
一带一路 实用指南

竞争性招投标程序对投资者而言的好处

目录

05

1:

一带一路的招投标

06

2:

特许权

中国的一带一路倡议打开了沿线发展中国家蕴含的无限投资机遇。

中国的一带一路倡议

竞争性招标投标程序对投资者而言的好处及特许权安排的共同问题

很多出版刊物都有提及一带一路（BRI），有些主要提及适用法，而其他则因应各国提供统计和其他背景资料，但好像并没有太多相关的实用指南。我们这系列出版物旨在填补这个空白。我们会分享与客户在一带一路合作的项目经验。我们亦会在每一本小册子内提供有关一带一路的实用贴士。

概要

中国的一带一路倡议打开了沿线发展中国家蕴含的无限潜在投资机遇。世界各地政府都在利用特许权安排弥补基础设施建设的缺口，这一现象在发展中管辖区尤为常见。在本刊物中，我们将展望一带一路沿线国家中的特许权安排和竞争性招标投标程序对投资者而言的好处。

根据一项特许权，政府可向私营公司（特许权持有人）发牌，准许后者对基础设施进行融资，并在指定期限内进行开发和运营，并在指定期限内进行开发和运营，及在指定期限结束时将基础设施免费移交给所在国。通过向私营部门发放建设和运营公共基础设施牌照，政府更容易实现它的公共基础设施建设目标，同时也避免为已显紧张的财政预算增添更大的压力。鉴于新冠疫情为公共预算带来的负担增加，这类安排在后新冠环境中尤为重要。该等牌照或特许权通常会授予在竞争性招标投标程序中标的投资者。

在下文中，我们将会阐述
我们对以下两点的看法：

观察在一带一路沿线基础设施项目中，采用竞争性招投标程序的好处；

概要有关在考虑一带一路沿线国家的特许权安排时，投资者须予留意的某些共同问题。

招投标程序的好处

一带一路投资者常利用他们与沿线国家政府建立的人脉关系得悉项目的消息。得益于这些人脉关系，投资者常常可以直接进行项目开发协议的谈判，无需事先经历任何招投标程序。对于这些耗费时间开拓人脉关系的投资者来说，如果可以跳过招投标程序直接通过谈判赢得项目，那将会得到投资者的青睐，因为既省时又能保证结果。

尽管拥有强大政府人脉的益处多多，但投资者应记住，投资项目将会持续好几年，甚至是好几十年。在整个项目周期内，政府官员发生变动也不无可能。所以，对于任何一个项目而言，能否经得住这些变动、并确保继任政府遵行特许权安排是很重要的。

为了令项目长期合法，特许权持有人最好能证明他是通过透明及公平的程序取得项目的。要想证明程序透明，常见的做法就是：通过竞争性招投标程序赢得项目。这也是许多“一带一路”司法辖区通过竞标将政府采购程序制度化的一大趋势。

由于能够确保：

- 所有投标人都收到相同的信息；
- 所有投标人都遵守相同的招投标规则；及
- 按照预先决定的透明标准统一进行每一投标人的评估和最终的特许权授予。

尽管招投标程序对项目竞争持开放态度，但投资者的人脉关系仍具重要价值。在竞争性投标背景下，由于在东道国拥有强大的人脉关系可转化为客观可量度的资格（如展示国内实力和可靠性），投资者将能提供更具竞争力的投标书。

鉴于施行招投标程序的好处和加强透明度的决心，许多政府（包括部分一带一路沿线国家）都已在他们的国内立法中对公共项目规定了竞争性招投标程序。另外，大多数的多边机构也将把公平的竞争性招投标程序列作他们参与任何项目的必备要件。

投资者对直接谈判和竞争性招投标程序的取舍在很大程度上取决于东道国的政治环境。一面是直接谈判的便利性和确定性，一面是竞争性招投标程序的合法性和透明度，投资者需要在两者之间寻求平衡。现实中从来就没有具有普

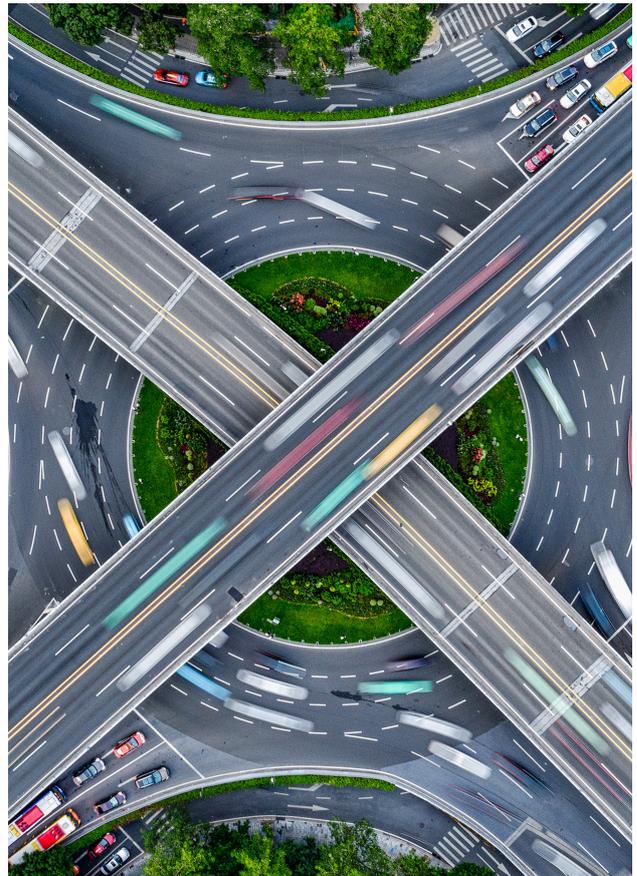
适性的完美做法，相反，每位投资者都应针对每个项目特有的情况给予相应的考虑。

其他选择

至于是否进行竞争性招投标程序，这要么订明于国内法中，要么另行由东道国政府决定。如果某一项目是通过直接谈判取得的，则特许权持有人可向东道国的议会取得批准，以此寻求进一步的担保。

对直接谈判赢得的特许权取得议会批准是一项有益的做法，因为这样有助于向新上任的任政府证明这项特许权的授予是获得两党支持的。

当然，议会批准的效果在很大程度上取决于东道国议会以及适用的宪法法律原则的独立性和选举程序的真实性。但是，如果竞争性招投标程序不是备选方案，则对直接赢得的项目取得议会批准的做法或可令新上任的政府更难质疑特许权授予的合法性。议会的批准也有助于增加额外的合法性，即使是通过竞争程序获得的项目也是如此。



2 | 特许权

在许多一带一路沿线国家，相关部委/政府部门都对他们下辖的领域拥有基础设施开发的专属管辖权限。这一基础设施经常包括：

- 交通运输基础设施 - 铁路、公路、港口、机场；
- 公共事业 - 电厂、水务、废弃物处置；
- 通讯设施；及
- 近年越受关注的健康和教育（例如医院和学校）等其他领域。

财政预算和技术能力的不足常阻碍该等部委/政府部门实现他们的基础设施建设目标。因此，他们希望通过特许权安排，引入私营部门为基础设施建设融资，并进行基础设施的开发和运营。

由于特许协议可被用于解决国内监管框架存在的各种短板，因而特许权安排对于许多一带一路沿线国家的投资者而言通常都很有吸引力。例如，如果某国法律没有规定充足的外汇兑换权利，或缺少尽可能避免政府干扰的承诺，则可在政府订立的特许协议中利用合同条款设立必须的规定保护。

特许合同架构

在取得特许权后（无论是否通过竞争性招投标或其他手段取得），该等特许权一律将被记载于：(i) 授予特许权的政府部委/部门与特许权持有人达成的单份协议中；或(ii) 双份协议中，其中一份是与政府就特许权的一些关键条款订立的协议，另一份是与授予特许权的政府部委/部门就特定基础设施条款订立的协议。从投资者角度而言，签订双份合同是更稳妥的选择，毕竟政府肯定有权授予权利和保护，但政府部委/部门却未必。不过，合同缔结的架构在很大程度上决定于每个一带一路沿线国家的法律及惯例。

以下是各情况的概述。

单份合同

正常来说，只有符合以下条件，才可接受与授予特许权的政府部门（而非政府）订立单份合同：

国内监管框架拥有完善的架构，因此没有必要取得只有政府才可授予的额外保护；或

投资者没有掌握太大的议价权，无法通过谈判取得政府的额外保护，因此基本上只能在没有保护的情况下决定要是否开展项目。

在这样的情形下，特许协议适用的范围将限于授予特许权的政府部门有权作出裁决的事项。这包括基础设施的规格和运营要求。

双份合同

一带一路沿线国家的多数情况是，监管框架并不完善，同时又相当需要私营部门参与基础设施开发。在这样的情形下，投资者可以根据两份合同取得特许权，其中：

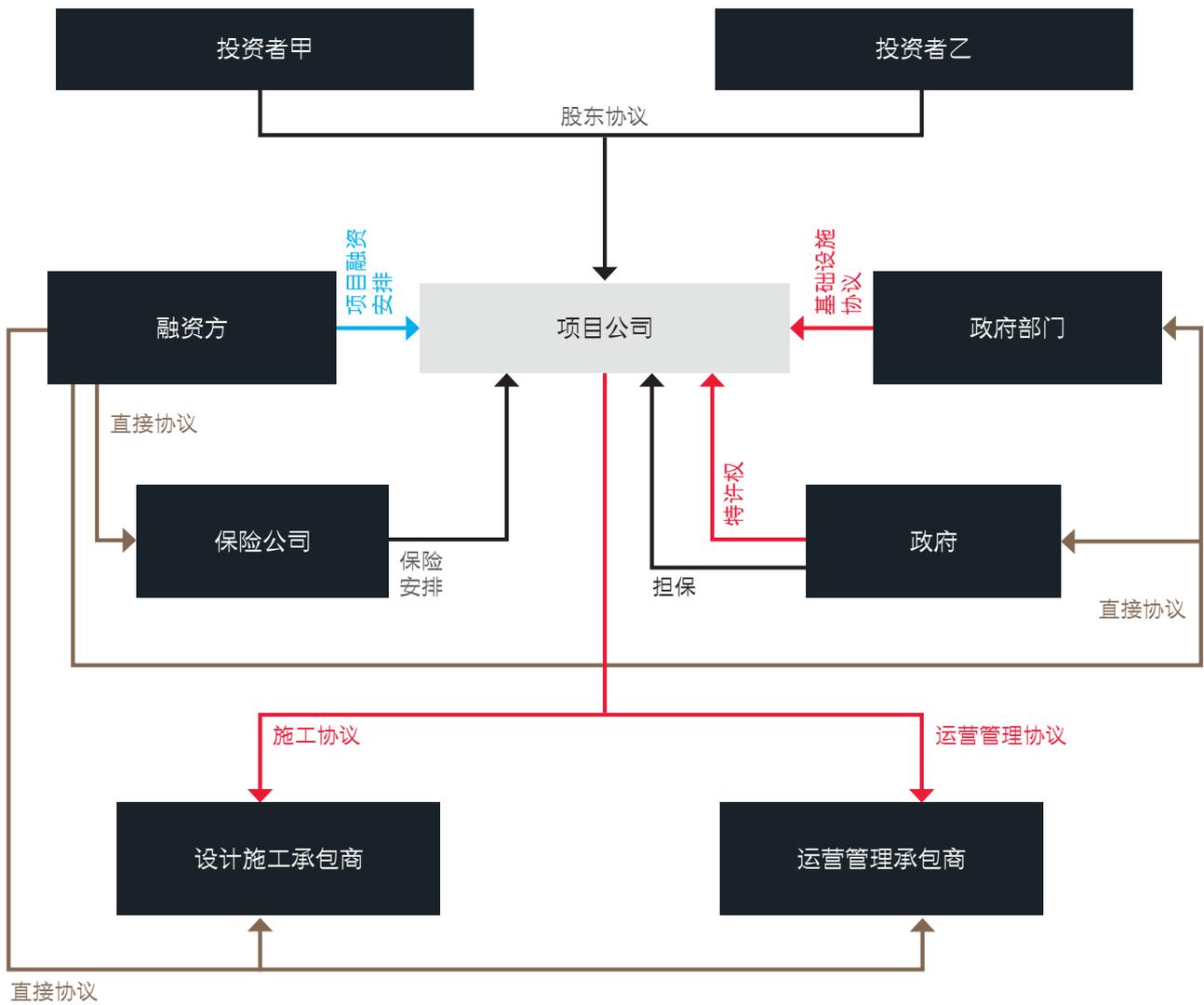
第一份是与政府达成的协议，该协议将授予特许权，并规定只有政府才能授予的权利；及

第二份是与相关政府部门达成的协议，该协议规定基础设施的规格和其他相关条款。

在双份合同的安排下，特许权持有人可寻求更大范围的保护和担保，涵盖那些可能并不覆盖于与相关政府部门订立的单份协议安排中的保护和担保。

除了特许权安排，特许权持有人还有其他各种合同安排用于实施项目。下文在图一中列出了双份合同的特许权安排和其他一些主要基础设施项目常见合同。请注意，图一是简易版的说明，因而有可能并不包括所有合同安排。这是因为每一项目和每种类型的基础设施都有自己独特的要求（包括投资者的数目及分包商的数目和类型）。

图一 简易版的项目
基础设施融资合同架构图



特许权安排的共同问题

尽管政府负责为它自己的特许权安排设计架构，单份合同或双份合同，大多数的基础设施开发项目都存在着共同的问题。这些问题多源于贷款方和贷款方的保险公司（融资方）提出的要求（尤其因为大型项目在融资时通常仅设置有限追索权）。具体参见图一的蓝色字体的部分。

融资方的一些重要关注点包括：

- 确保基础设施创造稳定收入的必要性，且收入发生减少、暂停或终止的可能性甚微；
- 在特许权因特许权持有人违约而发生终止之前，他们要有机会介入其中，对该等违约作出纠正，或有机会将项目转移给第三方；及
- 在发生特许权终止时，政府在某些情形下负有以合理价钱购买基础设施的义务。

下文谨此从上述关注点出发，简要列出了特许权安排中应予仔细考虑的主要因素。

下文只属于一般性的概括说明。每个国家管理特许权安排的手段都不尽相同。特许权持有人及其融资方可能承受风险的大小也将有很大差异，具体视乎于东道国的风险状况及其过往处理特许权以及项目的具体情况而定。下文列举的要点并非穷尽式陈述，亦未必与每个国家和每个项目有关。

开始付款

在很多情况下，特许权的付款将不会开始，直至相关基础设施已建成、已通过表现测试，并可运作为止。款项可以来自：

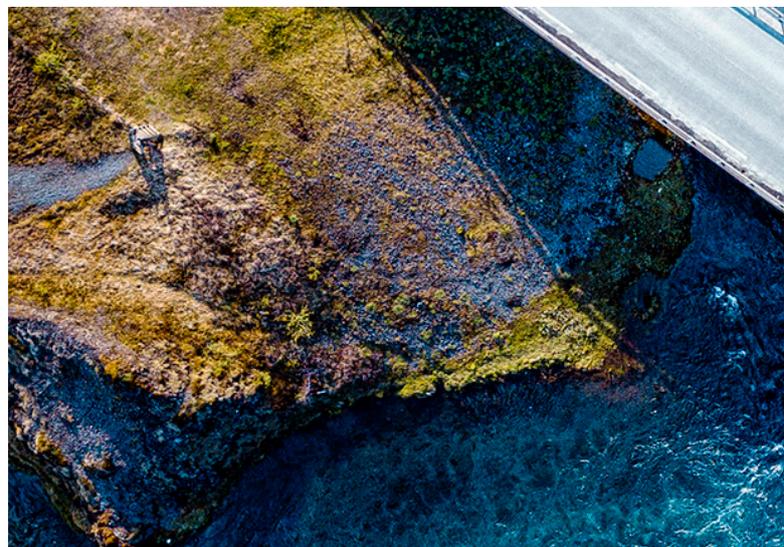
- 由政府机构就特许权持有人提供某项服务（如向国家电网供电）而支付（国家付款）；或
- 基础设施（如收费道路）用户（用户付款）。

请注意，有些情况下，付款可由施工期便开始，但对于项目融资项目而言，这较罕见。

就国家付款而言，当相关基础设施已通过（或被视作已通过）表现测试并可随时运作时，则特许协议一般将订明一笔最低的定期付款。这一般是可用性付款（可用性付款）形式。即是，特许权持有人就基础设施可以使用收取一笔最低款项，不论其使用程度。特许权持有人的义务，是确保相关基础设施通过表现测试，并可以最低可用性服务。

符合特许权持有人和融资方的利益的做法，是根据项目时间表开始支付这些款项。于是，问题便出现了：如落成基础设施和/或通过表现测试方面出现延误，那么谁要为该延误负责？对特许权持有人而言最理想的情况以及融资方一般有什么要求均视乎延误的成因而不同，以下对此作讨论。

- 如延误并非因特许权持有人的过失而引致
 - 国家付款—可用性付款应开始。例如，如某发电站因为国家电网不能接收表现测试产生的电力而未能进行表现测试，则该发电站将被视作已通过相关的表现测试，而特许权持有人应收取电力购买协议下的可用性付款。
 - 用户付款—如特许权持有人延迟建成相关基础设施，并因此不可就相关基础设施向用户收费，则特许协议应包括一个可反映预定的预期用途的补偿机制。
- 如延误是因不可抗力事件而引致
 - 国家付款—在很多情况下，国家付款的义务不会开始，但是，特许权持有人可能有权延长特许权期间，以涵盖不可抗力事件的期间，以便其可享用整个运作期；
 - 用户付款—在很多情况下，特许权持有人应至少有权延长特许权期间，以涵盖不可抗力事件的期间，以便其可享用整个运作期。
- 如延误是因特许权持有人的过失而引致—这一般被视为违反合同，而付款不会开始，而特许权的期限亦不会被延长。



付款的频密程度

就国家付款而言，当相关基础设施已通过表现测试并可随时运作时，则特许权持有人和融资方会希望确保可导致特许权下的付款被中断的机会不多。以下是特许合同内一些可能影响向特许权持有人付款的频密程度的条文。

- 一般不可抗力事件—这些是在任何一方合理控制范围以外的事件（如天气状况）。如特许权持有人不可履行特许协议，则这可导致付款被暂停。但是，在这种情况下，特许权持有人应尝试磋商特许协议（而融资方可要求这样做），致使：
 - 会支付可用性付款，让债务偿还义务不会受到影响；和/或
 - 特许权的期限被延长，以涵盖一般不可抗力事件的期间，以让其有机会收回失去的如果没有发生一般不可抗力事件，则理应可赚取的高出可用性付款的额外付款。
- 过去几年，出现的问题是COVID-19相关的影响是否应被视为不可抗力。而如今随着疫情得到控制，企业在应对与 COVID 相关的状况变得更有经验，我们越来越多地看到风险被转嫁给特许权持有人，要求他们在招标中将此类风险定价（而不是赋予其申请救济的能力）。
- 政府不可抗力事件—这些是可由政府导致或影响的事件（如制裁或封锁）。如属政府不可抗力事件的情况，则融资方可要求至少支付可用性付款。虽然如此，特许权持有人仍应尝试谈判，以便在特许协议中订明支付全数款项—其前提是政府须为政府不可抗力事件负责。如这没有获得接纳，则与一般不可抗力事件类似，特许权持有人应至少寻求延长特许权期限。

- 暂停权—融资方将密切留意特许权内任何赋予国家权力暂停或延迟向特许权持有人支付款项（或减少有关款项至最低可用性付款）的条款。特许权持有人应阻止特许协议内任何并非特许权持有人的过失的有关的暂停权。

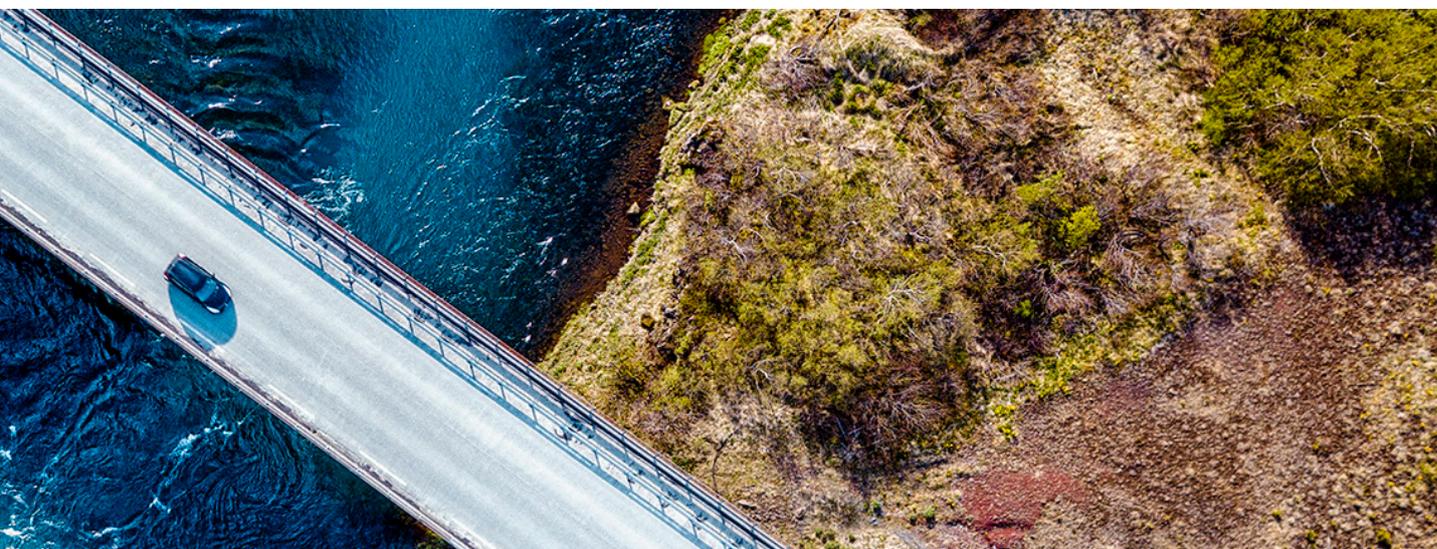
就用户付款而言，特许权持有人和融资方将需要满意基础设施的预期使用量，而基础设施的使用不可不恰当地被国家中断。

修改法律

特许权持有人以当时相关的地方法律订立特许安排，而融资方以当时相关的地方法律参与。这些法律有可能在特许权的较长的期限内修改。为了让特许权持有人保障他们的投资和回报率，并让融资方确保没有对于特许权持有人偿还贷款方面的障碍，重要的是特许权内包含法律修改保障。

法律修改保障确保特许权持有人在合同下的法律状况不会因为法律上的任何修改而大幅地转变。根本上，国家同意法律修改将不会重大地影响特许权持有人在合同下的权利和义务。

应仔细审阅法律修改条款，以确保其包含对于法律、法规和其他附属法律、政策和判决的所有修改，以及有关法律、法规、政策和判决的诠释或应用方式。



终止权

终止一般被视为大型基础设施项目的最后一筹。由于项目一般提供某项公共服务，项目继续进行符合国家的利益，而特许权持有人要求特许权在整个期间内运行，以收回其投资额，并获得其拟议的回报率。此外，如特许权被取消，则相关基础设施可能成为不可出售的搁浅资产。例如，不能向国家电网出售电力的位于偏远位置的发电站并无真正的二手市场。

正因为此，如特许权被终止，则特许权持有人和融资方会密切留意国家的义务。为减低终止的可能性，特许协议应有较长的违约纠正期，尤其当基础设施位于偏远位置，而纠正措施可能需时调配。

如出现终止的情况，对于特许权持有人和融资方而言最理想的情况，是国家有义务以合理价钱购买相关基础设施。但这并非在任何时候在所有司法管辖区均可行的。以下概要地列出一些标准做法，但请注意，这些做法各自的区别很大，且并非在每个司法管辖区均适用。

因特许权持有人违约而终止—融资方最希望的，是国家购买至少相当于任何未偿还债务的数额的基础设施。在这种情况下，特许权持有人将失去其在项目的全部权益。在一些较发达的司法管辖区，或如相关基础设施有二手市场，则国家可有权（但无义务）在特许权持有人违约后购买相关基础设施。

因国家违约而终止—对于融资方和特许权持有人而言最理想的情况，是国家有义务购买相关基础设施。融资方将信纳购买价是未偿还债务的数额。但是，由于终止是由国家引致，特许权持有人应在偿还债务和权益之外，寻求反映约定回报率的数额。同样地，这是否可行将视乎每个司法管辖区和基础设施的性质而定。

因长时间的一般不可抗力事件而终止—特许协议很多时候会让任何一方因长时间的一般不可抗力事件而终止。在此情况下，可能较难向国家施加购买相关基础设施的义务，因此，特许权持有人应寻求阻止国家终止的权利（或至少，延长一般不可抗力事件必须持续，国家方可选择终止的期间）。

因长时间的政府不可抗力事件而终止—在这种情况下，特许权持有人有较强的理据要求国家购买相当于未偿还债务数额（另加上权益和约定回报率）的基础设施。这同样地须视乎每个国家的情况和基础设施的性质。如包含购买义务并不可行，则特许权持有人应寻求订明较长的政府不可抗力事件必须持续，方会引致国家的终止权的期间。

外币兑换／可转换性

投资者（和其融资方）投资于外国国家时的重要考虑，是把本币转换为外币的能力，以及把利润汇出境外的能力。就此而言，特许权持有人应仔细审阅本币法律和任何可能在特许协议内的货币限制。如特许权持有人以本币获支付，但却有外币开支／债务偿还义务，则这尤为重要。任何对于转换和汇返资金的限制将阻碍这些外币付款义务。

货币转换和汇返的限制可包括：

- 限制可把本币转换为外币的程度；
- 限制有关转换的汇率；
- 规管可用作付款的货币种类；
- 限制货币的境外转换和利润的境外汇返。

政府担保

在特许协议下，如某政府机关将向特许权持有人付款，则特许权持有人和融资方均承担该政府机关的信用风险。如政府机关不能付款，则特许权持有人和贷款人的实际追索权可能较有限。

在特许安排的历史并不悠久（或某政府机关的资信状况可受质疑）的司法管辖区，国家政府可能为该政府机关的付款义务作出担保。担保安排在图1以黑色标示。政府一般不愿意提供这些担保，而如果提供担保，则该项担保的范围，以及可催促履行有关担保的条件可以有很大区别。

特许权持有人应咨询他们的融资方，以厘定他们具体的基础设施项目是否需要有关担保，继而厘定有关担保是否可行，而如果可行的话，提供有关担保的条款。

其他事宜

虽然本文并非旨在详尽无遗地列出在某一带一路国家订立特许安排时须考虑的所有事宜，但有几项其他常见的事宜是特许权持有人很多时候会特别感兴趣的。它们包括：

土地—土地拥有权／使用权很多时候是一项受到强烈监管和政治上敏感的议题。可以的话，特许权持有人应尝试把获取土地的义务交给国家，前提是承诺以公平方式并根据适用法律行事。对于可能覆盖很远距离的基础设施（如电力线、公路和铁路），这尤为如是。

管辖法律—对于特许权持有人而言较理想的做法，是订明特许协议受某可靠的司法管辖区的法律管辖，并在可靠的地点（如伦敦、巴黎、新加坡或香港）进行仲裁解决争议。但是，采购国政府对此类建议的接受程度可能存在很大差异。一些新兴经济体为了吸引外资，愿意接受这种做法，但大多数发达的司法管辖区都要求有当地的管辖法律和当地的争议解决程序。

当地成分—很多时候，特许权条款或当地法律会要求使用当地物料和劳动力。此项要求的程度可有很大区别，由对于外国物料和劳动力的严格配额和限制，至仅尽最大努力的义务不等。在投标过程中，应评估这些要求对于采购、劳动力（以及是否有熟练技工）和费用的影响。

政府参与—很多时候，国家或政府机关会希望（或被当地法律要求）取得特许权持有人的项目公司的某部分股权。这可以是一项好处—政府的参与可确保项目顺利进行。但是，这亦可增加复杂性，尤其当政府希望参与管理层的决策时。

当地参与—一部分司法管辖区可能有最低本地拥有权规定，或要求须在某段期间后，把某百分比的股权转让给当地股东。在投标过程中，应评估这对于管理和决策以及回报率的影响。

背对背子合同—在大部分情况下，特许权持有人将至少把基础设施的建造和运营和维护分包。在此情况下，建造合同和运营和维护协议以及任何其他主要的子合同应与特许协议的条款一致。特许权持有人应尝试在子合同内重复风险、义务和付款时间的条文，致使它们与特许协议的该等条文一致。应属背对背性质的合同在图1以红色标示。如子合同与特许协议有任何不一致，则特许权持有人承担有关风险。

直接协议—作为贷款的一项条件，银行将要求与所有主要合同（如图1以紫色标示，包括特许协议、建造合同和运营和维护协议）的对手方订立直接协议。特许权持有人将在很大程度上厘定直接协议的条款。但是，他们的主要目的，是给予银行若干权利纠正特许权持有人的违约行为，或站在特许权持有人的位置，以避免该等协议被终止。



联系人



范伦森 SAM FARRANDS

项目主管 | 香港特区

电话 +852 3443 8315

电邮 sam.farrands@hk.kwm.com



许恬 TIAN XU

注册外地律师 | 香港特区

电话 +852 3443 8569

电邮 tian.xu@hk.kwm.com

关于金杜

在与一带一路项目的客户合作时，我们凭籍国际实力和资源，提供在市场上独一无二的法律服务。我们的责任是引领客户在一带一路的项目上畅通无阻：从一个项目的开始，直到成功解决无可避免的争议，都能提供独到的见解和有利的支持。

金杜律师事务所被广泛认为是全球最具创新力的律所之一，能够提供与众不同的商业化思维和客户体验。金杜拥有2100多名律师，分布于全球26个城市，借助统一的全球平台，协助客户了解当地的挑战，应对地域性复杂形势，提供具有竞争优势的商业解决方案。

作为总部位于亚洲的国际领先律师事务所，我们为客户发掘和开启机遇，协助客户在亚洲市场释放全部潜能。凭借卓越的专业知识和在核心市场的广泛网络，我们致力于让亚洲走向世界，让世界联通亚洲。

我们始终坚持以伙伴的合作模式为客户提供服务，不止步于满足客户所需，更关注实现客户目标的方式。我们不断突破已取得的成就，在重塑法律市场的同时，打造超越客户预期的律师事务所。



JOIN THE CONVERSATION



订阅我们的“金杜研究院”微信，
请搜索微信号KWM_China

金杜指金杜律师事务所的全球办公室。
欲了解更多信息请参阅www.kwm.com。