量化制度）达到这样的投标人范围，在立法指南（见第三章“特许公司的选定”，第 48-49 段）中讨论。还

请参见脚注 13。

“<sup>11</sup> 关于资格预审程序的程序性步骤，包括对请求澄清进行处理的程序和对订约当局关于投标人资格的决定的披露要求，见《采购示范法》第 7 条第 2-7 款。

45. 有与会者指出，虽然没有具体的立法建议反映示范条文草案第 6 条第 1 款的实质内容，但需要这条规定来补充关于预选的其他规定，以便澄清预选的目的以及规定预选程序的基本规则。工作组注意到，本条示范条文草案的依据是《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（以下称作“贸易法委员会采购示范法”）第 7 条第 1 款。

46. 工作组注意到第 3 款载列了一些取自立法指南第三章第 36 段的要素，而在第 4 款中增列一些要素的目的是要确保示范条文草案第 7-9 条和第 29 条中提及的重要资料的透明度。

47. 关于第 1 款，工作组同意删除“可以”一词和“应当”一词两边的方括号，以便强调本项规定的强制性性质。

48. 有与会者认为，第 5 款应当澄清只有当主题事项未由本条示范条文草案第 1-4 款涉及时，颁布国关于预选投标人的一般规则才适用。

49. 在作出这些修正之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 7 条. 预选标准

50. 本条示范条文草案案文如下：

“为了有资格参加筛选程序，有兴趣的投标人必须符合预选文件中规定的订约当局认为适合特定程序的客观合理标准。<sup>12</sup> 这些标准应当至少包括：

“(a) 具备执行项目所有阶段，包括设计、施工、运营和维护所必须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) 具备管理项目财务方面的足够能力和维持项目的财务需要的能力；

“(c) 具备适宜的管理和组织能力，可靠性和经验，包括以往运营公共基础设施的经验。”

<sup>12</sup> 某些国家的法律规定对本国实体给予某种优惠待遇，或者对承诺使用本国产品或雇用当地劳力的投标人给予特别待遇。本国优惠所产生的种种问题在立法指南中讨论（见第三章，‘特许公司的选定’，第 43 和 44 段）。立法指南建议，欲为本国供应商提供某些刺激的国家，似宜以特别评价标准的形式而不是通过完全排斥外国供应商的做法来实施这种优惠。无论如何，如要考虑国内优惠，应当事先宣布，最好是在预选程序邀请书中加以宣布。”

51. 工作组注意到示范条文第 7 条草案反映了立法建议 15 的实质内容。

52. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 8 条. 联营集团的参加

53. 本条示范条文的案文如下：

“1. 订约当局在最初邀请投标人参加筛选程序时，应当允许这些投标人组成投标联营集团。要求投标联营集团成员根据[示范条文第 7 条]表明其资格而提供的资料应当既涉及整个联营集团，又涉及联营集团的各个参加者。

“2. 除非[…[颁布国指明有关当局]另有授权和]预选文件中另有说明，否则，无论是直接参加还是间接参加，联营集团的每一成员只能参加一个联营集团。<sup>13</sup>违反这项规则的，导致联营集团和个别成员均被取消资格。

“3. 在审议投标联营集团的资格时，订约当局应当考虑联营集团成员各自的能力，并评估联营集团成员的能力综合起来是否足以满足项目各个阶段的需要。”

---

“<sup>13</sup> 之所以禁止投标人参加一个以上的联营集团为同一个项目投标，是为了减少泄露资料或联营集团之间相互串通的风险。然而，本条示范条文考虑到了这条规则特殊例外的可能性，例如预期只有一家公司或者只有数目有限的公司能够提供执行项目所必需的特定货物或服务。”

54. 工作组注意到，本条示范条文第 1 款反映了立法建议 16，而第 2 款则基本上重申了贸易法委员会在立法指南中采取的限制性做法，即合格的联营集团中每一成员无论是直接还是通过子公司只能参加项目投标一次。然而，据指出，第 2 款中提到了例外的可能性，目的是要使本项规则更加灵活，因为可能在某些情形下，鉴于某一公司的特定专门知识，没有它的参加，项目就不能执行。

55. 工作组注意到，增列第 1 和第 2 款是为了反映立法指南第三章“特许公司的选定”第 45 段中所载的意见。

56. 工作组核准了本条示范条文的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 9 条. 预选决定

57. 本条示范条文草案案文如下：

“ 1. 订约当局应当就提交预选申请书的每一投标人的资格作出决定。订约当局在作出这项决定时只应当采用预选文件中规定的标准。随后，订约当局应当邀请预选选定的所有投标人根据[示范条文第 10-16 条]提交投标书。

“ 2. 虽有第 1 款的规定，订约当局可以保留预选程序结束时仅请数目有限的<sup>14</sup>最符合预选标准的投标人提交投标书的权利，但是须事先在预选文件中就此作适当的说明。为此目的，订约当局应当根据评估投标人资格时所采用的标准给那些符合预选标准的投标人定级，并拟定在预选程序结束后将加以邀请提交投标书的投标人[简短][最后]名单。订约当局在拟定该简短名单时应当仅仅采用预选文件中规定的定级方法。

“ 3. 订约当局可以要求预选选定的任何投标人根据预选中使用的同一标准再次证明其资格。经要求而不能再次证明其资格的任何投标人，订约当局应当取消其资格。”

---

“<sup>14</sup> 在有些国家，关于筛选程序的实用指南鼓励本国订约当局尽可能减少预期的投标书数量，以足可确保有意义的竞争为限（例如三份或四份）。关于可以何种方式利用评分制度（特别是量化制度）达到这样的投标人范围，在立法指南（见第三章，‘特许公司的选定’，

第 48 段) 中讨论。应当指出, 评分制度仅在预选投标人时使用。在评价投标书阶段不应考虑对预选选定的投标人的评分(见示范条文第 15 条), 在这个阶段, 所有预选选定的投标人一开始应当都处于同等的地位。”

58. 有与会者指出, 虽然没有特定的立法建议反映本条示范条文草案第 1 款的实质内容, 但认为需要这项规定来澄清就投标人的资格作出决定的方式。工作组注意到, 本条文草案的依据是贸易法委员会《采购示范法》第 7 条第 5 款。

59. 工作组注意到, 本条示范条文草案第 2 款反映了立法建议 17, 而第 3 款反映了立法建议 25。

60. 关于第 2 款, 有人认为, 在立法文本中并不需要置于方括号内的“简短”和“最后”名单这种表述方式来限定随后将由订约当局邀请提交投标书的投标人名单。工作组赞同这项建议, 并要求秘书处作出因此而可能需要作出的任何改动。

61. 有与会者认为, 将第 3 款放在示范立法条文草案其他地方可能更好, 因为通常订约当局是在筛选程序的后期请投标人再次证明其资格的。工作组注意到这一观点, 并决定在它审议完了关于特许公司的选定的示范条文草案之后再审议这一事项。

62. 除以上意见和建议外, 工作组核准了本条示范条文的实质内容, 并将其交给起草小组处理。

## 2. 征求投标书的程序

### 示范条文第 10 条. 征求投标书的单阶段和两阶段程序

63. 本条示范条文草案案文如下:

“1. 订约当局应当提供一套[最后]招标书和有关文件, 根据[示范条文第 11 条]印发给支付这些文件任何费用的每一个预选选定的投标人。

“2. 虽有上述规定, 如果[订约当局无法][订约当局认为它无法]为便利最后投标书的拟定而在招标书中以足够详细和精确的方式说明项目的性质, 例如项目的技术规格、性能指标、财务安排或合同条款, 订约当局可以使用两阶段程序向预选选定的投标人招标。

“3. 采用两阶段程序的, 适用以下规定:

“(a) 初始招标书应当要求投标人在程序的第一阶段提交与项目技术规格、性能指标、财务安排或项目的其他特点以及与订约当局提议的主要合同条款有关的初始投标书;<sup>15</sup>

“(b) 订约当局可以召开会议并与任何投标人进行讨论, 澄清与初始招标书或投标人提交的初始投标书和所附文件有关的问题;

“(c) 在对所收到的投标书研究之后, 订约当局可以审查并酌情修订初始招标书, 删除或修改初始项目技术规格、性能指标、财务安排或项目其他特点包括主要合同条款的任何方面, 以及初始招标书中所载的评价和比较投标书及确定中标人的任何标准, 并且增加特点或标准。任何此种删除、修改或增补应当在邀请提交最后投标书时通知投标人;

“(d) 在程序的第二阶段, 订约当局应当请投标人根据[示范条文第 11-16 条]就单独一套项目技术规格、性能指标或合同条款提交最后投标书。”

“<sup>15</sup> 在许多情况下，特别是对新类型的项目，订约当局在这一阶段也许不能制定其所设想的合同条款详细草案。另外，订约当局可能会发现在与预选选定的投标人进行首轮磋商之后再拟定这种条款较为可取。然而，无论如何，在这一阶段对订约当局来说，重要的是指出特许权协议的关键合同条款，特别是根据特许权协议各方当事人之间应当如何分配项目的风险。如果合同权利和义务的这种分配完全留到印发了最后招标书之后才商定，投标人可能会通过力求尽量减少其所接受的风险来应对，这可能有损于寻求私人投资开发项目的目的（见第三章，‘特许公司的选定’，第 67-70 段；另见第二章，‘项目风险和政府支助’，第 8-29 段）。”

64. 工作组注意到，第 1 款体现了立法建议 18 的目的，所依据的是贸易法委员会《采购示范法》第 26 条，而第 2 和 3 款所体现的是立法建议 19。

65. 据指出，第 3(a)款使用“订约当局提议的主要合同条款”的提法，而不是用“拟议合同条款”的简单提法，目的是避免造成希望订约当局在筛选进程这么早的阶段就拟订内容详尽的合同文书的印象。第 3(b)款对立法建议 19(b)分段略作改动，与立法指南第三章第 57 段的讨论情况保持了一致，目的是明确在这一阶段召开的会议不一定涉及到所有投标人。第 3(c)款详细列出了立法指南第三章第 58 段提及的内容，从而对立法建议 19(c)分段作了进一步展开说明。添加立足于贸易法委员会《采购示范法》第 46 条第 4 款的第 3(d)款是为了澄清程序第一阶段各项行动的先后次序。

66. 工作组一致认为，第 1 款及示范立法条文草稿其他各处中“招标书”这几个字之前的“最后”一词是多余的。

67. 关于第 2 款，与会者一致认为，应删除置于方括号内的“订约当局无法”这一词语，而应该保留“订约当局认为它无法”这几个词，同时删去这几个词前后的方括号。

68. 有与会者建议，出于透明度和各负其责的目的，应要求订约当局保留与投标人举行的任何会议或讨论的记录，标明由投标人提出的问题和订约当局提供的解释。工作组赞同这一建议，并要求起草小组补拟类似内容的适当措词，列入第 3 款(b)项。

69. 同样出于透明度和各负其责的目的，而且为了限制为施惠于具体投标人而作不公平改动的范围，有与会者建议应要求订约当局在根据示范条文第 25 条草案而予以保留的筛选程序记录中说明根据第 3 款(c)项对投标书具体内容作任何修订或修改的原因。工作组赞同这一建议，并要求起草小组补拟类似内容的适当措词，列入第 3 款(c)项。

70. 在作出这些改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 11 条. 最后招标书的内容

71. 本条示范条文草案案文如下：

“如果[颁布国指明本国关于采购程序的法律中管辖招标书内容的规定]<sup>16</sup> 未作要求，最后招标书应当至少包括以下资料：

“(a) 投标人为编写和提交投标书可能需要的一般信息；<sup>17</sup>

“(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；<sup>18</sup>

“(c) 订约当局提议的合同条款，包括指明哪些条款被认为是不可谈判的；

“(d) 评价投标书的标准和订约当局为确定投标不符合要求而规定的任何最低限度；对每项这类标准所给予的相对加权；以及在评价和否决投标书时采用这些标准和最低限度的方式。”

---

<sup>16</sup> 《采购示范法》第 38 条中载有服务招标书中通常包含的内容清单。

<sup>17</sup> 立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 61 和 62 段中载有应当提供的内容清单。

<sup>18</sup> 见第三章，‘特许公司的选定’，第 64-66 段。”

72. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 20。据指出，根据立法建议 26 第二句以及立法指南第三章第 69 段的讨论情况，(c)项要求订约当局在招标书中指明哪些合同条款被认为是不可谈判的。(d)项具体提到了立法建议 24 所述的评价投标书时采用的最低限度。

73. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### [示范条文第 12 条. 投标担保]

74. 本条示范条文草案案文如下：

“1. [招标书应当载列对所需投标担保的出具人以及担保的性质、形式、数额和其他主要条款和条件的要求。]

“2. [投标人根据要求可能提供的任何投标担保不得予以没收，除非：<sup>19</sup>

“(a) 在提交投标书截止日期之后撤回或修改其投标书，在截止日期之前撤回或修改其投标书的，按招标书规定处理；

“(b) 未能依照[示范条文第 16 条]同订约当局进行最后谈判；

“(c) 未能依照[示范条文第 16 条，第 2 款]在订约当局规定的时限内提出最佳和最终报价；

“(d) 未能在投标书被接受后按照订约当局的要求签订特许权协议；

“(e) 未能在投标书被接受后提供规定的履约担保或者履行招标文件中规定的签署项目协议的任何其他前提条件。]”

---

<sup>19</sup> 关于投标担保的一般规定，见《采购示范法》第 32 条。”

75. 工作组获知，在秘书处与专家进行磋商以后有人建议，似宜列入一条涉及投标担保的示范条文草案，其行文措词可与立法指南第三章第 62 段的讨论情况及贸易法委员会《采购示范法》第 37 条第 1(f)款的行文措词一致。据指出，之所以将本条示范条文草案置于方括号内是因为没有关于这一议题的具体立法建议。

76. 工作组认为，本条示范条文草案是有益的，因为在执行私人融资基础设施项目的筛选程序中可以没收这类担保的情形可能不同于在其他类型的采购中可以没收投标担保的情形。因此，工作组商定删除本条示范条文草案前后的方括号。

77. 为清楚起见,工作组商定将第 2 款(b)项中的参照条目改为示范条文草案第 16 条第 1 款。

78. 在作出这些修正之后,工作组核准了本条示范条文草案的实质内容,并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 13 条. 澄清和修改

79. 本条示范条文草案案文如下:

“订约当局可以主动也可以应投标人的澄清要求而审查和酌情修订最后招标书,删除或者修改项目技术规格、性能指标、财务安排或项目其他特点的任何方面,包括主要合同条款,以及最后招标书中所载的评价和比较投标书和确定中标人的任何标准,并且增列特点或标准。任何这种删除、修改或增列应当在提交投标书截止日期前的合理时间内以与最后招标书相同的方式通知投标人。”

80. 工作组注意到,本条示范条文草案所体现的是立法建议 21,添加措词的目的是澄清对投标书所作修改的范围。

81. 有与会者表示,添入本条示范条文草案中的措词与立法建议 21 相比,似过份扩大了订约当局修正投标书的权力。尽管在选定基础设施项目特许公司这样一个十分复杂的程序中,该权力本身被视为是必需的,但有与会者建议,对条文草案需另加措词,以便明确订约当局所作修改应有客观理由。据称,作这类限定对减少纯粹为施惠于具体投标人而作修改的可能性是很重要的。

82. 工作组普遍一致认为,确保本条示范条文草案的拟订有助于提高透明度,而不易被订约当局所滥用是十分重要的。然而,有与会者认为,添加对招标书所作任何修改都必须有客观理由这一规定是不可取的,因为作这类限定可能会引起投标人的质疑。工作组在对这些观点进行研究并考虑到宜提醒订约当局必须避免对招标书基本内容作任何不必要改动以后,一致认为,应该对照提及示范条文草案第 11 条以取代本条示范条文草案第一句中所载列的所有内容。工作组还一致认为,出于透明度的目的,应要求订约当局在根据示范条文草案第 25 条而保留的筛选程序记录中说明根据本条示范条文草案对招标书的内容作任何修正或修改的原因。

83. 在作出这些改动之后,工作组核准了本条示范条文草案的实质内容,并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 14 条. 评价标准

84. 本示范条文草案案文如下:

“1. 评价和比较技术投标书的标准<sup>20</sup>应当至少包括下列各项:

“(a) 技术和环境健全性;

“(b) 运营可行性;

“(c) 服务质量和确保服务连续性的措施。

“2. 评价和比较财务及商业投标书的标准<sup>21</sup>应当酌情包括下列各项:

“(a) 特许期内的拟议通行费、单价及其他收费的现值;

“(b) 拟由订约当局直接支付的任何可能款项的现值；

“(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) 可望由[本颁布国]主管当局提供的任何财政支助的规模；

“(e) 拟议的财务安排健全性；

“(f) 对订约当局在招标书中提议的可以谈判的合同条款的接受程度；

“(g) 投标书提供的社会和经济发展潜力。”

<sup>20</sup> 见第三章，“特许公司的选定”，第 74 段。

<sup>21</sup> 见第三章，“特许公司的选定”，第 75-77 段。”

85. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 22 和 23，为了便于阅读，将这两条建议作了合并。

86. 据指出，在与专家磋商后，有人建议将建议 22 的(d)项“投标书提供的社会和经济发展潜力”与投标书的商业方面内容（建议 23）放在一起更为妥当。因此，该项被列为示范条文草案第 14 条中的第 2(g)款，尽管立法指南在提及投标书技术方面内容的评价标准时，提及了“投标书提供的社会和经济发展潜力”（见第三章第 74(f)段）。

87. 工作组注意到第 2 款(f)项依照示范条文草案第 11 条(c)项作了调整。

88. 工作组核准了本示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理，但须对其作编辑上的改动。

#### 示范条文第 15 条. 投标书的比较和评价

89. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 订约当局应当根据招标书中规定的评价标准、每项这种标准所具有的相对加权和评价程序，比较和评价每份投标书。

“2. 为了第 1 款的目的，订约当局可以设立质量、技术、财务和商业方面的最低限度。未达到最低限度的投标书应当视为不符合要求，并从筛选程序中剔除。<sup>22</sup>”

<sup>22</sup> 本条示范条文提出了一个评价程序的实例，订约当局似宜采用这种程序来比较和评价私人融资基础设施项目的投标书。立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 79-82 段，介绍了其他评价程序，例如两阶段评价程序或两封袋方法。与本条示范条文中载列的程序不同，立法指南中介绍的这些程序旨在使订约当局能够分别比较和评价非财务标准与财务标准，以便避免因过分考虑财务标准中的某些要素（例如单价）而影响非财务标准。为了确保筛选过程评价阶段的完整性、透明度和可预测性，建议颁布国在其法律中规定可供订约当局用以比较和评价投标书的评价程序以及这种程序的实施细节。

90. 工作组注意到本条示范条文草案反映了立法建议 24 的实质内容。据指出，对标题作了修改，以便更加确切地反映本条示范条文草案的范围。在第 1 款中增加了一项新的规定，以便澄清订约当局在评价投标书时的行动次序。



91. 工作组核准了本示范条文的实质内容并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 15 条之二. 再次证明符合资格标准

92. 工作组同意，示范立法条文第 9 条草案第 3 款应作为一项单独示范立法条文列于示范立法条文第 15 条和第 16 条之间，以便强调，订约当局通常是在预选阶段完成之后要求投标人再次证明其符合资格标准的。为了对订约当局在此情形中应使用哪些资格标准这一问题加以澄清，有人建议在新的示范立法条文中添加一项能够反映采购示范法第 34 条第 6 款最后一句实质内容的脚注。

93. 工作组赞同这一建议，核准了本示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 16 条. 最后谈判

94. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 订约当局应当排列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特许权合同的最后谈判。最后谈判不得涉及最后招标书中指明的不可谈判的任何合同条款。

“2. 如果订约当局认为与被邀请的投标人的谈判显然不会达成特许权合同，订约当局应当将其终止谈判的意图通知该投标人，并让该投标人有合理的时间提出其最佳和最后报价。如果该投标人未能在规定的时限内提出能令订约当局接受的报价，订约当局应当终止与该投标人的谈判。订约当局然后应当邀请名列第二的投标人进行谈判；如果与该投标人的谈判不能导致特许权合同，订约当局应当按照排名先后邀请其他投标人进行谈判，直到达成特许权合同或者否决所有其余的投标书。订约当局不得在依照本款规定终止与一投标人谈判后恢复与该投标人的谈判。”

95. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 26 和 27，为了便于阅读，将这两条建议作了合并。工作组还注意到，根据在秘书处与外部专家进行磋商时提出的建议，第 2 款的拟订是要列入这样一条要求，即应当在订约当局终止谈判前通知投标人和请投标人一规定日期前提出“最佳和最后报价”。据指出，这一要求反映了采购示范法第 48 条第 8 款和第 49 条第 4 款的内容。

96. 关于第 2 款中的第三句，有人建议删除“……邀请名列第二的投标人进行谈判；如果与该投标人的谈判不能导致特许权合同，订约当局应当……”这些措词，以便在不减少实质内容的前提下提高本条文的可读性。

97. 工作组赞同这一建议，经作出这样修正后，核准了本示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 3. 不经过竞争程序谈判特许权合同

#### 示范条文第 17 条. 允许不经过竞争程序的授标情形

98. 本条示范条文草案案文如下：

“[经…[颁布国指明有关当局]批准]，<sup>23</sup> 订约当局有权在下列情形下不使用[示范条文第 6-16 条]中规定的程序谈判特许权合同：

“(a) 迫切需要确保连续提供服务，而采用[示范条文第 6-16 条]中规定的程序将不切实际，条件是引起紧迫性的情况既非订约当局所能预见，也非其工作拖延所致；

“(b) 项目期限短，且预期初始投资额不超过[颁布国具体规定一个最高金额][...颁布国指明其法律中具体规定最低金额的规定(低于该最低金额的私人融资基础设施项目可以不必经过竞争程序授标)中载列的数额]；<sup>24</sup>

“(c) 项目涉及国防或国家安全；

“(d) 只有一个来源能够提供所需服务，例如这种服务的提供需要使用属某人或某些人所拥有或占有的知识产权或其他专属权利；

“(e) 属于[示范条文第 22 条]范围内的非邀约投标书；

“(f) 发出参加预选程序邀请书或招标书后未收到申请或投标书，或者所有投标书均未达到[招标书中规定的]评价标准，而且，在订约当局看来，即使发出新的参加预选程序邀请书和新的招标书，也不可能在此要求的时间内取得授与项目的结果，条件是当事方之间如此谈成的任何特许权合同的条款必须[符合][不背离]最初在招标书中提出的项目技术规格和合同条款；

“(g) 由于[令人信服的]公共利益原因而由[颁布国指明有关当局]授权作为例外的其他情形[或者法律规定的具有同样例外性质的其他情形]。<sup>25</sup>”

<sup>23</sup> 不经竞争程序授与特许权合同须经上级当局批准的理由是要确保订约当局只是在适宜的情形下才同投标人进行直接谈判（见第三章，‘特许公司的选定’，第 85-96 段）。因此，本条示范条文建议，颁布国应当指明一个有权授权在本条示范条文所载各种情形下进行谈判的有关当局。然而，可以为本条示范条文中的每一款规定不同的批准要求。例如，在某些情形下，颁布国可以规定，进行这种谈判的权力直接来自法律。在另外一些情形下，颁布国可以规定，视拟提供的服务或者有关基础设施部门的性质须经不同的上级当局批准才能进行谈判。在这些情形下，颁布国可能需要根据这些批准要求调整本条示范条文，在有关款项增加具体的批准要求，或者增加一些文字，提及本国法律中载列这种批准程序的规定。

<sup>24</sup> 作为对(b)项中规定的排除法的一种替代，颁布国可以考虑为低于该最低金额的项目的招标书拟定一种简化程序，例如采用采购示范法第 48 条中所述的程序。

<sup>25</sup> 颁布国认为按特定情况授权使用谈判程序较为可取的，似宜在采用本条示范条文时保留(g)项，而颁布国希望仅仅对竞争性筛选程序实行例外的，可不选择列入本项。”

99. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 28 的实质内容。

100. 为防止在诉诸直接谈判时出现滥用，工作组同意，本示范条文草案第一行开头处的方括号应予删除，以便规定，对于本示范立法条文所涉及的所有情形，均要求得到某一当局的批准。

101. 关于(a)项，据指出，其中包括了该项条文的新添措词，以使本条文与立法指南第三章第 89(a)段中的论述相一致。

102. 关于(b)项，工作组同意，方括号中的两组备选措词均应予以保留。

103. 关于(f)项，据指出，在秘书处同外部专家进行磋商后条文中列入了增加的措词，

其大意是，在意图采用竞争程序的尝试失败后进行的谈判，不应当背离原始项目技术规格和合同条款。这些新添措词旨在作为附加措施，防止操纵筛选程序。但据指出，由于增添的措词会大大缩小本条文的适用范围，新案文会使本条文行不通。还有人认为，如果将本项整个删除，防止滥用直接谈判的目标即可得到最大程度的实现。但工作组倾向于将增添的措词删除而仍保留该项。在现有的关于确保根据该项进行的谈判具有透明度的选择中，普遍表示支持以下建议：应要求订约当局在根据示范立法条文第 25 条规定而保留的记录中，说明任何背离原始项目技术规格和合同条款的原因。工作组同意为(f)项添加一条大意如此的脚注。

104. 关于(g)项，在工作组上一届会议上有人建议应当扩大该项条文的内容，增加“或者法律规定的具有同样例外性质的其他情形”字样（见 A/CN.9/505，第 63 段）。请工作组考虑在本条示范条文草案中载列的这一增添是否绝对必要，这种可能性是否已由(g)项前一部分词语所涵盖。工作组认为这些词语应予保留，但应将其置于该项条文的脚注中，而不是案文正文中。工作组还认为，“令人信服的”一词前后的方括号应予删除。

105. 在作出上述改动和修正之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 18 条. 特许权合同的谈判程序

106. 本条示范条文草案案文如下：

“如果不使用[示范条文第 6-16 条]所载程序谈判特许权合同，订约当局应当：<sup>26</sup>

“(a) 根据[颁布国指明任何有关采购程序的法律中管辖发布通知的规定]设法发布通知，表示打算就特许权合同开始谈判，但依照[示范条文第 17 条(c)项]进行的特许权合同谈判除外；

“(b) 视情况许可，尽可能让更多的按订约当局判断有能力执行项目的人参加谈判；

“(c) 确定据以评价投标书和排列名次的评价标准。”

<sup>26</sup> 提高根据本条示范条文进行的谈判的透明度的某些要素，在立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 90-96 段中讨论。”

107. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 29 的实质内容。据指出，立法建议 29 原(c)项已归并于示范条文第 24 条草案中关于授与项目的通知的一般性规定。

108. 为了提高不使用竞争程序而授与特许权合同这一过程的透明度，工作组认为，(b) 项的措词意味着与订约当局进行直接谈判的投标人必须证明其符合某些资格要求。据认为，应为该项添加一项大意如此的脚注。

109. 在作出上述改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 4. 非邀约投标书<sup>27</sup>

##### 示范条文第 19 条. 非邀约投标书的可采性

110. 本条示范条文草案案文如下：

“作为[示范条文第 6-16 条]的例外，<sup>28</sup> 订约当局有权依照[示范条文第 20-22 条]中所列的程序考虑非邀约投标书，但此类投标书须不涉及已经开始了或宣布了筛选程序的项目。”

---

“<sup>27</sup> 非邀约投标书利弊问题的政策考虑在立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 98-100 段中讨论。意欲容许订约当局处理这种投标书的国家似宜使用示范条文第 22-24 条中载列的程序。”

“<sup>28</sup> 本条示范条文假设，接受非邀约投标书的权力属于订约当局。然而，视颁布国管制制度而定，可能会是订约当局以外的另一个机构负责接受非邀约投标书或者审议非邀约投标书是否符合公共利益等。在这种情形下，颁布国应当仔细考虑可能需要如何协调这种机构与订约当局的职能（见脚注 1、3 和 23 以及其中提及的参考资料）。”

111. 工作组注意到本条示范条文草案所体现的是立法建议 30 的实质内容，工作组核准了其实质内容，并将其交给起草小组处理。

##### 示范条文第 20 条. 确定非邀约投标书可采性的程序

112. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 在收到并初步审查非邀约投标书后，订约当局应当迅速通知投标人该项目是否被认为符合公共利益。<sup>29</sup>”

“2. 如果根据第 1 款认为该项目符合公共利益，订约当局应当请投标人就拟议的项目尽可能提供更多的此阶段可能提供的资料，以便使订约当局能够对投标人的资格、项目的技术可行性和经济可行性进行恰当的评价，并确定项目是否可能按订约当局可以接受的条款以所拟议的方式得到顺利实施。为此目的，投标人应当提交技术和经济可行性研究报告、环境影响研究报告以及关于投标书中设想的概念或技术的令人满意的资料。”

“3. 订约当局在审议非邀约投标书时，应当尊重投标书中载列的、引起的或者提及的知识产权、商业秘密或者其他专属权利。特别是除了评价该投标书之外，订约当局不得使用由投标人自己或者他人代表投标人就其非邀约投标书印发或者提供的任何资料，但经投标人同意的除外。[除非当事各方另有约定]，订约当局如果否决该投标书，应当向投标人退还投标人在整个程序期间提交和编写的文件原件及其任何副本[，无论是硬拷贝本还是电子版本]。”

---

“<sup>29</sup> 确定拟议项目是否符合公共利益涉及到要谨慎地判断该项目对公众提供的潜在好处以及它与政府关于有关基础设施部门的政策的关系。为了确保确定非邀约投标书可采性的程序的完整性、透明度和可预测性，颁布国似宜在条例或其他文件中就将用以确定非邀约投标书是否符合公共利益的标准提供指导，其中可以包括评估合同安排是否恰当和拟议的项目风险分配是否合理的标准。”

113. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 31 和 32。据指出，其中

第3段对立法建议32作了详尽阐述，目的是澄清在投标人享有的知识产权和订约当局使用投标人提供的资料之间的关系。

114. 关于第1款，据指出，在对非邀约投标书进行审查的初期阶段，无法最终确定该项目是否符合公共利益。更为适宜的做法是第1和第2款提及订约当局的初步结论，即该建议被视为“有可能”符合公共利益。工作组赞同这一建议。

115. 工作组商定在第2款中列入内容大致如下的一个脚注：颁布国适宜视可能在特别条例中载明用于评估投标人资格的标准，该条标准可仿效示范条文草案第7条中提及的资格标准。

116. 工作组认为，应更加明确地表述第3款第一句中保护投标人所拥有的知识产权、商业秘密或其他专属权利的义务与第二句中订约当局不得使用投标人披露的专属资料的义务之间的关系。因此，工作组一致认为，应用“因此”这个词取代第二句开头的“特别是”这几个字。工作组还商定删除第三句中“除非当事方另有约定”这些字前后的方括号，并删除置于方括号内的“无论是硬拷贝本还是电子版本”这些字，据认为，这些都是多余的。

117. 在作了这些修正和其他编辑上的改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第21条. 不涉及专利概念或专利技术的非邀约投标书

118. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 除[示范条文第17条]所述情形外，订约当局如决定实施项目，应当在下列情形下依照[示范条文第6-16条]启动筛选程序：

“(a) 订约当局认为不利用属投标人所有或由投标人占有的知识产权或其他专属权利也可以达到项目的预期产出；或者

“(b) 订约当局认为所提出的概念或技术并非真正独特或新颖。

“2. 应当请该投标人参加订约当局依照第1款启动的筛选程序，并且考虑到投标书的编写和提交，可以[以订约当局在招标书中所述的方式]给予奖励或类似的好处。”

119. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议33的实质内容。

120. 为前后一致起见，工作组决定，在本条示范条文草案的标题和案文其他各处也应使用载于示范条文草案第20条的“知识产权、商业秘密或者其他专属权利”这些词。工作组还商定，由于所述条件必须是并存的，因此第1款(a)项和(b)项之间的连接词应该是“和”，而不是“或者”。

121. 在作出这些修正和其他编辑上的改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第22条. 涉及专利概念或专利技术的非邀约投标书

122. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 如果订约当局确定[示范条文第21条，第1款，(a)或(b)项]的条件不能满足，订约当局不必依照[示范条文第6-16条]进行筛选程序。然而，订约当局仍然可以根据以下第2-4款中所列规定设法获得非邀约投标书的比较要素。<sup>30</sup>

“2. 如果订约当局打算获得非邀约投标书的比较要素，订约当局应当公布关于该投标书主要产出要素的说明，并邀请其他有兴趣的当事方在[一段合理期限][颁布国指明一段时间]内提交投标书。

“3. 如果在[一段合理期限][上文第 2 款规定的时间]内没有收到对依照第 2 款印发的邀请书的任何投标书，订约当局可以同原始投标人进行谈判。

“4. 如果订约当局收到了对依照第 2 款印发的邀请书的投标书，订约当局应当根据[示范条文第 18 条]中载列的规定邀请这些投标人参加谈判。如果订约当局收到的投标书数量足够多而且表面看来符合基础设施的需要，订约当局应当要求依照[示范条文第 10-16 条]提交投标书，但须给予提交非邀约投标书者根据[示范条文第 21 条，第 2 款]可以给予的任何奖励或其他好处。”

“<sup>30</sup> 颁布国似宜为处理属于本条示范条文的非邀约投标书考虑采用特殊程序，这种程序可以参照《采购示范法》第 48 条载列的招标书程序加以变通。”

123. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 34 和 35 的实质内容。

124. 工作组商定本条示范条文草案的标题和案文应该与示范条文草案第 21 条保持一致。

125. 在作出这些改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

## 5. 杂项规定

### 示范条文第 23 条. 谈判的保密性

126. 本条示范条文草案案文如下：

“订约当局在处理投标书时应当避免将其中所载的任何资料披露给竞争对手。订约当局依照[示范条文第 10 条第 3 款、第 16、第 17、第 18 条或第 22 条第 3 款]同一投标人进行的任何讨论、通信和谈判均应当保密。[除非法律或者法院命令有要求，]谈判一方未经另一方同意，不得向其代理人、分包商、放款人、顾问或咨询者以外的任何其他他人披露因依照上述规定进行讨论、通信和谈判而收到的任何技术、价格或其他资料。”

127. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 36 的实质内容。据指出，本条示范条文草案第一句摘自贸易法委员会《采购示范法》第 45 条。之所以加上“代理人、分包商、放款人、顾问或咨询者”的提法是为了避免对本条示范条文草案的解释限制过多。

128. 工作组商定删除本条示范条文草案第二句中“除非法律或者法院命令有要求”这几个词前后的方括号。关于这一句，有与会者询问“法院”这个词的意思究竟只是包括司法机构，还是也可以包括仲裁庭。有与会者就此指出，管理仲裁程序的某些机构有时也被称作“仲裁法院”，有些法律制度允许对与采购有关的纠纷进行仲裁。有与会者就此指出，本条示范条文草案未对颁布国在下述方面的能力作任何限制：将本条示范条文草案的范围明文扩大至仲裁庭或在本国法律允许的情况下作这样的解释。然而，根据本条示范条文草案的现行措词，它的意思是指国家法院，而不是仲裁庭。

129. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 24 条. 授与项目的通知

130. 本条示范条文草案案文如下：

“除依照[示范条文第 17 条(c)项]授与的基础设施项目外，订约当局应当根据[颁布国指明其关于采购程序的法律中管辖发布授标通知的规定]安排发布项目授与通知。通知应当列明特许权公司的名称并摘要介绍特许权协议的基本条款。”

131. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 37。

132. 在作了一些编辑上的改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 25 条. 筛选和授标程序的记录

133. 本条示范条文的案文如下：

“订约当局应当根据[颁布国指明其关于公共采购的法律中管辖采购程序记录的规定]保持与筛选和授标程序有关的资料的适当记录。<sup>31</sup>”

---

<sup>31</sup> 关于示范条文中设想的各类项目授标记录的内容以及这种记录中所载资料可供公众查询的程度，凡颁布国采购法律中没有这种规则的，可能需要在颁布国为实施本条示范条文而发布的条例中加以规定。这些问题在立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 120-126 段中讨论。所设想的各类项目授标记录的内容载于《采购示范法》第 11 条。”

134. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 38。

135. 有与会者指出，关于筛选和授标程序的记录的法律规定是确保筛选过程具有透明度和各负其责的基本要素。有与会者承认，将立法指南第三章第 120-126 段所述所有要素都列入在内将会使本条示范条文草案过于详细。然而，据称，示范条文草案应该更为旗帜鲜明地建议颁布国对本国法规进行审查，以确保其法规能体现国际公认的透明度标准。工作组审议了为取得这一结果而提出的各种建议，并最后商定应该将本条示范条文草案的案文基本上原封不动地予以保留，但应该对脚注部分作行文大致如下的改动：

“关于示范条文中设想的各类项目授标记录的内容以及这种记录中所载资料可供公众查询的程度在立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 120-126 段中讨论。各类项目授标的这种记录的内容还载于《采购示范法》第 11 条。如果颁布国的法律未适当涉及这类问题，则颁布国应当颁布内容如此的适当法规。”

136. 工作组在作了这些补充之后核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 26 条. 审查程序

137. 本条示范条文草案案文如下：

“投标人声称因订约当局违反了法律对订约当局所规定的责任而致使投标人遭受或可能遭受损失或伤害的，可以要求根据[颁布国指明其法律中管辖审查采购程序中所作决定的规定]审查订约当局的行为或不行为。<sup>32</sup>”

<sup>32</sup> 建立适当审查制度的要素在立法指南第三章，‘特许公司的选定’，第 127-131 段中讨论。《采购示范法》第六章中也载有有关内容。”

138. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 39。

139. 据认为，适当的审查程序是进行公平筛选的一个不可或缺的组成部分，为强调这一程序的重要性，工作组商定在脚注末尾添加一句，内容是如果颁布国法律未规定这一适当的审查制度，颁布国应考虑颁布类似内容的适当法规。

140. 在作出这些补充之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 三. 基础设施的建造和运营

#### 示范条文第 27 条. 特许权合同的内容

141. 本条示范条文草案案文如下：

“特许权合同应当就当事人认为适当的事项作出规定，其中包括：

“(a) 特许公司拟实施的工程和拟提供的服务的性质和范围[见第四章，第 1 段]；

“(b) 提供这些服务的条件和特许权合同对特许公司的权利规定的任何专属范围[见建议 5]；

“(c) 订约当局为特许公司获得实施基础设施项目所需要的执照和许可证而可能向其提供的援助[见建议 6]；

“(d) 对依照[示范条文第 29 条]组建法律实体的任何组建和最低限度资本方面的要求[见建议 42 和示范条文第 29 条草案]；

“(e) 依照[示范条文第 30-32 条]，与项目有关的资产的所有权和当事人酌情取得项目场地和任何地役权的义务[见建议 44 和 45 以及示范条文第 30-32 条草案]；

“(f) 特许公司的报酬，特别是特许公司酌情对利用设施或提供服务而征收、接受或收取服务费或使用费的权利；这些服务费或使用费的制定或调整方法和公式；以及订约当局或其他公共当局可能支付的任何款项[见建议 46 和 48]；

“(g) 订约当局对工程设计、施工计划和技术规格的审查和批准程序，以及基础结构设施的测试和最后检查、批准和验收程序[见建议 52]；

“(h) 特许公司酌情确保调整服务使之适应对实际服务要求、服务的连续性和以基本相同条件为所有用户提供服务的义务的范围[见建议 53 和示范条文第 37 条草案]；

“(i) 订约当局或其他公共当局对特许公司拟实施的工程和拟提供的服务进行监督的权利，以及订约当局或管理机构可以下令对工程和服务条件加以更改或采取其可能认为适当的其他合理行动确保依照适用的法律要求和合同要求妥善运营基础结构设施和提供服务的条件和范围[见建议 54(b)]；



“(j) 特许公司酌情向订约当局或管理机构提供其运作情况报告和其他资料的义务的范围[见建议 54(a)];

“(k) 订约当局或另一公共当局下达任何与上文(h)项和(i)项有关的命令而可能造成的额外费用及其他后果的处理机制, 包括特许公司可能有权得到的任何补偿[见第四章, 第 73-76 段];

“(l) 订约当局对特许公司订立重大合同的任何审批权, 特别是与本公司股东或其他附属人员订立的重大合同[见建议 56];

“(m) 特许公司为实施基础设施项目而应提供的履约保证和应保持的保险单[见建议 58(a)和(b)];

“(n) 任何一方当事人违约时可采用的补救方法[见建议 58(e)];

“(o) 因超出其合理控制范围的情形未能遵守或推迟遵守特许权合同规定的任何义务时, 任何一方当事人的免责范围[见建议 58(d)];

“(p) 特许权合同的期限以及特许权合同期满或终止时当事人的权利和义务[见建议 61];

“(q) 依照[示范条文 46]计算补偿的方式[见建议 67];

“(r) 解决订约当局与特许公司之间可能出现的纠纷的管辖法律和机制[见建议 41 和 69 以及示范条文第 28 和 48 条草案]; ”

142. 工作组在其第四届会议上曾请秘书处拟订一个示范条文初稿, 列出需在项目协议中涉及的各种基本问题(见 A/CN.9/505, 第 114 段)。

143. 为了执行这一请求, 本条示范条文草案列出了一些应在项目协议中涉及的问题。其中一些问题还是具体的示范条文草案所涉及的问题。但是, 其中列出的其他问题涉及起草小组并未要求拟订具体示范条文草案的立法建议。

144. 与会者表示支持下述看法: 可能列入特许权合同的事项清单应当是示例性的, 而不应是详尽无遗的。与会者指出, 本条示范条文草案中列出的要点可能不适合所有情形下的各类特许权。与会者还指出, 当事人应当能够自由商定最适合具体的基础设施项目的特殊需要和要求的的事项, 而本条示范条文草案为特许权合同的基本要点提供了宝贵的示例。

145. 针对这种看法, 有的与会者指出, 从本条示范条文草案的设想来看, 特许权合同的基本目的是由私人实体向公众提供服务。由于此种特许权合同触及公共利益问题, 与会者建议, 本条示范条文草案应当至少就那些出于公共利益的考虑不允许协议更改的事项作出规定。但是, 这个问题又引起另一个问题, 即对于未载列本条示范条文草案中列明的所有要点的合同, 是否可以提出质疑或宣布无效, 与会者普遍认为这种结果是不可取的。

146. 经过一些讨论, 与会者建议改写开头语, 以便更为准确地说明这样的想法, 即这个清单虽然涉及基本事项, 但整体来说并不是强制性的。为了反映这一想法并统一不同语文文本, 工作组一致认为应当将本条示范条文草案开头语中的“包括”一词改为“例如”一词。工作组一致认为, 这一案文的用意并非表明, 即使未损害订约当局代理人可能承担的内部责任, 一项合同未载列本条示范条文草案中列出的任何要点仍归于无效, 这一问题超出了示范条文草案的适用范围, 应留给颁布国的本国法律来处理。

147. 关于(f)项, 与会者认为, 在某些法域中, 以向用户收取设施使用费或服务费的方式补偿特许公司, 是特许权的一个构成部分。因此, 与会者建议将该项第一行中的“酌

情”一词删去。针对这一意见有的与会者提出，本条示范条文草案的意图是就特许权合同可能包括的内容为立法者提供指导，而不是为了重申任何特定法律制度中的特许权概念的要素。为了说明该项的示例性质，与会者建议将“特别是特许公司酌情……征收、接受或收取……的权利”改为“无论是否包括”。

148. 在作出这些修改之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 28 条. 管辖法律

149. 本条示范条文草案案文如下：

“[除非特许权合同另有规定，]特许权合同由本颁布国法律管辖。<sup>33</sup>”

<sup>33</sup> 关于特许权合同当事人可否选择所在国以外的法律作为协议的管辖法律问题，各种法律制度的解决办法不同。另外，正如立法指南中所述（见第四章，‘基础设施的建造和运营’：立法框架和项目协议”，第 5-8 段），在一些国家，特许权合同可能由行政法管辖，而在另一些国家则可能由私法管辖（另见立法指南，第七章，‘其他有关的法律领域’，第 24-27 段）。管辖法律还包括适用于基础设施项目执行期间产生的各种问题的其他法律领域的法规（统见立法指南，第七章，‘其他有关的法律领域’，B 节）。”

150. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 41 的实质内容。

151. 工作组商定删除本条示范条文草案中的括号。

152. 与会者注意到，在某些情形下，尤其是在根据双边投资条约订立的特许权合同的情形下，订约当局和特许公司之间的合同所依据的可能由国际公法管辖，而不是由颁布国的法律管辖。与会者建议本条示范条文草案的措词也应涵盖这类情形。然而，工作组不赞同这一建议。工作组一致认为，本条示范条文草案的脚注在最后一句话中提及立法指南第七章，因此，已经就此问题向颁布国提供了充分的指导。

153. 在作出这一修正之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 29 条. 特许公司的组建

154. 本条示范条文草案案文如下：

“订约当局可要求中标人根据[本颁布国]法律组建一个法律实体，但需酌情在预选文件或招标书中加以说明。特许权合同应当载明对此类法律实体的最低限度资本以及对其章程和细则获得订约当局批准的程序和对其章程和细则作重大更改的程序的任何要求。”

155. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 42 和 43 的实质内容。

156. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 30 条. 资产的所有权<sup>34</sup>

157. 本条示范条文草案案文如下：

“特许权合同应当[在必要之处并][酌情]指明哪些资产是或应当是公共财产，哪些资产是或应当是特许公司的私有财产。特许权合同应当特别指明哪些资产属于下列类别：

“(a) 依照特许权合同的规定特许公司需酌情返还或移交给订约当局或其指定的另一实体的任何可能的资产；

“(b) 订约当局可选择向特许公司购买的任何可能的资产；以及

“(c) 在特许权合同期满或终止时特许公司可保留或处分的任何可能的资产。”

“<sup>34</sup> 私营部门对基础设施项目的参与可以采取不同的形式，可以是公有和公营基础设施，也可以是完全私有化的项目（见‘导言和私人融资基础设施项目的背景资料’，第 47-53 段）。这些一般政策选择通常决定了有关项目资产所有权的立法方式（见第四章，‘基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议’，第 20-26 段）。不论所在国的一般政策或部门政策如何，都应当明确制定各种有关资产的所有权制度，并应以充分的立法权为其基础。这方面清晰明确至关重要，因为这将直接影响到特许公司能否为项目融资目的而以项目资产设立担保权（同上，第 52-61 段）。本示范条文与各种法律制度所采取的灵活做法相一致，并不设想将所有资产无条件地移交给订约当局，而是加以区分，分清哪些是必须移交给订约当局的资产，哪些是订约当局可以选择购买的资产，哪些则是特许公司保留的私有财产。”

158. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 44 的实质内容。

159. 工作组商定删除“[在必要之处并]”，因为据认为这一词语是多余的。出于同样的原因，工作组还商定删除(a)项中“酌情”这几个字。

160. 关于在(b)和(c)项之后添加“在特许权合同期满或终止时”这一词语，有的与会者表示支持这一看法。然而，有的与会者针对这一观点指出，新的词语可能会减少原文的灵活性。例如，在执行特许权合同的过程中还可能发生(b)项涉及的情形。因此，工作组一致认为本条示范条文草案的正文应当保持不变，同时在其脚注结尾处添加上“在特许权合同期满或终止时”这一词语，然后再加上“或在其他任何时候”的词语，不过认为可能需进一步考虑为新添词语确定适当位置。

161. 在作出这些改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 31 条. 项目场地的购置

162. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 订约当局或其他根据法律规定和特许权合同设立的公共当局应当[获得][向特许公司提供]或酌情协助特许公司获得实施项目所需项目场地的有关权利，包括项目场地的所有权。

“2. 凡是执行项目所需土地的强制性征购，均应依照[颁布国指明本颁布国关于公共当局为公共利益而强制征购私有财产的法律规定]和特许权合同的规定进行。”

163. 为了在不削弱本条文实质内容的情况下澄清第 1 款的措词和精简可供颁布国选择

的办法，工作组商定删除该款中的“获得”一词和括号并在“协助”一词之前加上“应当”一词。为了在本条示范条文草案的标题中反映这些改动，工作组商定将原来的标题改为“获得对项目场地的相关权利”。

164. 关于第 2 款，工作组一致认为应删除“和特许权合同的规定”，因为普遍认为，任何强制性征购只能依照颁布国的法律进行，而不能根据特许权合同的规定进行。

#### 示范条文第 32 条. 地役权<sup>35</sup>

165. 本条示范条文草案案文如下：

“[依照（颁布国指明本颁布国关于公用事业公司和基础设施运营人依法享有的地役权和其他类似权利的法律规定）]，特许公司应当[拥有][被给予]酌情并视执行项目的需要而进入或穿过第三方的地产或在第三方的地产上施工或安设装置的权利。”

<sup>35</sup> 特许公司可直接获取也可由公共当局在购置项目场地的同时强制性获取为与项目有关的目的而在邻接地产上通过或穿行的权利，或在这些地产上施工的权利。一种略为不同的变通办法是，可由法律本身授权公共服务提供商视公共基础设施的施工、经营和维修的需要，进入或通过第三方的地产或在第三方地产上施工或安设装置（见第四章‘基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议’，第 30-32 段）。示范条文中第一组方括号内给出的备选措词就是为了反映这些可供选择的办法。”

166. 为一致起见，工作组一致认为应该用“权利”一词取代“权”这个字。工作组还商定删除本条示范条文草案中的括号。

#### 示范条文第 33 条. 财务安排

167. 本条示范条文草案案文如下：

“特许公司有权对利用它所提供的设施或服务征收、接受或收取服务费和使用费。特许权协议应当[依照主管管理机构制定的规则]就这些服务费或使用费的确定和调整方法及公式作出规定。<sup>36</sup>”

<sup>36</sup> 应付给特许公司的通行费、使用费、价款或其他费用，在立法指南中称作‘服务费’，在订约当局或其他公共当局不提供补贴或付款的情况下，它们可能是收回项目投资的主要（有时甚至是唯一）收入来源（见第二章，‘项目风险和政府支助’，第 30-60 段）。对提供公共服务收取费用，通常是政府基础设施政策的一个组成部分，同时也是广大公众直接关注的事项。因此，许多国家有关提供公共服务的管理框架都包括特别的服务费管理规则。此外，有些法律制度中的成文法规定或一般法律规则还规定了货物或服务的定价标准，例如要求收费必须符合某些‘合理性’、‘公正性’或‘公平’的标准（见第四章，‘基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议’，第 36-46 段）。”

168. 工作组注意到本条示范条文草案所体现的是立法建议 46 的实质内容。

169. 有与会者询问，考虑到示范条文第 27 条草案(f)项已涉及系项目协议所载之基本内容之一的特许公司报酬这一问题，是否需要就该问题单设一则条文。有与会者就此指出，工作组在其第四届会议上曾决定需要订立一则具体条文，申明特许公司有权对基

基础设施的使用收取服务费或使用费（见 A/CN.9/505，第 129 段）。由于在一些国家，特许公司收取这样的费用必须事先获得法律上的许可，因此，这种条文是尤其重要的。

170. 工作组在用“应当有权”这几个字取代第一句中的“有权”这几个字之后，核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 34 条. 担保权益

171. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 在不违反特许权协议可能载列的任何限制规定的情况下，<sup>37</sup> 特许公司有权根据获得项目的任何必要融资的需要，以公司的任何资产、权利或权益设立担保权益，包括以那些与基础设施项目有关的资产、权利或权益设立担保权益，其中特别包括：

“(a) 以特许公司拥有的动产或不动产或其在项目资产中的权益设立担保；

“(b) 以特许公司应从利用其提供的设施或服务中得到的收益和应收款设立质押。

“2. 特许公司的股东应当有权以其在特许公司中的股份设立质押或设立任何其他担保权益。

“3. [本颁布国]法律不允许的，不得以公共财产或以提供公共服务所需要的其他财产、资产或权利设立第 1 款规定的担保。”

---

<sup>37</sup> 这些限制规定可能特别涉及与基础设施项目资产有关的权利或权益。”

172. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 49 的实质内容。

173. 工作组商定在第 3 款中用“禁止的”这几个字取代“不允许的”这几个字。在作出这些修正之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### 示范条文第 35 条. 特许权协议的转让

174. 本条示范条文草案案文如下：

“除[示范条文第 34 条]另有规定外，未经订约当局的同意，特许权协议规定的特许公司的权利和义务不得[全部或部分]转让给第三方。特许权协议应当载明订约当局[可以][应当]同意转让特许权协议规定的特许公司的权利和义务的条件，其中包括新的特许公司接受特许权协议规定的所有义务和证明新的特许权公司具备提供服务所需要的技术能力和财力。”

175. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 50 的实质内容。

176. 工作组商定删除置于方括号内的“全部或部分”这几个字，据认为，这些字宜用于合同文本，而不是立法文本。工作组还商定删除本条示范条文草案第二句中“可以”这个词，并删除“应当”这个词前后的方括号。

177. 在作出这些修正之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 36 条. 特许公司控股权<sup>38</sup>的转让

178. 本条示范条文草案案文如下：

“除特许权协议另有规定外，未经订约当局的同意，特许公司的控股权不得转让给第三方。特许权协议应当载明订约当局[可以][应当]表示同意的条件。”

---

<sup>38</sup> “控股权”概念一般指任命公司管理层和影响或决定其业务的权力。不同法律制度中，甚至在同一法律制度的不同法律门类中也有可能使用不同的标准，其中有要式标准，将控股权定为在公司各类股票表决权总和占有一定数量（通常超过 50%），也有更加复杂的标准，把公司的实际管理层结构考虑进去。对“控股权”一词尚无法定定义的颁布国可能需在所发布的示范条文的施行条例中对这个词加以定义。”

179. 工作组注意到，本条示范条文所体现的是立法建议 51 的实质内容。

180. 工作组商定删除第二句中“可以”这个词，并删除“应当”这个词前后的方括号。在作了这一改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 37 条. 基础设施的运营

181. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 特许权协议应当酌情载明特许公司履行下述义务的限制：

“(a) 确保调整服务使之满足对服务的需求；

“(b) 确保服务的连续性；

“(c) 确保以基本相同的条件为所有用户提供服务；

“(d) 一视同仁地酌情为其他服务提供者利用特许公司运营的任何公共基础设施网络提供机会。

“[2. 特许公司应当有权经订约当局或管理机构批准后颁布和执行设施的使用规则。]”

182. 工作组注意到，本条示范条文草案第 1 款所体现的是立法建议 53 的实质内容。据指出，尽管工作组在其第四届会议上认为不需要就此问题订立一则示范条文（见 A/CN.9/505，第 144 段），但根据外部专家的建议，添加了一则置于方括号内的第 2 款，体现立法建议 55 的实质内容。

183. 工作组重新审议了列入一则涉及特许公司有权颁布和执行基础设施使用规则的示范条文是否可取的问题。有与会者注意到，在为提供公共服务授与特许权方面具有悠久传统的某些国家承认特许公司有权制订旨在便利提供这种服务的规则（例如，使用说明或安全规则），采取合理措施以确保这些规则得到遵守和由于紧急情况或出于安全原因而暂停提供服务。然而，考虑到某些公共服务属于基本性服务，非政府实体行使这一权力有时需要有法律依据。因此，工作组一致认为，宜保留第 2 款所载的这一条文，且不加方括号。

184. 因此，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 38 条. 对法规具体变化的补偿

185. 本条示范条文草案案文如下：

“对于因专门适用于基础设施或基础设施提供的服务的法规或条例发生变化致使特许公司履行特许权协议的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形，或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款价值比原先设想的履约价值显著下降的情形，特许权协议中应当载明特许公司有权为此获得补偿的限度。”

186. 工作组注意到本条示范条文草案反映了立法建议 58(c)。据指出，本条示范条文草案中增加一些内容，是为了反映立法指南第四章第 121 至第 130 段中讨论的深度。

187. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 39 条. 特许权协议的修订

188. 本条示范条文草案案文如下：

#### 备选案文 A

“1. 在不影响[示范条文第 38 条]的情况下，特许权协议可进一步载明特许公司有权请求修订特许权协议的限度，以期对于因下列情形致使特许公司履行特许权协议的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形，或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款价值比原先设想的履约价值显著下降的情形予以补偿：

“(a) 经济或金融状况变化；或

“(b) [示范条文第 38 条]中未提及的其他法规或条例变化。

“2. [除特许权协议另有规定外，]除非在下列情况下发生经济、金融、法规或条例变化，否则依照第 1 款提出的修订特许权协议的请求不得获准：

“(a) 变化发生在合同订立之后；

“(b) 变化超出特许公司的控制范围；以及

“(c) 变化的性质决定了按情理不可能在项目协议谈判时预计特许公司已将这些变化考虑在内或者已避免或克服其后果。

“3. 特许权协议应当确定发生任何此种变化后修订特许权协议的规定的程序。”

#### 备选案文 B

“在不影响[示范条文第 38 条]的情况下，特许权协议可进一步载明特许公司有权请求修订特许权协议的限度，以期对于因经济或金融状况变化或发生[示范条文第 38 条]中未提及的其他法规或条例变化致使特许公司履行特许权协议的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款价值比原先设想的履约价值显著下降的情形予以补偿。”

189. 工作组注意到本条示范条文草案反映了立法建议 58(c)。据指出，本条示范条文草案中增加一些内容是为了反映立法指南第四章第 121-130 段中讨论的深度。

190. 有与会者指出，备选案文 A 第 1 款与备选案文 B 基本上是相同的。由于据说备选

案文 A 第 2 款的实质内容通常在特许权合同而不是在立法中处理，有人建议仅仅保留备选案文 B。备选案文 A 应当删除，而备选案文 A 第 3 款应当增补入新的条文作为第 2 款。据认为，如此改动条文后将既简化案文，又不缩减条文的实质内容或遗漏它的基本要素。

191. 虽然承认备选案文 B 以更简洁的方式陈述了备选案文 A 的实质内容，但有与会者认为，这两个备选案文均应当保留。无论如何，备选案文 A 第 2 款应当保留，因为它在可能触发修订特许权合同的情形方面给颁布国提供了重要的指导。考虑到在发生某种困难情形之后修订合同属特殊性质，这种指导就更加重要。

192. 经过一番讨论，有与会者建议，或许可以兼顾这两种观点，方法是删除备选案文 B 而将备选案文 A 第 2 款(a)、(b)、(c)项与备选案文 A 第 1 款合并，并在前面加上“而且”字样。据认为，如此修订将简化示范条文草案，澄清备选案文第 1 款与第 2 款之间的关系，并维持备选案文第 2 款的实质内容。工作组赞同这项建议。

193. 关于第 1 款，有与会者建议，应当删除第二行“请求”一词并将第一行中的“可”字改为“应当”。据指出，如此措辞将简化本条示范条文草案，并与作为依据的建议 58(c)的实质内容和措辞更加一致。工作组同意这项建议。

194. 为了突出示范条文第 38 条草案与示范条文第 39 条草案之间的区别，有人建议将后者的(1)(b)项中的“除[示范条文第 38 条]中提及的”改为“专门适用于基础设施或基础设施提供的服务的法规或条例变化以外的”。工作组同意这项建议。

195. 有与会者指出，本条示范条文草案没有涉及缔约当局与特许公司不能就特许权合同的修订达成一致意见的后果这一问题。据指出，这个问题在示范条文草案第 44 条中处理。工作组同意在审议该条条文时再次讨论这一问题。

196. 在作出以上改动之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### **示范条文第 40 条. 订约当局接管基础设施项目**

197. 本条示范条文草案案文如下：

“在特许权协议载明的情形下，如果特许公司严重失职，未能履行其义务，并且在订约当局通知其纠正违约情形后未能在一段合理的期限内加以纠正，订约当局有权暂时接管设施的运营，以便确保有效和不间断地提供服务。”

198. 工作组注意到本条示范条文草案反映了立法建议 59。

199. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

#### **示范条文第 41 条. 特许公司的替换**

200. 本条示范条文草案案文如下：

“订约当局与基础设施项目的出资实体可以约定程序，在特许公司严重违约、发生其他事件因而本来有正当理由可以终止特许权协议、或出现订约当局与基础设施项目出资实体可能约定的其他类似情形时，按照这种程序替换该特许公司并指定新的实体或个人根据现有特许权协议履约。<sup>39</sup>”



“<sup>39</sup> 根据彼此间约定的条件由放款人提议并经由订约当局接受，用另一实体替换特许公司，是为了使当事人有机会避免因终止特许权协议而造成的破坏性后果（见第四章，‘基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议’，第 147-150 段）。当事人似宜首先实行其他实际措施，可能的话按先后顺序实行，例如由放款人或由其指定的一名临时管理人暂时接管项目，或者执行放款人对特许公司股份的担保权，把这些股份卖给订约当局可以接受的第三方。”

201. 工作组注意到本条示范条文草案反映了立法建议 60。

202. 与会者建议，本项条文还应当提及特许公司是载列特许公司替换的条款和条件的协议的一方当事人。另有人建议，触发这种替换的情形应当仅限于严重违反了特许权合同中规定的特许公司的义务。工作组没有同意这些建议，因为据认为这些建议偏离了立法指南中体现的政策。

203. 与会者提出，为完整起见，应当在第一行的“程序”之前插入“这种实体的权利”，并将第一行中的“可以”一词移到“缔约当局”之后，以便强调本条示范条文草案的授权性质。为了简化本条示范条文草案，工作组还同意删除本条条文的最后一部分，因为据认为，无论如何，“其他类似情形”将在特许权合同中得到界定，因此，作此删除将不会减损本条示范条文草案的实质内容。

204. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并连同修改建议将其交给起草小组处理。

#### 四. 特许权协议的期限、展期和终止

##### 1. 特许权协议的期限和展期

###### 示范条文第 42 条. 特许权协议的期限和展期

205. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 除因下列情形展期外，依照[示范条文第 27(p)条]规定的特许权合同的期限不得展延：

“(a) 因超出双方当事人合理控制范围的情形造成完工延误或运营中断；或

“(b) 因订约当局或其他公共当局的行为造成项目中止。

“(c) [颁布国列明的其他情形。]

“2. 特许公司不能在特许权合同原定期限内收回因特许权合同中原先未预见到的订约当局的要求而产生的额外费用的，特许权合同的期限可以进一步展延，以便让特许公司能够收回这些费用。”

206. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建立 62 和 62 的实质内容。

207. 据称，本条示范条文草案的实质内容过于严格，尤其是其(c)项，未考虑到订约当局和特许公司有可能就特许权合同中特许权期限的展延取得一致意见。针对这种观点有与会者指出，本条文反映了立法指南的意见，根据这种意见，只有在颁布国法律载明这种可能性的情况下方可允许这类期限的展延。为此原因，工作组商定维持本条文的正文不变。

208. 有与会者随后建议在本条文后添加一则脚注，其目的在于提请颁布国注意，其似

宜考虑订约当局和特许公司出于令人信服的公共利益考虑而有可能经相互约定展延特许权合同的期限。工作组赞同这一建议。

209. 在作出这些修正之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

## 2. 特许权协议的终止

### 示范条文第 43 条. 由订约当局提出终止特许权协议

210. 本条示范条文草案案文如下：

“在下列情形下，订约当局可以终止特许权合同：

“(a) 出现破产、严重违约或其他情形，因而按情理不可能再预计特许公司仍将能够或愿意履行其义务；

“(b) 出于公共利益的考虑，但需按特许权合同的约定而向特许公司支付补偿；

“(c) [颁布国可能希望在法律中添加的其他情形。]”

211. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 63 的实质内容。

212. 有与会者建议，应在(b)项“公共利益的考虑”之前添加“令人信服的”这几个字。据指出，作这一修正可以使本条文更加接近立法指南，而且还可确保与前一条示范条文草案第 42 条所添加的脚注保持一致。为了就公共利益“令人信服的”性质这一概念的含义给颁布国提供指导，有与会者建议在(b)项后添加一则脚注，提及立法指南的相关部分。

213. 工作组赞同这些建议，核准了本条示范条文草案的实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 44 条. 由特许公司提出终止特许权协议

214. 本条示范条文草案案文如下：

“除下列情形外，特许公司不得终止特许权合同：

“(a) 订约当局或其他公共当局严重违反特许权合同对其规定的义务；

“(b) 订约当局的行为、意外的条件变化或其他公共当局的行为致使特许公司的履约负担大大加重，而各方当事人又未能就特许权合同的适当修订达成一致意见。”

215. 工作组注意到，本条示范条文草案所体现的是立法建议 64 的实质内容。

216. 有与会者建议，应改拟本条文，尤其是(b)项的措词，从而与示范条文草案第 39 条修订以后的案文保持一致。据认为，新的案文应尤其反映特许公司只有在下述情况下方可终止特许权合同：经修订的示范条文草案第 39 条的所有条件均已满足，而且适当修订特许权合同的谈判已经失败。

217. 还有与会者建议重新起草(b)项，理由是有可能造成特许公司有权终止特许权合同的其他公共当局的行为性质不明。有与会者针对这一建议指出，这些行为与示范条文

草案第 27 条(h)项和(i)项中所列行为有关。因此,只要在示范条文草案第 44 条中提及这些条款就足以在这方面对本条文加以澄清。

218. 在对可供选择的各种办法,包括借鉴示范条文草案第 39 条的措词予以修正的办法进行讨论以后,有与会者建议,在“行为”一词之后添加“或不行为”这几个字。还有与会者建议,应删除“适当修订”词语中的“适当”这个词,从而避免造成对特许权合同约定的修订必须接受司法审查的印象。工作组赞同这些建议。

219. 在作出这些改动之后,工作组核准了本条示范条文草案的实质内容,并将其交给起草小组处理。

#### **示范条文第 45 条. 由任何一方当事人提出终止特许权协议**

220. 本条示范条文草案案文如下:

“任何一方当事人均有权在超出其合理控制范围的情形使其无法履行义务时终止特许权合同。各方当事人还有权以相互同意的方式终止特许权合同。”

221. 工作组注意到,本条示范条文草案所体现的是立法建议 65 的实质内容。

222. 为一致起见,工作组商定在第一行中用“应当有”取代“有”这个词,并将本条文第二行“还有”改为“还应当有”这个字。

223. 有与会者建议。由于“无法”这一用语可以被理解是指一方当事人永远或暂时未履行其在特许权合同下的义务,因此应改拟本条文以澄清这一用语的含义。然而,工作组未赞同这一建议,因为据认为,立法指南就此问题已向颁布国提供了充分的指导。

224. 在作出这些改动之后,工作组核准了本条示范条文草案的实质内容,并将其交给起草小组处理。

### **3. 特许权协议期满或终止时的安排**

#### **示范条文第 46 条. 特许权协议期满或终止时的财务安排**

225. 本条示范条文草案案文如下:

“特许权协议应当就特许权协议终止时如何计算对任何一方当事人的补偿作出规定,按根据特许权协议已完成的工程的公道价值、任何一方当事人承担的费用或遭受的损失、以及酌情包括在内的利润损失,作出适当的补偿安排。”

226. 工作组注意到,本条示范条文草案反映了立法建议 67 的实质内容。

227. 工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

#### **示范条文第 47 条. 停业和移交措施**

228. 本条示范条文草案案文如下:

“特许权协议[可以][应当]酌情载明各方当事人在下列方面的权利和义务:

“(a) 设立酌情向订约当局移交资产的机制和程序;

“(b) 转让设施运营所需要的技术；

“(c) 对订约当局的人员或接替的特许公司进行设施运营和维护培训；

“(d) 在设施移交给订约当局或接替的特许公司之后的一段合理时间内，由特许公司继续提供支助服务和资源，包括在需要时提供备用零件。”

229. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 68 的实质内容，其中还添加了 (a) 项以涵盖立法指南第五章第 37-42 段所提及的事项的一般性。

230. 在删去第一句话中的“可以”一词以及保留“应当”一词并去掉方括号之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

## 五. 纠纷的解决

### 示范条文第 48 条. 订约当局与特许公司之间的纠纷

231. 本条示范条文草案案文如下：

#### 备选案文 A

“订约当局与特许公司之间的任何纠纷应当通过各方当事人[依照本颁布国法律]在特许权协议中约定的纠纷解决机制加以解决。”

#### 备选案文 B

“订约当局应当以最适合基础设施项目的需要为准，自由约定特许权协议各方当事人之间可能产生的纠纷的解决机制。”

232. 工作组注意到，本条示范条文草案提供的这两个备选案文反映了立法建议 69 所阐述的政策。

233. 对保留备选案文 B 表示了一定的支持，一些代表团认为，该备选案文适当强调了为订约当局自由选择纠纷解决机制而制订一项赋权法规的必要性。但是，普遍看法赞成在作出某些调整的情况下删去备选案文 B 并保留备选案文 A。

234. 与会者指出，本条示范条文草案一俟颁布，将成为颁布国法律的一个组成部分。为此，备选案文 A 中提及颁布国的其他法律，据认为有可能使本条示范条文草案归于无效。虽然普遍支持删去备选案文 A 中的“依照本颁布国法律”，但也有与会者指出，认为可以忽视颁布国关于这一事项的任何可能存在的法律是不妥当的。有的与会者指出，有些国家的法律已提供了被认为是非常适合私人融资基础设施项目需要的纠纷解决机制。不应妨碍特许权合同的当事方选择任何已存在的这种机制，但是，按目前的行文，备选案文 A 似乎表明，对于每一个纠纷案，当事人都需自行确立适当的纠纷解决机制。

235. 在审议了就这些问题提出的各种建议之后，工作组商定，删去备选案文 A 中的“依照本颁布国法律”这些词语，并为本条示范条文加入一项脚注，其大意是颁布国可在其法规中规定最适合于私人融资基础设施项目需要的纠纷解决机制。

236. 在作出这些修正之后，工作组核准了本条示范条文的实质内容并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 49 条. 涉及特许公司与其放款人、承包商和供应商的纠纷

237. 本条示范条文草案案文如下：

“1. 特许公司及其股东应可自由选择解决相互之间纠纷的适当机制。

“2. 特许公司应可自由约定解决特许公司与其放款人、承包商、供应商和其他商业伙伴之间的纠纷的适当机制。”

238. 工作组注意到，本条示范条文草案反映了立法建议 70 的实质内容。

239. 工作组认为，本条示范条文草案应置于示范条文第 50 条草案之后，标题应改为“其他纠纷”。在作出这些修改之后，工作组核准了本条示范条文草案的实质内容并将其交给起草小组处理。

### 示范条文第 50 条. 涉及客户或基础设施用户的纠纷

240. 本条示范条文草案案文如下：

“[特许公司向公众提供服务或运营向公众开放的基础设施的，订约当局可要求特许公司制定处理其客户或基础设施用户提出的申诉的简便和高效率的机制。]”

241. 与会者指出，本条示范条文草案是秘书处征求专家的意见后列入的，放在方括号内是因为工作组并未要求对立法建议 71 制订任何示范条文草案（见 A/CN.9/505，第 174 段）。

242. 工作组听取了表示坚持支持保留本条示范条文草案的意见，据认为这一条文对于一项处理基础设施项目的立法案文至关重要。据指出，本条示范条文草案强调了采取适当措施保护公共服务和有形基础设施用户的权利的必要性，这一点在许多法律制度中都是一个重要问题。

243. 因此，工作组同意去掉本条示范条文草案的方括号，核准了其实质内容，并将其交给起草小组处理。

### 注

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 17 号》(A/56/17)，第 369 段。

<sup>2</sup> 同上，《第五十五届会议，补编第 17 号》(A/55/17)，第 195-368 段。

<sup>3</sup> 同上，第 375 段。

<sup>4</sup> 同上，第 379 段。

<sup>5</sup> 同上，《第五十六届会议，补编第 17 号》(A/56/17)，第 366-369 段。

<sup>6</sup> 同上，第 369 段。

## 附件

## 私人融资基础设施项目示范立法条文草案

## 一. 总则

## 前言

下文的示范立法条文(以下简称为“示范条文”)系联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)所编写,作为委员会于2000年通过的贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南(以下简称为“立法指南”)的增编。示范条文的目的在于进一步协助国内立法机构建立一个有利于私人融资基础设施项目的立法框架。望使用者结合立法指南所载立法建议和说明阅读示范条文,说明中对有关主题领域出现的财务、管理、法律、政策及其他问题作了分析性解释。

示范条文包括一套特别涉及有关私人融资基础设施项目的立法中值得注意事项的核心条文。虽然大多数示范条文与立法指南所载具体的立法建议有关,但其并不涵盖立法建议中涉及的全部范围的问题。特别是未制定任何关于行政或机构事项(例如立法建议1和5-13所涉及的此类事项)的具体示范条文。

示范条文在设计上是为了通过颁布含有详细说明的细则来加以实施和补充的。因此,对适合于由细则而不是由法规处理的领域作了相应的指明。另外,成功地实施私人融资基础设施项目,除要求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、法律和金融专门知识;适当的人力及财力资源和经济稳定性等。

应当指出的是,示范条文并不涉及对私人融资基础设施项目也有影响但立法指南中并未就其提出具体立法建议的其他法律领域。所涉其他法律领域包括诸如促进和保护投资;财产法;担保权益;关于强制取得私有财产的法规和程序;一般合同法;关于政府合同和行政法的法规;税法;以及环境保护和消费者保护法。

为便于使用者参考,在各项示范条文之前加上了标题,标题尽可能沿用立法指南中相关各节的标题和其中的立法建议的各项标题。但是,为了确保全部示范条文的风格统一,增加了一些标题,并对一些原有标题作了修改,以反映其所涉及的示范条文的内容。

## 示范条文第1条. 序言

[见建议1和第一章,第2-14段]

鉴于……[政府][议会]认为有必要确立有利的立法框架,以便通过促进透明度、公平性和长期可持续性以及消除对私营部门参与基础设施发展和运营的不合理限制,促进和便利私人融资基础设施项目的实施;

鉴于……[政府][议会]认为有必要通过确立授与基础设施项目的具体程序,在公共机构授与合同的过程中进一步体现透明、节俭和公平这些基本原则;

[颁布国可能希望申明的其他目标;]

兹颁布如下:

**示范条文第 2 条. 定义**  
[见导言, 第 9-20 段]

在本法中:

- (a) “基础结构设施”系指直接或间接向一般公众提供服务的有形设施和系统;
- (b) “基础设施项目”系指新基础结构设施的设计、施工、开发和运营或现有基础结构设施的翻修、现代化改造、扩展或运营;
- (c) “订约当局”系指有权为[根据本法的规定]实施某一基础设施项目而订立特许经营合同的公共当局;<sup>a</sup>
- (d) “特许公司”系指根据与订约当局订立的特许权合同实施基础设施项目者;
- (e) “特许权合同”系指订约当局与特许公司之间订立的规定了实施某一基础设施项目的范围和条件的有相互约束力的协议;
- (f) “投标人”系指关于授与基础设施项目的筛选程序的参加者,包括参加者群体;<sup>b</sup>
- (g) “非邀约投标书”系指非因响应订约当局在筛选程序内发出的征求书或邀约书而提交的与实施某一基础设施项目有关的任何投标书;
- (h) “管理机构”系指获得授权负责就基础结构设施或有关服务的提供而发布和执行规则和条例的公共机构。<sup>c</sup>

**示范条文第 3 条. 签订特许权协议的权力**  
[见建议 2 和第一章, 第 15-18 段]

下列公共机构有权为实施属于其各自权限范围的基础设施项目签订特许权合同:<sup>d</sup>[颁布国列举东道国中可签订特许权合同的有关公共当局, 详尽或作为示例列出公共当局

<sup>a</sup> 应当指出的是, 本定义所指的当局仅与签订特许权协议的权力有关。视颁布国的管理制度而定, 在(h)项中被称为“管理机构”的某一单独机构可负责发布关于提供相关服务而制定的规则和条例。

<sup>b</sup> “投标人”一词视情况而言定既可包括已寻求应邀参加预选程序者, 也可包括已对订约当局投标书征求通告提交了投标书者。

<sup>c</sup> 可能需要在特殊立法中论及这种管理机构的组成、结构和职能[见建议 7-11 和第一章“一般性立法和体制框架”, 第 30-53 段]。

<sup>d</sup> 最好是根据关于有关类型基础结构设施的施工和运营的法律或管理规定, 建立有关体制机制, 以协调负有颁发私人融资基础设施项目实施工作所需的批准书、执照和许可证的职责的公共当局的活动(见立法建议 6 和第一章, “一般性立法和体制框架”, 第 23-29 段)。除此之外, 对那些在考虑为基础设施项目提供特定形式的政府助力的国家来说, 相关法律, 例如关于受命提供政府助力的实体的活动的立法和条例, 可能有必要明确指明哪些实体有权提供这种支助以及应提供何种支助(见第二章“项目风险和政府支助”)。

名称一览表，公共当局的类别或种类一览表，或名称兼类别]<sup>e</sup>。

#### 示范条文第 4 条. 适合的基础设施部门

[见建议 4 和第一章，第 19-22 段]

下列部门的有关当局可以订立特许权合同：[颁布国详尽或作为示例列出有关部门]。<sup>f</sup>

## 二. 特许公司的选定

#### 示范条文第 5 条. 筛选程序的规则

[见建议 14 和第三章，第 1-33 段]

特许公司的筛选，应当根据[示范条文第 6-26 条]进行，对于其中未予规定的事项，则应根据[颁布国指明其法律中关于通过透明和有效率的竞争程序授与政府合同的规定]<sup>g</sup>进行。

<sup>e</sup> 对于如何完成此项示范条文，颁布国一般可有两种选择。一种方法是，可在示范条文或拟附在其后的附表中提供一份有权签订特许权协议的当局的名称一览表。另一种方法是，颁布国可指明有权签订这种协议的政府级别，而无需给出有关公共当局的名称。例如，在一个联邦制国家，这种授权条款可提及“联邦、州[或省]和市”。无论如何，那些希望载列一份详尽的当局名称一览表的颁布国不妨考虑建立可根据需要修订此一一览表之机制。为达到这一目的，可将该名称一览表列入法律的一个附表之中或可能在其之下发布的条例之中。

<sup>f</sup> 那些希望载列一份详尽的部门名称一览表的颁布国不妨考虑建立可根据需要修订此一一览表之机制。为达到这一目的，可将该名称一览表列入法律的一个附表之中或可能在其之下发布的条例之中。

<sup>g</sup> 请指南使用者注意特许公司的筛选程序与颁布国中关于授与政府合同的一般立法框架之间的关系。虽然可能有必要应用传统采购方法中存在着的一些结构性竞争要素，但是需要作一些修改，以考虑到私人融资基础设施项目的特殊需要，例如明确界定的预选阶段、投标书征求通告拟订上的灵活性、特殊评价标准以及与投标人谈判的某些范围。本章反映的筛选程序主要是依据了 1994 年 5 月 31 日至 6 月 17 日在纽约举行的贸易法委员会第二十七届会议通过的《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（以下称作采购示范法）范围内的主要服务采购方法的特征。关于特许公司的选定的示范条文无意取代或照搬颁布国关于政府采购的全部规则，而是协助其本国立法者制订适合于筛选特许公司的特殊规则。示范条文草案假定，在颁布国存在着一个用于授与政府合同的一般框架，该框架以满足采购示范法的标准的方式提供透明的高效率竞争程序。因此，示范条文并不涉及一般见于充分的一般采购制度的一些实际程序性步骤。这方面的例子包括下列事项：通知发布方式、投标书征求通告发布程序、采购过程的记录、公众对信息的获得、投标担保和审查程序。这些示范条文的说明可酌情提请读者参考采购示范法的规定，这些规定经过在细节上作必要的修改后可作为对示范条文中所述筛选程序实际要素的补充。



## 1. 投标人的预选

### 示范条文第 6 条. 预选的目的和程序

[见建议 15 和第三章，第 34-50 段]

1. 订约当局应当参与预选程序，以便确定适合于实施所设想的基础设施项目的合格投标人。

2. 应当根据[颁布国指明其法律中关于公布有关参加供应商和承包商资格预审程序的邀请书的规定]公布关于参加预选程序的邀请书。

3. 如若[颁布国指明其采购程序法中关于参加供应商和承包商资格预审程序的邀请书内容的规定]<sup>h</sup>尚未予以规定，参加预选程序的邀请书应当至少包括以下内容：

(a) 描述拟建设或翻修的基础建筑；

(b) 指明项目其他主要要素，例如特许公司将提供的服务，订约当局设想的财务安排（例如，项目是否完全将由使用费或通行费供资，或是否可向特许公司提供诸如直接付款、贷款或担保等公款），以及

(c) 概要说明将订立的特许权合同的已知主要条款；

(d) 预选申请书的提交方式和地点以及提交截止日期，应当指明具体截止日期和时间，让投标人有充足的时间准备和提交其申请书；

(e) 预选文件的邀约方式和地点。

4. 如若[颁布国指明其采购程序法中关于拟在供应商和承包商资格预审程序中提供给供应商和承包商的预选文件内容的规定]<sup>i</sup>尚未予以规定，预选文件应当至少包括以下资料：

(a) 根据[示范条文第 7 条]确定的预选标准；

(b) 订约当局是否有意放弃关于[示范条文第 8 条]所载对联营集团的参加的限制；

(c) 订约当局是否有意根据[示范条文第 9 条第 2 款]仅要求限定人数<sup>j</sup>的预选投标人在预选程序结束后提交投标书，并酌情指明进行筛选的方式；

(d) 订约当局是否有意根据[示范条文第 29 条]要求中标投标人建立一个依照[本颁布国]法律建立和注册的法律实体；

5. 对于本[示范条文]未予规定的事项，应当根据[颁布国指明其政府采购法中关于如何进行供应商和承包商资格预审程序的规定]进行预选程序。<sup>k</sup>

<sup>h</sup> 一般载于参加资格预审程序邀请书的要素一览表可见于采购示范法第 25 条第 2 款。

<sup>i</sup> 一般载于资格预审文件的要素一览表可见于采购示范法第 7 条第 3 款。

<sup>j</sup> 在有些国家，关于筛选程序的实用指南鼓励本国订约当局尽可能减少预期的投标书数量，以足可确保有意义的竞争为限（例如三份或四份）。关于可以何种方式利用评分制度（特别是量化制度）达到这样的投标人范围，在立法指南（见第三章“特许公司的选定”，第 48 和 49 段）中讨论。还请参见脚注 m。

<sup>k</sup> 关于资格预审程序的程序性步骤，包括对请求澄清进行处理的程序和对订约当局关于投标人资格的决定的披露要求，可见于《采购示范法》第 7 条第 2-7 款。

**示范条文第 7 条. 预选标准**

[见建议 15 和第三章，第 34-40、43 和 44 段]

为了有资格参加筛选程序，有兴趣的投标人必须符合预选文件中规定的订约当局认为适合特定程序的客观合理标准。<sup>1</sup>这些标准应当至少包括：

- (a) 具备执行项目所有阶段，包括设计、施工、运营和维护所必须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) 具备管理项目财务方面的足够能力和维持项目的财务需要的能力；
- (c) 具备适宜的管理和组织能力，可靠性和经验，包括以往运营公共基础设施的经验。

**示范条文第 8 条. 联营集团的参加**

[见建议 16 和第三章，第 41 和 42 段]

1. 订约当局在最初邀请投标人参加筛选程序时，应当允许这些投标人组成投标联营集团。要求投标联营集团成员根据[示范条文第 7 条]表明其资格而提供的资料应当既涉及整个联营集团，又涉及联营集团的各个参加者。

2. 除非[...[颁布国指明有关当局]另有授权]和]预选文件中另有说明，否则，无论是直接参加还是间接参加，联营集团的每一成员只能参加一个联营集团。<sup>m</sup>违反这项规则的，导致联营集团和个别成员均被取消资格。

3. 在审议投标联营集团的资格时，订约当局应当考虑联营集团成员各自的能力，并评估联营集团成员的能力综合起来是否足以满足项目各个阶段的需要。

**示范条文第 9 条. 预选决定**

[(关于第 2 款，)见建议 17，(关于第 3 款，)见建议 25 和第三章，第 47-50 段]

1. 订约当局应当就提交预选申请书的每一投标人的资格作出决定。订约当局在作出这项决定时只应当采用预选文件中规定的标准。随后，订约当局应当邀请预选选定的所有投标人根据[示范条文第 10-16 条]提交投标书。

2. 虽有第 1 款的规定，订约当局可以保留预选程序结束时仅请数目有限的<sup>n</sup>最符

<sup>1</sup> 某些国家的法律规定对本国实体给予某种优惠待遇，或者对承诺使用本国产品或雇用当地劳力的投标人给予特别待遇。本国优惠所产生的种种问题在《立法指南》中讨论（见第三章，“特许公司的选定”，第 43 和 44 段）。《立法指南》建议，欲为本国供应商提供某些刺激的国家，似宜以特别评价标准的形式而不是通过完全排斥外国供应商的做法来实施这种优惠。无论如何，如要考虑国内优惠，应当事先宣布，最好是在预选程序邀请书中加以宣布。

<sup>m</sup> 之所以禁止投标人参加一个以上的联营集团为同一个项目投标，是为了减少泄露资料或联营集团之间相互串通的风险。然而，本条示范条文考虑到了这条规则特殊例外的可能性，例如预期只有一家公司或者只有数目有限的公司能够提供执行项目所必需的特定货物或服务。

<sup>n</sup> 在有些国家，关于筛选程序的实用指南鼓励本国订约当局尽可能减少预期的投标书数量，以足可确保有意义的竞争为限（例如三份或四份投标书）。关于可以何种方式利用评分制度（特别是数字化制度）达到这样的投标人范围，在立法指南（见第三章，“特许公司的选定”，第 48 段）中讨论。应当指出，评分制度仅在预选投标人时使用。在评价投标书阶段不应当考虑对预选选定的投标人的评分（见示范条文第 15 条），在这个阶段，所有预选选定的投标人一开始应当都处于同等的地位。

合预选标准的投标人提交投标书的权利，但是须事先在预选文件中就此作适当的说明。为此目的，订约当局应当根据评估投标人资格时所采用的标准给那些符合预选标准的投标人定级，并拟定在预选程序结束后将邀请其提交投标书的投标人名单。订约当局在拟定该简短名单时应当仅仅采用预选文件中规定的定级方法。

## 2. 征求投标书的程序

**示范条文第 10 条. 征求投标书的单阶段和两阶段程序**  
[见建议 18 和 19 及第三章，第 51-58 段]

1. 订约当局应当提供一套招标书和有关文件，根据[示范条文第 11 条]印发给支付这些文件任何费用的每一个预选选定的投标人。

2. 虽有上述规定，如果订约当局认为无法为便利最后投标书的拟定而在招标书中以足够详细和精确的方式说明项目的性质，例如项目的技术规格、性能指标、财务安排或合同条款，订约当局可以使用两阶段程序向预选选定的投标人招标。

3. 采用两阶段程序的，适用以下规定：

(a) 初始招标书应当要求投标人在程序的第一阶段提交与项目技术规格、性质指标、财务安排或项目的其他特点以及与订约当局提议的主要合同条款有关的初始投标书；<sup>o</sup>

(b) 订约当局可以召开会议并与任何投标人进行讨论，澄清与初始招标书或投标人提交的初始投标书和所附文件有关的问题。订约当局应当编拟任何此种会议或讨论的简要记录，列明提出的问题和订约当局所作的解释；

(c) 在对所收到的投标书研究之后，订约当局可以审查并酌情修订初始招标书，删除或修改初始项目技术规格、性能指标、财务安排或项目其他特点包括主要合同条款的任何方面，以及初始招标书中所载的评价和比较投标书及确定中标人的任何标准，并且增加特点或标准。订约当局应当在根据[示范条文第 25 条]保持的筛选程序记录中说明修订招标书的理由。任何此种删除、修改或增补应当在邀请提交最后投标书时通知投标人；

(d) 在程序的第二阶段，订约当局应当请投标人根据[示范条文第 11-16 条]就单独一套项目技术规格、性能指标或合同条款提交最后投标书。

<sup>o</sup> 在许多情况下，特别是对新类型的项目，订约当局在这一阶段也许不能制定其所设想的合同条款详细草案。另外，订约当局可能会发现在与预选选定的投标人进行首轮磋商之后再拟定这种条款较为可取。然而，无论如何，在这一阶段对订约当局来说，重要的是指出特许权协议的关键合同条款，特别是根据特许权协议各方当事人之间应当如何分配项目的风险。如果合同权利和义务的这种分配完全留到印发了最后招标书之后才商定，投标人可能会通过力求尽量减少其所接受的风险来应对，这可能有害于寻求私人投资开发项目的目的（见第三章，“特许公司的选定”，第 67-70 段；另见第二章，“项目风险和政府支助”，第 8-29 段）。

**示范条文第 11 条. 最后招标书的内容**  
[见建议 20 和第三章，第 59-70 段]

如果[颁布国指明本国关于采购程序的法律中管辖招标书内容的规定]<sup>p</sup>未作要求，招标书应当至少包括以下资料：

- (a) 投标人为编写和提交投标书可能需要的一般信息；<sup>q</sup>
- (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；<sup>r</sup>
- (c) 订约当局提议的合同条款，包括指明哪些条款被认为是不可谈判的；
- (d) 评价投标书的标准和订约当局为确定不符合要求的投标书而规定的任何最低限度；对每项这类标准所给予的相对加权；以及在评价和否决投标书时采用这些标准和最低限度的方式。

**[示范条文第 12 条. 投标担保]**  
[见第三章，第 62 段]

1. 招标书应当载列对所需投标担保的出具人以及担保的性质、形式、数额和其他主要条款和条件的要求。

2. 投标人根据要求可能提供的任何投标担保不得予以没收，除非：<sup>s</sup>

- (a) 在提交投标书截止日期之后或按招标书规定在截止日期之前撤回或修改其投标书；
- (b) 未能依照[示范条文第 16 条]同订约当局进行最后谈判；
- (c) 未能依照[示范条文第 16 条，第 2 款]在订约当局规定的时限内提出最佳和最终报价；
- (d) 未能在投标书被接受后按照订约当局的要求签订特许权合同；
- (e) 未能在投标书被接受后提供履行特许权合同的担保或者履行招标书中规定的签署项目合同的任何其他前提条件。

**示范条文第 13 条. 澄清和修改**  
[见建议 21 和第三章，第 71 和 72 段]

订约当局可以主动也可以应投标人的澄清要求而审查和酌情修订[示范条文第 11 条]中的最后招标书任何方面。订约当局应在根据[示范条文第 25 条]保持的筛选程序记录中说明修订招标书的理由。任何这种删除、修改或增补应当在提交投标书截止日期前的合理时间内以与最后招标书相同的方式通知投标人。

<sup>p</sup> 采购示范法第 38 条中载有服务招标书中通常包含的内容清单。

<sup>q</sup> 立法指南第三章，“特许公司的选定”，第 61 和 62 段中载有应当提供的内容清单。

<sup>r</sup> 见第三章，“特许公司的选定”，第 64-66 段。

<sup>s</sup> 关于投标担保的一般规定可见于采购示范法第 32 条。

### 示范条文第 14 条. 评价标准

[见建议 22 和 23 和第三章, 第 73-77 段]

1. 评价和比较技术投标书的标准<sup>†</sup>应当至少包括下列各项:
  - (a) 技术健全性;
  - (b) 符合环境标准;
  - (c) 运营可行性;
  - (d) 服务质量和确保服务连续性的措施。
2. 评价和比较财务及商业投标书的标准<sup>‡</sup>应当酌情包括下列各项:
  - (a) 特许期内的拟议通行费、单价及其他收费的现值;
  - (b) 拟由订约当局直接支付的任何可能款项的现值;
  - (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) 可望由[本颁布国]主管当局提供的任何财政支助的规模;
  - (e) 拟议的财务安排健全性;
  - (f) 对订约当局在招标书中提议的可以谈判的合同条款的接受程度;
  - (g) 投标书提供的社会和经济发展潜力。

### 示范条文第 15 条. 投标书的比较和评价

[见建议 24 和第三章, 第 78-82 段]

1. 订约当局应当根据招标书中规定的评价标准、每项这种标准所具有的相对加权和评价程序, 比较和评价每份投标书。
2. 为了第 1 款的目的, 订约当局可以设立质量、技术、财务和商业方面的最低限度。未达到最低限度的投标书应当视为不符合要求。<sup>‡</sup>

<sup>†</sup> 见第三章, “特许公司的选定”, 第 74 段。

<sup>‡</sup> 见第三章, “特许公司的选定”, 第 75-77 段。

<sup>‡</sup> 本条示范条文提出了一个评价程序的实例, 订约当局似宜采用这种程序来比较和评价私人融资基础设施项目的投标书。立法指南第三章, “特许公司的选定”, 第 79-82 段, 介绍了其他评价程序, 例如两阶段评价程序或两封袋方法。与本条示范条文中载列的程序不同, 立法指南中介绍的这些程序旨在使订约当局能够分别比较和评价非财务标准与财务标准, 以便避免因过分考虑财务标准中的某些要素(例如单价)而影响非财务标准。为了确保筛选过程评价阶段的完整性、透明度和可预测性, 建议颁布国在其法律中规定可供订约当局用以比较和评价投标书的评价程序以及这种程序的实施细节。

**示范条文第 15 条之二. 进一步证明符合资格标准**  
[见建议 25 和第三章，第 78-82 段]

订约当局可以要求预选选定的任何投票人根据预选中使用的同样标准再次证明其资格。经要求而不能再次证明其资格的任何投票人，订约当局应取消其资格。<sup>w</sup>

**示范条文第 16 条. 最后谈判**  
[见建议 26 和 27 和第三章，第 83 和 84 段]

1. 订约当局应当排列所有符合要求的投标书的名次，并邀请名列首榜的投标人进行特许权合同的最后谈判。最后谈判不得涉及最后招标书中指明的不可谈判的任何合同条款。

2. 如果订约当局认为与被邀请的投标人的谈判显然不会达成特许权合同，订约当局应当将其终止谈判的意图通知该投标人，并让该投标人有合理的时间提出其最佳和最后报价。如果该投标人未能在规定的时限内提出能令订约当局接受的报价，订约当局应当终止与该有关投标人的谈判。订约当局应当按照排名先后邀请其他投标人进行谈判，直到达成特许权合同或者否决所有其余的投标书。订约当局不得在依照本款规定终止与一投标人谈判后恢复与该投标人的谈判。

### 3. 不经过竞争程序谈判特许权合同

**示范条文第 17 条. 允许不经过竞争程序的授标情形**  
[见建议 28 和第三章，第 89 段]

[经…[颁布国指明有关当局]批准]，<sup>x</sup>订约当局有权在下列情形下不使用[示范条文第 6-16 条]中规定的程序谈判特许权合同：

(a) 迫切需要确保连续提供服务，而采用[示范条文第 6-16 条]中规定程序将不切实际，条件是引起紧迫性的情况既非订约当局所能预见，也非其工作拖延所致；

(b) 项目期限短，且预期初始投资额不超过[…的]数额[颁布国具体规定一个最高金额][…中规定的]数额[颁布国指明其法律中具体规定最低金额的规定，低于该最低金额的私人融资基础设施项目可以不必经过竞争程序授标]；<sup>y</sup>

<sup>w</sup> 如果采用资格预选程序，标准应与资格预选程序所使用的标准相同。

<sup>x</sup> 不经竞争程序授与特许权协议须经上级当局批准的理由是要确保订约当局只是在适宜的情形下才同投标人进行直接谈判（见第三章，“特许公司的选定”，第 85-96 段）。因此，本条示范条文建议，颁布国应当指明一个有权授权在本条示范条文所载各种情形下进行谈判的有关当局。然而，可以为本条示范条文中的每一款规定不同的批准要求。例如，在某些情形下，颁布国可以规定，进行这种谈判的权力直接来自法律。在另外一些情形下，颁布国可以规定，视拟提供的服务或者有关基础设施部门的性质须经不同的上级当局批准才能进行谈判。在这些情形下，颁布国可能需要根据这些批准要求调整本条示范条文，在有关款项增加具体的批准要求或者增加提及本国法律中载列这种批准程序的规定的文字。

<sup>y</sup> 作为对(b)项中规定的排除法的一种替代，颁布国可以考虑为低于该最低金额的项目的招标书拟定一种简化程序，例如采用采购示范法第 48 条中所述的程序。

- (c) 项目涉及国防或国家安全；
- (d) 只有一个来源能够提供所需服务，例如这种服务的提供需要使用属某人所有或由某人占有的知识产权、商业秘密和其他专属权利；
- (e) 属于[示范条文第 22 条]范围内的非邀约投标书；
- (f) 发出参加预选程序邀请书或招标书后未收到申请或投标书，或者所有投标书均未达到招标书中规定的评价标准，而且，在订约当局看来，即使发出新的参加预选程序邀请书和新的招标书也不可能在要求的时间内取得授与项目的结果；<sup>z</sup>
- (g) 由于令人信服的公共利益原因而由[颁布国指明有关当局]授权作为例外的其他情形。<sup>aa</sup>

**示范条文第 18 条. 特许权合同的谈判程序**  
[见建议 29 和第三章，第 90 段]

如果不使用[示范条文第 6-16 条]所载程序谈判特许权合同，订约当局应当：<sup>bb</sup>

- (a) 根据[颁布国指明任何有关采购程序的法律国管辖发布通知的规定]设法发布通知，表示打算就特许权合同开始谈判，但依照[示范条文第 17 条(c)项]进行的特许权合同谈判除外；
- (b) 视情况许可尽可能让更多的按订约当局判断<sup>cc</sup>有能力执行项目的人参加谈判；
- (c) 确定据以评价投标书和排列名次的评价标准。

<sup>z</sup> 颁布国似应要求订约当局在根据[示范条文第 25 条]保持的记录中列入谈判结果概要并指明这些结果在多大程度上不同于原始招标书的项目规格和合同条件，并要求说明其原因。

<sup>aa</sup> 认为按特定情况授权使用谈判程序较为可取的颁布国似宜在采用本条示范条文时保留(g)项，而希望限制竞争性筛选程序例外情形的颁布国可不选择列入本项。在任何情况下，为透明度起见，颁布国似应在此处或本条示范文的其他处指明任何其他例外情形，在这些情形下，允许使用具体法规提供的谈判程序。

<sup>bb</sup> 提高根据本条示范条文进行的谈判的透明度的某些要素在立法指南第三章，“特许公司的选定”，第 90-96 段中讨论。

<sup>cc</sup> 希望提高谈判程序使用透明度的颁布国可根据具体法规确立资格标准，按[示范条文第 17 和 18 条]应邀参加谈判的人必须达到此种标准。[示范条文第 7 条]对可能确立的资格标准作了说明。

#### 4. 非邀约投标书<sup>dd</sup>

##### 示范条文第 19 条. 非邀约投标书的可采性

[见建议 30 和第三章，第 97-109 段]

作为[示范条文第 6-16 条]的例外，订约当局<sup>ee</sup>有权依照[示范条文第 20-22 条]中所列的程序考虑非邀约投标书，但此类投标书须不涉及业已对其启动或宣布筛选程序的项目。

##### 示范条文第 20 条. 确定非邀约投标书可采性的程序

[见建议 31 和 32 及第三章，第 110-112 段]

1. 在收到并初步审查非邀约投标书后，订约当局应当迅速通知投标人该项目是否被认为可能符合公共利益。<sup>ff</sup>

2. 如果根据第 1 款认为该项目可能符合公共利益，订约当局应当请投标人就拟议的项目尽可能提供更多的此阶段可能提供的资料，以便使订约当局能够对投标人的资格<sup>gg</sup>、项目的技术可行性和经济可行性进行恰当的评价，并确定项目是否可能按订约当局可以接受的条款以所拟议的方式得到顺利实施。为此目的，投标人应当提交技术和经济可行性研究报告、环境影响研究报告以及关于投标书中设想的概念或技术的令人满意的资料。

3. 订约当局在审议非邀约投标书时，应当尊重投标书中载列的、引起的或者提及的知识产权、商业秘密或者其他专属权利。因此，除了评价该投标书之外，订约当局不得使用由投标人自己或者他人代表投标人就其非邀约投标书提供的资料，但经投标人同意的除外。除非当事各方另有约定，订约当局如果否决该投标书，应当向投标人退还投标人在整个程序期间提交和编写的文件原件及其任何副本。

<sup>dd</sup> 非邀约投标书利弊问题的政策考虑在立法指南第三章，“特许公司的选定”中论及，第 98-100 段中讨论。意欲容许订约当局处理这种投标书的国家似宜使用示范条文第 22-24 条中载列的程序。

<sup>ee</sup> 本条示范条文假设，接受非邀约投标书的权力属于订约当局。然而，视颁布国管制制度而定，可能会是订约当局以外的另一个机构负责接受非邀约投标书或者审议非邀约投标书是否符合公共利益等。在这种情形下，颁布国应当仔细考虑可能需要如何协调这种机构与订约当局的职能（见脚注 a、c 和 w 以及其中提及的参考资料）。

<sup>ff</sup> 确定拟议项目是否符合公共利益涉及到要谨慎地判断该项目对公众提供的潜在好处以及它与政府关于有关基础设施部门的政策的关系。为了确保确定非邀约投标书可采性的程序的完整性、透明度和可预测性，颁布国似宜在条例或其他文件中就将用以确定非邀约投标书是否符合公共利益的标准提供指导，其中可以包括评估合同安排是否恰当和拟议的项目风险分配是否合理标准。

<sup>gg</sup> 颁布国似应在条例中提出投标人需达到的资格标准。[示范条文第 7 条]说明了为此需考虑的要素。



**示范条文第 21 条. 不涉及知识产权、商业秘密或其他专属权的非邀约投标书**  
[见建议 33 和第三章, 第 113 和 114 段]

1. 除[示范条文第 17 条]所述情形外, 订约当局如决定实施项目, 应当在下列情形下依照[示范条文第 6-16 条]启动筛选程序:

(a) 订约当局认为不利用属投标人所有或由投标人占有的知识产权、商业秘密或其他专属权利也可以达到项目的预期产出; 或者

(b) 订约当局认为所提出的概念或技术并非真正独特或新颖。

2. 应当请该投标人参加订约当局依照第 1 款启动的筛选程序, 并且考虑到投标书的编写和提交, 可以以订约当局在招标书中所述的方式给予奖励或类似的好处。

**示范条文第 22 条. 涉及知识产权、商业秘密或专属权的非邀约投标书**  
[见建议 34 和 35 及第三章, 第 115-117 段]

1. 如果订约当局确定[示范条文第 21 条, 第 1(a)和(b)款]的条件不能满足, 订约当局不必依照[示范条文第 6-16 条]进行筛选程序。然而, 订约当局仍然可以根据以下第 2-4 款中所列规定设法获得非邀约投标书的比较要素。<sup>hh</sup>

2. 如果订约当局打算获得非邀约投标书的比较要素, 订约当局应当公布关于该投标书主要产出要素的说明, 并邀请其他有兴趣的当事方在[一段合理期限][颁布国指明一段时间]内提交投标书。

3. 如果在[一段合理期限][上文第 2 款规定的时间]内没有收到对依照第 2 款印发的邀请书的任何投标书, 订约当局可以同原始投标人进行谈判。

4. 如果订约当局收到了对依照第 2 款印发的邀请书的投标书, 订约当局应当根据[示范条文第 18 条]中载列的规定邀请这些投标人参加谈判。如果订约当局收到的投标书数量足够多而且表面看来符合基础设施的需要, 订约当局应当要求依照[示范条文第 10-16 条]提交投标书, 但须给予提交非邀约投标书者根据[示范条文第 21 条, 第 2 款]可以给予的任何奖励或其他好处。

## 5. 杂项规定

**示范条文第 23 条. 谈判的保密性**  
[见建议 36 和第三章, 第 118 段]

订约当局在处理投标书时应当避免将其意向披露给竞标人。订约当局依照[示范条文第 10 条第 3 款、第 16、第 17、第 18 条或第 22 条第 3 款]同一投标人进行的任何讨论、通信和谈判均应当保密。除非法律或者法院命令有要求, 谈判一方未经另一方同意, 不得向其代理人、分包商、放款人、顾问或咨询者以外的任何其他他人披露因依照上述规定进行讨论、通信和谈判而收到的任何技术、价格或其他资料。

<sup>hh</sup> 颁布国似宜为处理属于本条示范条文的非邀约投标书考虑采用特殊程序, 这种程序可以参照采购示范法第 48 条载列的招标书程序加以变通。

示范条文第 24 条. 授与合同的通知  
[见建议 37 和第三章, 第 119 段]

除依照[示范条文第 17 条(c)项]授与的特许权合同外, 订约当局应当根据[颁布国指明其关于采购程序的法律中管辖发布授标通知的规定]安排发布合同授与通知。通知应当列明特许公司的名称并摘要介绍特许权合同的基本条款。

示范条文第 25 条. 筛选和授标程序的记录  
[见建议 38 和第三章, 第 120-126 段]

订约当局应当根据[颁布国指明其关于公共采购的法律中管辖采购程序记录的规定]保持与筛选和授标程序有关的资料的适当记录。<sup>ii</sup>

示范条文第 26 条. 审查程序  
[见建议 39 和第三章, 第 127-131 段]

投标人声称因订约当局违反了法律对订约当局所规定的责任而致使投标人遭受或可能遭受损失或伤害的, 可以要求根据[颁布国指明其法律中管辖审查采购程序中所作决定的规定]审查订约当局的行为或不行为。<sup>ii</sup>

### 三. 基础设施的建造和运营

示范条文第 27 条. 特许权合同的内容  
[见建议 40 和第四章, 第 1-11 段]

特许权合同应当就当事人认为适当的事项作出规定, 其中包括:

- (a) 特许公司拟实施的工程和拟提供的服务的性质和范围[见第四章, 第 1 段];
- (b) 提供这些服务的条件和特许权合同对特许公司的权利规定的任何专属范围[见建议 5];
- (c) 订约当局为特许公司获得实施基础设施项目所需要的执照和许可证而可能向其提供的援助[见建议 6];
- (d) 对依照[示范条文第 29 条]组建法律实体的任何组建和最低限度资本方面的要求[见建议 42 和示范条文第 29 条草案];
- (e) 依照[示范条文第 30-32 条], 与项目有关的资产的所有权和当事人酌情取得项目场地和任何地役权的义务[见建议 44 和 45 以及示范条文第 30-32 条草案];

<sup>ii</sup> 立法指南第三章, “特许公司的选定”, 第 120-126 段论及示范条文中设想的各类项目授标记录的内容以及这种记录中所载资料可供公众查询的程度。这些问题在立法指南第三章, “特许公司的选定”, 第 120-126 段中讨论。采购示范法第 11 条进一步阐明各类项目授标记录的内容。颁布国的法律未充分论及这些问题的, 应通过这方面的法规或条例。

<sup>ii</sup> 建立适当审查制度的要素在立法指南第三章, “特许公司的选定”, 第 127-131 段中讨论。采购示范法第六章中也载有有关内容。颁布国的法律未规定此种适当审查程序的, 应考虑通过这方面的法规。

(f) 特许公司的报酬，包括利用设施或提供服务的服务费或使用费；任何此种服务费或使用费的制定或调整方法和公式；以及订约当局或其他公共当局可能支付的任何款项[见建议 46 和 48]；

(g) 订约当局对工程设计、施工计划和技术规格的审查和批准程序，以及基础结构设施的测试和最后检查、批准和验收程序[见建议 52]；

(h) 特许公司酌情确保调整服务使之适应对实际服务要求、服务的连续性和以基本相同条件为所有用户提供服务的义务的范围[见建议 53 和示范条文第 37 条草案]；

(i) 订约当局或其他公共当局对特许公司拟实施的工程和拟提供的服务进行监督的权利，以及订约当局或管理机构可以下令对工程和服务条件加以更改或采取其可能认为适当的其他合理行动确保依照适用的法律要求和合同要求妥善运营基础结构设施和提供服务的条件和范围[见建议 54，(b)分段]；

(j) 特许公司酌情向订约当局或管理机构提供其运作情况报告和其他资料的义务的范围[见建议 54，(a)分段]；

(k) 订约当局或另一公共当局下达任何与上文(h)项和(i)项有关的命令而可能造成的额外费用及其他后果的处理机制，包括特许公司可能有权得到的任何补偿[见第四章，第 73-76 段]；

(l) 订约当局对特许公司订立重大合同的任何审批权，特别是与本公司股东或其他附属人员订立的重大合同[见建议 56]；

(m) 特许公司为实施基础设施项目而应提供的履约保证和应保持的保险单[见建议 58，(a)和(b)分段]；

(n) 任何一方当事人违约时可采用的补救方法[见建议 58，(e)分段]；

(o) 因超出其合理控制范围的情形未能遵守或推迟遵守特许权合同规定的任何义务时，任何一方当事人的免责范围[见建议 58，(d)分段]；

(p) 特许权合同的期限以及特许权合同期满或终止时当事人的权利和义务[见建议 61]；

(q) 依照[示范条文 46]计算补偿的方式[见建议 67]；

(r) 解决订约当局与特许公司之间可能出现的纠纷的管辖法律和机制[见建议 41 和 69 以及示范条文第 28 和 48 条草案]；

#### 示范条文第 28 条. 管辖法律

[见建议 41 和第四章，第 5-8 段]

[除非特许权合同另有规定，]特许权合同由本颁布国法律管辖。<sup>kk</sup>

<sup>kk</sup> 关于特许权合同当事人可否选择所在国以外的法律作为合同的管辖法律问题，各种法律制度的解决办法不同。另外，正如立法指南中所述（见第四章，“基础设施的建造和运营”：立法框架和项目协议”，第 5-8 段），在一些国家，特许权合同可能由行政法管辖，而在另一些国家则可能由私法管辖（另见立法指南，第七章，“其他有关的法律领域”，第 24-27 段）。管辖法律还包括适用于基础设施项目执行期间产生的各种问题的其他法律领域的法规（统见立法指南，第七章，“其他有关的法律领域”，B 节）。

**示范条文第 29 条. 特许公司的组建**

[见建议 42 和 43 及第四章，第 12-18 段]

订约当局可要求中标人根据[本颁布国]法律组建一个法律实体，但需酌情在预选文件或招标书中加以说明。特许权合同应当载明对此类法律实体的最低限度资本以及对其章程和细则获得订约当局批准的程序和对章程和细则作重大更改的程序的任何要求。

**示范条文第 30 条. 资产的所有权<sup>11</sup>**

[见建议 44 和第四章，第 20-26 段]

特许权合同应当酌情指明哪些资产是或应当是公共财产，哪些资产是或应当是特许公司的私有财产。特许权合同应当特别指明哪些资产属于下列类别：

- (a) 依照特许权合同的规定特许公司需返还或移交给订约当局或其指定的另一实体的任何可能的资产；
- (b) 订约当局可选择向特许公司购买的任何可能的资产；以及
- (c) 在特许权合同期满或终止时特许公司可保留或处分的任何可能的资产。

**示范条文第 31 条. 获得对项目场地的相关权利**

[见建议 45 和第四章，第 27-29 段]

1. 订约当局或其他根据法律规定和特许权合同设立的公共当局应当向特许公司提供或酌情协助特许公司获得实施项目所需项目场地的相关权利，包括项目场地的所有权。

2. 凡是执行项目所需土地的强制性征购，均应依照[颁布国指明本颁布国关于公共当局为公共利益而强制征购私有财产的法律规定]进行。

---

<sup>11</sup> 私营部门对基础设施项目的参与可以采取不同的形式，可以是公有和公营基础设施，也可以是完全私有化的项目（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 47-53 段）。这些一般政策选择通常决定了有关项目资产所有权的立法方式（见第四章，“基础设施的建设和运营：立法框架和项目协议”，第 20-26 段）。不论所在国的一般政策或部门政策如何，都应当明确制定各种有关资产的所有权制度，并应以充分的立法权为其基础。这方面清晰明确至关重要，因为这将直接影响到特许公司能否为项目融资目的而以项目资产设立担保权（同上，第 52-61 段）。本示范条文与各种法律制度所采取的灵活做法相一致，并不设想将所有资产无条件地移交给订约当局，而是加以区分，分清哪些是必须移交给订约当局的资产，哪些是订约当局可以选择购买的资产，哪些则是特许合同期满或终止时或任何其他时间特许公司保留的私有财产。

**示范条文第 32 条. 地役权<sup>mmm</sup>**

[见建议 45 和第四章，第 30 段]

依照[颁布国指明本颁布国关于公用事业公司和基础设施运营人依法享有的地役权和其他类似权利的法律规定]，特许公司应当[拥有][被给予]酌情并视执行项目的需要而进入或穿过第三方的地产或在第三方的地产上施工或安设装置的权利。

**示范条文第 33 条. 财务安排**

[见建议 46 和第四章，第 33-51 段]

特许公司应当有权对利用它所提供的设施或服务征收、接受或收取服务费和使用费。特许权合同应当[依照主管管理机构制定的规则]就这些服务费或使用费的确和和调整方法及公式作出规定。<sup>mm</sup>

**示范条文第 34 条. 担保权益**

[见建议 49 和第四章，第 52-61 段]

1. 在不违反特许权合同可能载列的任何限制规定的情况下，<sup>oo</sup>特许公司有权根据获得项目的任何必要融资的需要，以公司的任何资产、权利或权益设立担保权益，包括以那些与基础设施项目有关的资产、权利或权益设立担保权益，其中特别包括：

- (a) 以特许公司拥有的动产或不动产或以其在项目资产中的权益设立担保；
- (b) 以特许公司应从利用其提供的设施或服务中得到的收益和应收款设立质押。

2. 特许公司的股东应当有权以其在特许公司中的股份设立质押或设立任何其他担保权益。

3. [本颁布国]法律不允许的，不得以公共财产或以提供公共服务所需要的其他财产、资产或权利设立第 1 款规定的担保。

<sup>mmm</sup> 特许公司可直接获取也可由公共当局在购置项目场地的同时强制性获取为与项目有关的目的而在邻接地产上通过或穿行的权利，或在这些地产上施工的权利。一种略有不同的变通办法是，可由法律本身授权公共服务提供者视公共基础设施的施工、经营和维修的需要，进入或通过第三方的地产或在第三方地产上施工或安设装置（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 30-32 段）。示范条文中第一组方括号内给出的备选措词就是为了反映这些可供选择的办法。

<sup>mm</sup> 应付给特许公司的通行费、使用费、价款或其他费用，在立法指南中称作“服务费”，在订约当局或其他公共当局不提供补贴或付款的情况下，它们可能是收回项目投资的主要（有时甚至是唯一）收入来源（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30-60 段）。对提供公共服务收取费用，通常是政府基础设施政策的一个组成部分，同时也是广大公众直接关注的事项。因此，许多国家有关提供公共服务的管理框架都包括特别的服务费管理规则。此外，有些法律制度中的成文法规定或一般法律规则还规定了货物或服务的定价标准，例如要求收费必须符合某些“合理性”、“公正性”或“公平”的标准（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 36-46 段）。

<sup>oo</sup> 这些限制规定可能特别涉及与基础设施项目资产有关的权利或权益。

**示范条文第 35 条. 特许权合同的转让**  
[见建议 50 和第四章，第 62 和 63 段]

除[示范条文第 34 条]另有规定外，未经订约当局的同意，特许权合同规定的特许公司的权利和义务不得转让给第三方。特许权合同应当载明订约当局应当同意转让特许权合同规定的特许公司的权利和义务的条件，其中包括新的特许公司接受特许权合同规定的所有义务和证明新的特许权公司具备提供服务所需要的技术能力和财力。

**示范条文第 36 条. 特许公司控股权<sup>PP</sup>的转让**  
[见建议 51 和第四章，第 64-68 段]

除特许权合同另有规定外，未经订约当局的同意，特许公司的控股权不得转让给第三方。特许权合同应当载明订约当局应当表示同意的条件。

**示范条文第 37 条. 基础设施的运营**  
[(关于第 1 款，)见建议 53 和第四章，第 80-93 段，  
(关于第 2 款，)见建议 55 和第四章，第 96 和 97 段]

1. 特许权合同应当酌情载明特许公司履行下述义务的程度：
  - (a) 确保调整服务使之满足服务要求的义务；
  - (b) 确保服务连续性的义务；
  - (c) 确保以基本相同的条件为所有用户提供服务的义务；
  - (d) 一视同仁地酌情为其他服务提供者利用特许公司运营的任何公共基础设施网络提供机会。
2. 特许公司应有权经订约当局或管理机构批准后颁布和执行设施的使用规则。

**示范条文第 38 条. 对法规具体变化的补偿**  
[见建议 58，(c)分段和第四章，第 122-125 段]

对于因具体适用于基础设施或其提供的服务的法规或条例发生变化致使特许公司履行特许权合同的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形，或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款价值比原先设想的履约价值显著下降的情形，特许权合同中应当载明特许公司有权为此获得补偿的限度。

---

<sup>PP</sup> “控股权”概念一般指任命公司管理层和影响或决定其业务的权力。不同法律制度中，甚至在同一法律制度的不同法律门类中也有可能使用不同的标准，其中有要式标准，将控股权定为在公司各类股票表决权总和占有一定数量（通常超过 50%），也有更加复杂的标准，把公司的实际管理层结构考虑进去。对“控股权”一词尚无法定定义的颁布国可能需在所发布的示范条文的施行条例中对这个词加以定义。

**示范条文第 39 条. 特许权合同的修订**

[见建议 58, (c)分段和第四章, 第 126-130 段]

1. 在不影响[示范条文第 38 条]的情况下, 特许权合同可进一步载明特许公司有权请求修订特许权合同的限度, 以期对于因下列情形致使特许公司履行特许权合同的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形, 或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款价值比原先设想的履约价值显著下降的情形予以补偿:

- (a) 经济或金融状况变化; 或
- (b) 并不具体适用于基础设施或其提供的服务的法规或条例变化。

2. 但经济、金融、法规或条例的变化须是在下述情形下发生的:

- (a) 变化发生在合同成立之后;
- (b) 变化超出特许公司的控制范围; 以及

(c) 变化的性质决定了按情理不可能在特许权合同谈判时预计特许公司已将这些变化考虑在内或者已避免或克服其后果。

3. 特许权合同应当确定发生任何此种变化后修订特许权合同的规定的程序。

**示范条文第 40 条. 订约当局接管基础设施项目**

[见建议 59 和第四章, 第 143-146 段]

在特许权合同载明的情形下, 如果特许公司严重失职, 未能履行其义务, 并且在订约当局通知其纠正违约情形后未能在一段合理的期限内加以纠正, 订约当局有权暂时接管设施的运营, 以便确保有效和不间断地提供服务。

**示范条文第 41 条. 特许公司的替换**

[见建议 60 和第四章, 第 147-150 段]

订约当局可以同基础设施项目的出资实体约定, 在特许公司严重违约、发生其他事件因而本来有正当理由可以终止特许权合同、或出现其他类似情形时, 替换该特许公司并指定新的实体或个人根据现有特许权合同履行。<sup>99</sup>

<sup>99</sup> 根据彼此间约定的条件由放款人提议并经由订约当局接受, 用另一实体替换特许公司, 是为了使当事人有机会避免因终止特许权合同而造成的破坏性后果(见第四章, “基础设施的建造和运营: 立法框架和项目协议”, 第 147-150 段)。当事人似宜首先实行其他实际措施, 可能的话按先后顺序实行, 例如由放款人或由其指定的一名临时管理人暂时接管项目, 或者执行放款人对特许公司股份的担保权, 把这些股份卖给订约当局可以接受的第三方。

## 四. 特许权合同的期限、展期和终止

### 1. 特许权合同的期限和展期

#### 示范条文第 42 条. 特许权合同的期限和展期

[见建议 62 和第五章，第 2-8 段]

1. 除因下列情形展期外，依照[示范条文第 27(p)项]规定的特许权合同的期限不得展延：

- (a) 因超出双方当事人合理控制范围的情形造成完工延误或运营中断；或
- (b) 因订约当局或其他公共当局的行为造成项目中止。
- (c) [颁布国列明的其他情形。]<sup>rr</sup>

2. 特许公司不能在特许权合同原定期限内收回因特许权合同中原先未预见到的订约当局的要求而产生的额外费用的，特许权合同的期限可以进一步展延，以便让特许公司能够收回这些费用。

### 2. 特许权合同的终止

#### 示范条文第 43 条. 由订约当局提出终止特许权合同

[见建议 63 和第五章，第 14-27 段]

在下列情形下，订约当局可以终止特许权合同：

(a) 出现破产、严重违约或其他情形，因而按情理不可能再预计特许公司仍将能够或愿意履行其义务；

(b) 出于[令人信服的]<sup>ss</sup>公共利益的考虑，但需按特许权合同约定的补偿条件向特许公司支付补偿；

- (c) [颁布国可能希望在法律中添加的其他情形。]

#### 示范条文第 44 条. 由特许公司提出终止特许权合同

[见建议 64 和第五章，第 28-33 段]

除下列情形外，特许公司不得终止特许权合同：

- (a) 订约当局或其他公共当局严重违反特许权合同对其规定的义务；

(b) [示范条文第 39 条第 1 款]规定的修订特许权合同的条件业已满足，但各方当事人未就特许权合同的修订达成一致意见；或

<sup>rr</sup> 颁布国似应考虑可否出于令人信服的公共利益考虑而允许按特许权合同的规定以合意方式展延特许合同。

<sup>ss</sup> [立法指南第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 27 段论及令人信服的公共利益考虑的可能情形。]



(c) 由于订约当局或其他公共当局的作为或不作为，例如[示范条文第 27 条(h)和(i)项]中提及的情形，特许公司履行特许权合同的费用显著增加，或特许公司为此种履约收到的价款价值显著下降，而各方当事人又未能就特许权合同的修订达成一致意见。

**示范条文第 45 条. 由任何一方当事人提出终止特许权合同**  
[见建议 65 和第五章，第 34 和 35 段]

任何一方当事人均应有权在超出其合理控制范围的情形使其无法履行义务时终止特许权合同。各方当事人还应有权以相互同意的方式终止特许权合同。

### 3. 特许权合同期满或终止时的安排

**示范条文第 46 条. 特许权合同期满或终止时的财务安排**  
[见建议 67 和第五章，第 43-49 段]

特许权合同应当就特许权合同终止时如何计算对任何一方当事人的补偿作出规定，应根据特许权合同已完成的工程的公道价值、任何一方当事人承担的费用或遭受的损失、以及酌情包括在内的利润损失，作出适当的补偿安排。

**示范条文第 47 条. 停业和移交措施**  
[见建议 68 和第五章，第 50-62 段]

特许权合同应当酌情载明各方当事人在下列方面的权利和义务：

- (a) 设立酌情向订约当局移交资产的机制和程序；
- (b) 转让设施运营所需要的技术；
- (c) 对订约当局的人员或接任特许公司进行设施运营和维护培训；

(d) 在设施移交给订约当局或接任特许公司之后的一段合理时间内，由特许公司继续提供支助服务和资源，包括在需要时提供备用零件。

## 五. 纠纷的解决

**示范条文第 48 条. 订约当局与特许公司之间的纠纷**  
[见建议 69 和第六章，第 3-41 段]

订约当局与特许公司之间的任何纠纷应当通过各方当事人在特许权合同中约定的纠纷解决机制加以解决。<sup>11</sup>

**示范条文第 49 条. 涉及客户或基础设施用户的纠纷**  
[见建议 71 和第六章，第 43-45 段]

特许公司向公众提供服务或运营向公众开放的基础设施的，订约当局可要求特许

<sup>11</sup> 颁布国可在本国法规中规定最适合私人融资基础设施项目需要的纠纷解决机制。

公司制定处理其客户或基础设施用户提出的申诉的简便和高效率的机制。

**示范条文第 50 条. 其他纠纷**

[见建议 70 和第六章，第 42 段]

1. 特许公司及其股东应可自由选择解决相互之间纠纷的适当机制。
2. 特许公司应可自由约定解决特许公司与其放款人、承包商、供应商和其他商业伙伴之间的纠纷的适当机制。