

公路BOT项目监管存在的问题及对策

张韵杨

(长沙理工大学 长沙 410015)

【摘要】 本文在分析我国公路BOT项目监管现状的基础上,对监管过程中存在的问题进行了深入探讨,并对加强公路BOT项目监管提出了建议。

【关键词】 公路BOT项目 BOT模式 项目监管

采用BOT(Build-Operate-Transfer)模式进行融资是解决公路建设资金不足问题的有效途径。BOT是指私营机构参与国家项目的开发和运营,政府机构与私营公司之间形成一种“伙伴关系”,以此在互惠互利、商业化、社会化的基础上分配与项目的计划和实施有关的资源、风险和利益。从20世纪90年代后,我国开始尝试利用BOT模式进行公路建设项目的融资。采取BOT模式进行融资推进了我国公路建设运营的市场化,对我国公路网规划目标的完成有着极大的推动意义。但是由于BOT这种融资方式在我国兴起的时间不长,尚处于探索阶段,还有许多政策和措施需要进一步完善。

一、公路BOT项目监管过程中存在的问题

公路BOT项目监管过程中存在的问题是指我国公路基础设施建设过程中政府的有关政策、法律体系、管理方式等与BOT所要求的政策框架和制度安排之间的差距。通过对这些问题的分析发现,我国政府现有的政策、法律、政府管理方式等方面与规范的BOT政策要求还存在一定的差距,这些差距是政府对公路BOT项目实施监管过程中面临的问题,如何妥善解决这些问题是加强政府监管的重要前提条件。目前我国公路BOT项目监管过程中存在以下问题:

1. 传统的监管方式与BOT运作体制相矛盾。传统基础设施投资建设体制下,政府的角色为基础设施建设的直接规划者、直接生产者、直接投资者、直接建设者和直接经营者,而BOT是市场化运作方式,政府应该扮演的是特许权授予者、管制者、合作者、支持者、推动者的角色,传统体制与BOT要求的建设、经营和转让分开的体制是矛盾的。

2. 相应的法律法规和政策不完善。BOT项目涉及一系列的权力和利益关系的调整,这种融资方式的推行面临着一个整体协调的问题,需要政府进行新的监管制度设计,并凭借国家权威强制性地推行,这种新的监管制度设计在具体的实践中表现为政府的各种监管法规和政策。

3. 缺乏具备专业素质的监管人员。BOT涉及国际金融、国际经济合作、技术转让、国际经济法、国际贸易、财务管理、项目管理等多门学科,对监管人员专业性、技术性、实践性的要求都很高,它具有统一的国际谈判、签约履约和运行惯例,

需要专门的人才,而目前我国这方面的专业人才相当匮乏。没有一支熟知BOT模式基本规则的监管队伍,在项目谈判过程中就难以维护国家和政府的利益。BOT项目监管过程中的问题大多是由于政府官员和地方当局对BOT概念不完全熟悉了解所致,处理国际项目融资和私营部门参与公共基础设施建设的行政程序还没有充分建立起来。

4. 监管缺乏外部约束机制。BOT项目属于政府特许项目,它是建立在一揽子合同协议的基础上的,如果其中任何一方不守信用,都可能给项目带来风险。尤其是政府违约,对项目造成的损害往往更大。现实中政府在信用建设方面做得不是很好,很多该履行的承诺并没有履行,一些政策法规常常处于变化之中,这种现象的存在是由于政府行为、政府监管缺乏有效的约束机制所造成的。由新加坡国立大学博士后王守清先生主持的一份调查印证了这一点,这份针对全球介入过我国BOT项目的高级管理人员的调查列出了外资BOT项目在我国123项风险,排在最前面的就是中方信用风险。由于政府监管缺乏约束,结果导致监管过程中“责任真空”地带以及各种寻租、腐败现象的出现,而相关责任人得不到有力的制裁,这种状况如果得不到控制,将损害政府机构的形象,给投资者和广大人民群众的利益带来严重损害。

5. 公路BOT项目监管中政府角色缺位、错位。政府角色的缺位、错位是公路BOT项目监管过程中表现比较突出的问题。所谓政府角色的缺位是指政府在公路BOT项目运作中的职能没有很好地履行。所谓政府角色的错位是指政府本该扮演的角色没有扮演,而扮演了不应该扮演的角色,从而影响了公路BOT项目的公平竞争。

二、加强公路BOT项目监管的对策建议

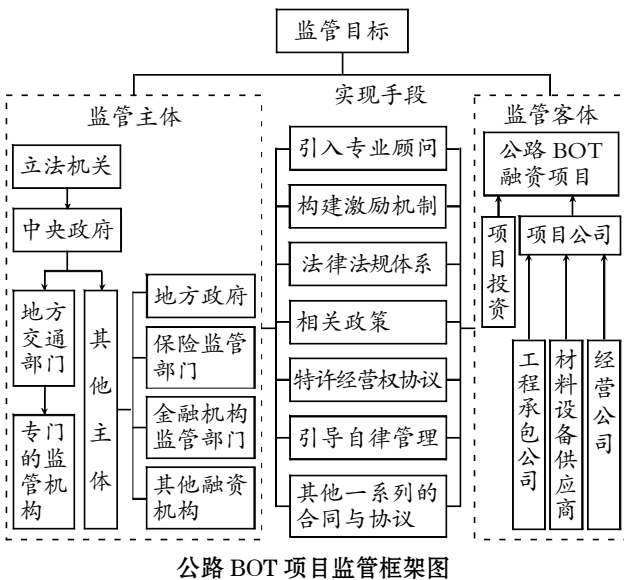
公路BOT项目的实施是由承包商完成的,承包商一般不欢迎政府干涉项目,但项目成本的最终承担者是用户,项目的最终拥有者是政府,为保证项目质量、维护公众利益,政府加强公路BOT融资项目的监管是必要的。针对监管过程中存在的问题,本文从以下方面提出相关建议:

1. 构建公路BOT项目监管框架。本文结合公路BOT项目的特点,明确了公路BOT项目监管框架设计的基本问题(如

下表所示)。

公路 BOT 项目 监管 框架	
监管主体	地方 交通 部门
监管 领域	面对 公路 BOT 项目 以及 与 BOT 项目 相关 的 金融 和 税收 领域
监管 要素	核心 要素 是 定价、绩效、赔偿 责任、竞争 程度、服务 系统 之间 的 链接 及 与 BOT 项目 相关 的 社会 性 监管
价格 和 质量 控制 机制	一般 包括 审查 账簿、经营 记录、进行 顾客 调查、监控 工程 投入 产出 信息
监管 法案 的 创制 和 实施	一般 通过 行政 机关 或 立法 机关 依法 提出 监管 法案、并 由 监管 机构 实施
监管 机构 的 独立 性 和 透明 性	对于 公路 BOT 项目 的 监管 往往 是 建立 在 特许 经营权 合同 基础 上、特许 合同 本身 发挥 监管 的 功能
监管 者 约束	监管 局 违背 BOT 协议 可以 通过 国内 和 国际 仲裁 机构 或 法庭 解决、或者 通过 监管 约束 机制 解决
监管 主体 与 其他 政府 机构 的 职责 和 权限	政府 的 监管 通过 与 中标 公司 签订 合同 的 方式 表现 出来、因此 监管 主体 与 其他 政府 机构 是 常态 关系

BOT作为特许经营的一种,政府通过特许权的授予和监管以及制定特许合同与私人部门形成伙伴关系。一个好的政府监管框架和公正的政府监管系统是保证BOT项目顺利运行的必要前提,也只有一个公正的政府监管框架才能够既维护项目相关人的利益,又维护公共利益。本文从框架的角度,对如何完善政府对公路BOT融资项目监管提出设想(如下图所示)。



理想的政府对公路BOT融资项目监管的框架应该是建立政策部门与监管部门分离、行业自律性监管组织和政府监管机构并存的监管框架。按照国家提出的政企分开原则,政府要退出对公路BOT项目管理的微观职能,确保项目公司作为独立法人自主管理的权利。政府应专注于政策的制定、公平规则的建设和执行、依法行政以及监督规则的制定与履行情

况,在政府部门、监管机构、项目公司和其他项目参与者之间建立起新型的合作与监督关系。这种转变既是BOT融资模式下政府职能转变的要求,也是市场经济对政府依法行政的要求。在具体改革实施中,当务之急是要在赋予项目公司一定自主权的同时,先加强政府监管职能,实现监管功能的相对独立,赋予监管机构更多权力。当然,本文并不认为建立这样的政府对公路BOT融资项目监管的框架就能够解决公路BOT项目运作过程中所有的问题,监管同样存在着失灵问题,需要根据实际情况再做合理的调整,采取相应的解决措施。

总之,建立一套基于全过程的公正、专业、有效的消除信息不对称和信息不完全的合同框架、利益框架和制度框架,是保证政府、投资人(项目特许人)、消费者三方共赢的前提。

2. 重塑政府对BOT项目的监管理念。BOT运作机制要求政府管理理念的改变,本文结合公路BOT项目的特点对政府监管方式提出以下建议,以适应BOT融资方式的要求。

(1)政府应从“划桨”型政府转变为“掌舵”型政府。政府应从“划桨”型政府转变为“掌舵”型政府,对BOT项目的发展起催化作用而不是直接办理。德鲁克在1968年出版的《断层时代》一书中明确表示:“政府任何将治理与大规模地做具体事情结合在一起的企图都会使决策能力瘫痪。任何使决策机构实际地做具体事情的企图也都意味着(决策机构)极为拙劣。”德鲁克注意到,掌舵需要对问题和各种可能性有整体了解和整体谋划,需要寻求达到目标的最佳方法,而划桨则是不惜代价按原有方案达到目的。因此,要使决策(掌舵)和执行(划桨)分离,使政府更小并更有力,政府应该从行政审批走向制定招标投标的规则,将主要精力放在特许合同的设计、制定和监督执行上。

(2)树立政府监管市场化的理念。政府对公路BOT项目的监管在不少方面已越界涉入了市场领域。那些原本属于市场的权利在性质上是私权,如果出现政府角色的缺位、错位,将会破坏私权自治的法则,制约市场主体的行为自由,挤压市场的发育空间,不能充分发挥市场自我发展、自我调控的能力,影响市场的健康发展。由于政府的过多干预,项目公司完全没有自主权,严重影响了项目公司的发展策略。笔者认为,政府应该树立政府监管市场化的理念,把部分监管权力交还给市场,让市场承担更多的自我管理职能。公路BOT项目通常涉及多方参与者相互之间签订的多种合同,因此参与者之间本身就存在一个相互约束的关系,政府应该引导项目利益相关者之间的自律管理。

3. 完善BOT相关的法律法规和政策框架。本文结合我国引入BOT方式的实际情况,提出完善我国BOT相关立法的一些建议:

(1)制定有关BOT投资方式的专项立法。在学习和借鉴国际上BOT立法经验的基础上,由全国人大或全国人大常委会制定一部BOT单行法很有必要。本文认为在制定BOT专项立法的过程中应该重点考虑以下问题:①BOT管理机构。中央政府设置专门机构来统一管理、指导协调BOT的推行和实施工作;地方政府也应设置相应机构来担负有关职能。②项目

审批程序。本文认为应考虑参照国际上通行的做法:政府(或私营部门)调查及项目计划、可行性研究报告的提出→政府公开招标公告并发布招标文件及资格备忘录→投资者准备投资建议书并参与投标→投资者资格审查→投标→政府初审(初选入围者产生)→政府复审(评定优先协议顺序)→政府与初选入围者协商→选择条件最佳者决标→按规定时间筹办项目公司→签订特许授权法律文件。③特许授权法律文件类型。本文认为,我国BOT项目的特许授权文件应在法律授权的基础上,政府再根据每个BOT项目的特点与项目公司签订特许授权合同或协议。④项目公司的法律地位。BOT项目公司是依照中国法律而成立的中国法人,其公司类型可以是中外合资经营企业,也可以是中外合作经营企业或外商独资企业。⑤项目风险分担机制。这一规定应充分体现国际和国内的BOT项目实践,使该机制能够合理配置项目各方当事人的权利和义务,并使项目运营风险降到最低。⑥社会事务管理权。应以法律形式将项目公司对项目设施经营中所需社会事务管理权固定下来,并确定和明确列举出项目公司此类社会事务管理权的性质及其权限范围。⑦争议问题的处理。根据合同有无涉外因素来划分,BOT项目合同可分成涉外经济合同和国内经济合同。对于涉外经济合同,主要是遵循“当事人意思自治”原则,由合同主体在合同中约定解决争议的途径及适用的法律等;对于国内经济合同,应由我国法院或仲裁机构依照国内相关的经济法规来处理合同争议。

(2)确立必要的政府保证制度。在BOT项目投资中,为了减轻项目风险的压力,外国投资者普遍要求东道国政府提供一定程度的保证和支持措施。这已成为国际上BOT投资方式中的惯例。因此,为增强国内外投资者的信心,鼓励国内外投资者采用BOT模式投资于基础设施领域,我国应确立必要的政府保证制度,将政府担保行为纳入法制轨道。

(3)以BOT专项立法为基本法规,制定其他相关的配套法规、规章,形成规范我国BOT运作的法律体系。为此,政府应:①建立一套与国际惯例一致的项目评估测算制度。②制定一套BOT项目合同范本,规范BOT合同及文本的主要内容和表达方式,包括合同文本的产生办法和审核办法。③制定BOT项目移交管理办法,规范BOT项目设施的维护和修理要求、项目移交的手续、移交过程中出现的问题的解决途径及意外情况的处理办法等。④制定BOT项目管理机构的组织条例,主要规范BOT项目的主管机关及其组织机构、各机构的职能划分等。

4. 加强政府监管队伍的建设。监管人员是政府监管职能的履行者,监管人员的整体素质和监管队伍的合理构成直接关系到影响到监管的成效。BOT模式在项目建设的资金筹措、合同谈判、项目实施、合同纠纷解决等方面,都有一套独特的运行规则和办法,需要专门的人员来实施和管理。为适应BOT项目融资的需要,本文建议从以下方面加强政府监管队伍的建设:

(1)对监管人员进行BOT相关专业知识的培训。应该邀请国外专家对专业人员进行培训,就BOT模式的知识体系做

一些比较具体、细致的介绍。其中,特别要就国际上运行比较成功的以及严重失误的BOT典型案例,做一些深刻的剖析与研究,注重监管人员之间的交流与互动,提高监管人员的专业素质。

(2)优化监管队伍的结构。我国BOT项目监管队伍的构成过于单一化,还应该配备相应比例的富有经验的技术、法律和金融顾问,以发挥其各自的能力、特长与优势,使政府部门在采用BOT模式融资的过程中做到心中有数,掌握更大的主动权,从而达到更好的监管效果。

(3)组建专门的项目谈判小组。BOT项目的特点是周期长,特别是开发和谈判阶段的时间长,因此政府主管部门必须认真挑选谈判人员,组建专门的谈判小组,明确授权其谈判并执行BOT项目及办理核准和许可事宜,确保谈判小组成员不更换,直到融资结束,这将保证政府的立场前后一致,使投资人相信政府对该项交易的决心。如果政府对同一项目指派的谈判人员频频更换,不利于政府对公路BOT项目的有效监管,也不利用项目的运作。

(4)加强监管队伍的廉政建设。政府遵照党和国家有关规定,认真抓好监管队伍的廉政建设,实行廉政责任制,强化约束机制,开展经常性监督检查,不断增强监管队伍的战斗力和凝聚力。

5. 建立对监管者的约束机制。监管者在依法监管的过程中,其监管行为必须同时受到有效的监督和约束,其目的是为了保障监管者依法履行职责,避免其产生越权、滥用权力、执法不公、不作为、腐败等损害投资人利益的行为。对监管者的监管,必须完善和加强对监管机构 and 监管人员的监督和管理,保证他们把公众福利最大化作为自己的行为准则,公正廉明,依法行事。在赋予政府主管部门行政监管权时,要规定其相应的责任,实现权责统一。

6. 采取三级管理的监管方式。目前,我国政府对公路BOT项目大部分还是采用传统的行政管理方式,管得过于具体,这不符合BOT项目市场化运作的要求。本文通过借鉴加拿大政府对公共项目的监管方法,建议政府对公路BOT融资项目采取三级管理的监管方式,具体描述如下:从横向的角度,体现为基于特许经营权协议基础上的政府宏观引导、项目公司具体负责、中介机构和公众参与的三级一体的监管方式;从纵向的角度,体现为中央政府、地方政府、独立监管机构三级管理的监管方式。

(1)政府宏观引导。采取中央政府、地方政府、独立监管机构三级管理的监管方式,在处理重大监管问题时,坚持地方服从中央的原则。中央政府(交通部、国家计委)的主要职责:拟定公路BOT融资项目全国性的监管原则和监管规则;制定有关监管法律、法规或规章;制定公路BOT项目特许经营权协议范本;监管地方交通部门;项目可行性研究报告的审批。地方交通部门的主要职责:执行全国统一的监管原则和监管规则;参照国家监管法律、法规或规章,制定符合本地区实际的地方性法规或规章;提出公路项目可行性研究报告;编制资格预审和标书文件;组织公开招标;负责标书的审查;投资者资

格预审、评标、定标及授标;协助中标者注册项目公司。BOT项目监管机构的主要职责:执行全国统一的监管原则和监管规则,负责本地区公路BOT项目的全程监管。能否建立独立、专门的监管机构是解决政府监管中存在的政监不分、监管职能不清问题的根本途径,也是保证监管框架公正、透明、专业化运行的关键因素。目前我国政府仍未设置一个独立、专门的监管机构对BOT项目实施统一管理,本文建议设置独立监管机构,加强各有关部门之间的协调,共同支持BOT模式的实施,减少多头管理、工作扯皮、程序不规范等现象的发生;同时,监管机构要为投资人提供BOT投融资咨询服务,在BOT投融资信息方面,外商普遍感到资料太少、信息渠道不畅通,监管机构应该为投资者提供咨询服务,提供操作帮助。

(2)项目公司具体负责。在公路BOT项目所涉及的众多角色中,项目公司是核心,每个参与方通过与项目公司签订一系列的合同或协议参与到项目运作过程中。公路BOT项目通常涉及多方参与者相互之间签订的多种合同,BOT项目中的各个角色都希望尽可能分散、减少和消除风险,安全获得理想回报,这一要求可以通过严密完整的法律文件架构及内容设计和安排得以实现。各个角色在BOT项目所分担的风险和所能获得的利益受到这些合同和协议的限制和制约,从而构成了一个不可分割又相互制约的有机整体。项目公司主要通过这一系列的合同和协议具体负责项目的运作。

(3)中介组织和公众参与。BOT项目周期很长,开发过程和合同文件极其复杂。为实施一个特定BOT项目,政府应该选择和委托相应的工程咨询公司、会计师事务所或专业人士参与监管,充分发挥中介组织和专业人士在项目监管中的作用。公众是公路BOT项目的直接消费者,对公路BOT项目运作的成效最有发言权,应该鼓励公众通过公开听证会等渠道积极参与到监管规则的制定和具体的监管过程中,以提高监管的效率和科学性。

7. 引入激励约束机制。公路是准公共产品,具有公益性和商品性。政府的目的是维护公共利益,而投资人的目的是追求利润最大化,因此容易产生代理人问题。依据委托代理理论,解决代理人问题的总体思路有两条:一是设计激励机制,二是建立监督机制。本文建议引入激励约束机制,加强政府对公路BOT项目的监管,具体方式如下:

(1)特许投标制。本文通过借鉴激励管制理论中的特许投标制,建议强制实施招投标制,通过招标方式确定公路BOT项目投资人,这样才能体现市场经济的公平原则,杜绝暗箱操作和滋生腐败;充分选择具有最优的融资、技术、收益组合的融资方案;确保项目基本条件能够十分明确地得以落实,并被写入项目协议和合同中,对协议双方都具有约束力;招标过程应尽量规范、公平、有序,项目建设、运营管理和期满后处理的规定应十分详尽,易于双方共同理解、遵守和执行,使BOT项目具有很高的成功率。运用规范的招标方式,使投标人之间展开激烈竞争,各自在不同程度上降低条件和报价,从而使政府在融资活动中始终处于主动和有利地位,将从根本上扭转不规范融资方式下政府所处的被动局面。

(2)价格上限限制。本文借鉴激励管制理论中的价格上限管制办法,建议对公路BOT项目的价格加以监管,即监管当局与被监管企业之间签订价格监管合同,规定价格浮动的上限,企业定价原则上只能在这个范围内自由变动,从而使企业有提高效率、降低成本的积极性。价格上限监管避免了以往详查成本等复杂程序,给予被监管企业以提高效率的激励。企业可以在降价竞争中形成竞争性均衡价格。价格上限监管是一个更有效的价格结构,它并不要求监管当局拥有充分的信息,或拥有与被监管企业一样准确的信息,它是部分地依赖于市场来决定价格结构的管制方法,因此更有利于提高效率。

(3)提供不竞争保证。笔者建议政府对公路BOT项目提供不竞争保证,承诺在同一地区不设立过多的同类项目,以避免过度竞争引起投资者经营收益下降而影响投资回报,排除部门、行业的保护主义行为,为项目在建设、维护、经营、收益等方面打开畅通之门。这一承诺对于公路项目尤为重要,但政府不宜直接承诺投资回报率,否则政府直接承担投资风险,而投资者则无任何风险压力,政府提供的不竞争保证是一种间接的投资回收保证。例如,在英法海底隧道项目中,英法政府对承建英法海底隧道项目的欧洲隧道公司做了33年内不建造第二条横跨英吉利海峡的交通设施的保证。上海市政府对延安路隧道项目也做了类似保证。

(4)激励准入机制。依据交通部的《经营性公路建设项目投资人招标投标管理暂行规定》,投资人净资产不低于项目估算投资35%。在项目实际操作过程中,政府部门一般要求投资申请人的净资产不得低于本项目总投资的35%。然而很多潜在投资人无法达到这个标准,本文认为,针对那些经济效益一般但社会效益较好的公路项目,如果政府可以部分注入资本金,就可以起到“药引子”的作用,例如政府注入相当于项目总投资5%的资本金,这样投资人就只需要拥有相当于项目总投资30%的净资产便可,这对投资人准入要求在一定程度上有所降低,从而达到吸引投资人的目的,对于公路建设推广BOT融资方式也具有一定的实际意义。本文的建议目前还只是初步构想,具体的实现细节有待进一步的研究。

(5)担保约束制。本文通过借鉴加拿大政府投资工程要求提供三类担保的方式,提出担保约束制,具体包括:①投标担保。投资人投标时,按投标价格的一定比例提供担保。其目的是确保中标的投资人按中标价格签订特许经营合同。②履约担保。项目公司与政府签订特许经营合同时提供履约担保,其目的是确保项目公司履行特许经营合同。③付款担保。由项目公司提供,其目的是确保项目资金能按时到位。

主要参考文献

1. 全泽红,李晓.BOT模式在我国城市污水治理中的应用.北方经贸,2003;3
2. 郭少明,张捷飞.对我国应用项目融资的几点思考.中山大学学报论丛,1999;6
3. 卞建设,周晓冬.工程项目管理.沈阳:东北林业大学出版社,2004