

关于建设项目中带资承包方式与 BT 方式的相关问题初探

————— 陈巍

建设部、国家发改委、财政部和中国人民银行四部委于今年初联合颁发了《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》(以下简称“《通知》”),《通知》禁止了建筑业企业带资承包建设政府投资项目。同时,《通知》以例外条款明确规定 BOT、BOOT、BOO 三种方式不适用其规定,但该等例外条款却未提及在目前建设领域逐步活跃的 BT 方式。那么, BT 方式是否属于《通知》所定义的带资承包方式?本文试对带资承包方式与 BT 方式进行初步比较如下:

一. 带资承包方式与 BT 方式的概念区别

根据《通知》的规定,带资承包是指项目业主未全额支付工程预付款或未按工程进度按月支付工程款(不含合同约定的质量保证金),而由实施建筑施工的企业垫款施工。

而 BT 方式在我国,目前是社会资本投资社会急需的基础设施项目建设的一种方式。本文所指的 BT 方式是指:由社会资本投资设立项目的项目公司并由该项目公司负责建设管理,在履行了国家规定的建设程序(如公开招投标等)且项目建成后,由政府一次性从项目公司(并非实施建筑施工的企业)处进行回购使用并分期向项目业主支付回购款。

由上述概念可知,带资承包方式与 BT 方式的实质并不相同。BT 方式项下实施建筑施工的企业在建设工程的施工过程中并未垫款施工:在 BT 方式的具体项目实施过程中,投资方所成立的项目公司将按照招标投标法的规定公开进行项目的施工、监理招投标,施工、监理单位通过正常、合法的招标、投标程序产生,招投标条件中并不包含要求施工企业带资承包的内容。在建筑施工企业的施工过程中,项目公司也应当根据工程承包合同的规定按期向建筑施工企业支付工程预付款或工程进度款,建筑施工企业并未由于施工原因垫付工程款。

即使在某个 BT 项目中,项目公司的某一投资方与通过合法招投标程序最终中标的建筑施工企业为同一人,只要在资质等方面符合法律规定,这种情况的出现也未违反招标投标法等法律法规的强制性规定。同时,在对项目公司进行投资与实施建筑施工业务的两个环节中,企业承担不同的责任、履行不同的义务、获取不同性质的利益(建筑施工企业获得施工利润、

项目公司投资者获得股权投资收益,两种利润的性质、记帐方式、适用税种均不相同),BT方式并未要求企业在建筑施工时垫款施工,因而,该等情况仍与《通知》中定义的带资承包有所区别。

二. 从现行的其他法律法规看带资承包方式与 BT 方式

早在 1996 年,建设部、国家计委、财政部就联合发布了《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》,明确禁止了建设工程中的带资承包行为。

而在 2003 年 2 月 13 日,建设部又出台了名为《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》(以下简称“《指导意见》”)的文件,其中规定了“鼓励有投融资能力的工程总承包企业,对具备条件的工程项目,根据业主要求,按照建设——转让(BT)、建设——经营——转让(BOT)、建设——拥有——经营(BOO)、建设——拥有——经营——转让(BOOT)等方式组织实施”。

从以上《指导意见》的表述来看,BT 方式是国家主管部门允许并鼓励的,并且国家主管部门也没有把 BT 方式等同于带资承包,因为,如果 BT 方式属于带资承包,那么在 1996 年的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》依然有效的背景下,2003 年出台的《指导意见》就不会鼓励 BT 方式。鉴于《通知》与《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》在限制对象和立法意图方面较为类似,因此 BT 方式是否适用于《通知》的相关规定亦可见一斑。

三. 从《通知》的立法本意看 BT 方式

从《通知》的引文来看,《通知》的本意主要有二:1. 避免带资承包干扰国家对固定资产投资的宏观调控、扰乱建筑市场,防止政府投资项目超概算;2. 避免由于超概算资金落实难度大以致造成拖欠工程款和农民工工资。

根据笔者对 BT 方式的理解,政府在采用 BT 方式时完全可以量入为出根据其已有的今后若干年的投资概算规划考虑是否最终采用 BT 方式、如采用则应如何安排回购资金支付等等宏观问题、微观问题。实际在 BT 方式操作过程中,回购方(可能为政府)均应与业主签署有法律效力的回购协议,在回购协议中,政府可以根据今后若干年的投资规划安排回购资金的支付期限,并将该等内容落实为法律条款,所有的回购款支付安排均可在协议保障下有序

进行，由于有规划的分步骤化解了政府资金压力，工程款、农民工工资拖欠问题反而间接得到了缓解。这与通常带资承包中事先满口答应、事后不按原先约定，或在施工过程中利用强势地位迫使施工企业垫款施工有本质区别。可见，合理安排的 **BT** 方式并不与《通知》的本意相抵触。

当然，任何正常的经营模式均可能由于其他原因被扭曲化操作，但这与该模式的本质并不相干(如同医生可以刀行善而罪犯可以刀行恶)，也并不属于本文讨论范围。

综上所述，带资承包并不等同于 **BT** 方式，**BT** 方式仍应该有其在市场上生存的空间和地位。