



公私联营：墨西哥政府招标的新制度

2012年1月16日，墨西哥颁布了《公私联营法》（“法律”）。该法律准许私人与政府机构和机关共同参与“公私联营项目”。这些项目可采取以下其中一种形式：公私两方为服务提供达成合同安排，其中私人当事方提供的基础设施（全部或部分）旨在提高社会福利和国家投资；或以任何方式将公私两方联合起来的安排，以开发生产性投资、应用性研究或技术创新。

尽管本法律为私人参加这些项目提供了很多新机遇，但新法律的有些方面需要在条例（今后十二个月内施行）和尚待发布的指导方针（临时条款中并没有规定最后的期限）中予以明确。

该法律颁布前的情况

在该法律之前，墨西哥有兴趣参与政府项目的私人必须按照《公共服务、租赁和采购法》（“采购法”）或《公共工程法》（“公共工程法”）参与政府项目。

按照任一法律，该私人必须等待政府机关决定启动项目。一旦政府机关决定做某一项目，它将在 CompraNet 系

统上公布招标条款，潜在的供应商或提供商可购买这些条款，并提交符合某些正式标准的建议书，包括保证金，有些情况下保证金的数额很高。建议书需提供项目技术和经济方面的说明。建议书由政府机构评判，项目会授予最终中标者。

对于私人参与者来说，这么做会产生一些问题：须受制于两个不同的制度（一个是关于《公共工程法》项下的施工合同，另一个是关于《采购法》规范的租赁、采购和服务协议）；私人在项目中参与范围有限（通常作为投资方、工程承包方或供应商）。

例如，根据旧制度，一个机场项目需要交通和运输部两套单独的批准，一个是批准建造机场，规定建造者关于机场最低容量、监管和国际审批、停机坪质量等方面的义务，另一个是同一部门作出的关于机场运营的批准。通常，联邦政府对只包括机场建造的项目所报出的对价未必会有足以吸引投资方的回报；特别是因为《公共工程法》倾向支持投标中成本最高效（从政府角度看）的项目。因此，相关政府机关常常会 and 中标人谈判，有时会进行另一次招标，邀请至少三方，

或直接将经营许可授予投资方。理论上来说，这对于投资方来说可能会有额外利润，因为他们可就作为运营商提供的服务向政府取得额外对价，或就提供给用户的服务直接收费。

实践中，这一制度会给投资方造成某些风险和额外的成本。例如：

- 提交两个单独的报价，和/或授予两个单独的合同，可能意味着要向政府支付或交付两份单独的遵守合同的保证金，成本也就相应提高了。
- 投标的投资方可能会只被授予一项经营权，但不被授予其他经营权，这样导致投资方在无权取得未中标项目额外利润的前提下，却要承担该项经营权项下的义务。
- 中标投资方可能因为任何原因失去（或被剥夺）¹一项经营权，但保留其他经营权，结果与上一项提到的一样。

该法律的优势

该法律的主要优势在于它的灵活性，因为它允许项目共同包括由其他法律²考量的所有经营活动（施工、租赁和/或经营），潜在性地拓宽了政府项目的范畴，以包括任何其他形式的交易，甚至是技术转让。墨西哥政府可以参与的项目范围，或政府可为这些项目向私人募集出资的性质也变得更广泛了。从政府方面来说，这就允许量身定制项目以满足政府特定需求，而不必将项目限定在《公共工程法》或《采购法》的狭隘范围之内。从参与者方面来说，这打开了在墨西哥的更多商机，因为联邦政府仍然是墨西哥国内最大的货物和服务采购方。³

该法律对动机的阐述提到了提议代表认为将尤其受惠于该法律实行的某些特定行业：

- 医院建造和健康保健服务
- 联邦路桥建造和运营
- 港口和机场的建造和运营

- 某些公共服务（公共教育、电力、司法行政等）基础设施的建造和管理

乍一看这些行业（可能不包括健康保健）似乎就清楚表明该法律的一个主要目标是为私人实体希望同时成为项目建造者和项目最终结果的运营商提供更加灵活的体制。

主动提交的建议书

该法律的一个特别有意思的方面是，它在理论上允许私人向任何政府机关提交新项目建设书（“主动提交的建议书”）。为此，政府实体可发布命令按地理、提供服务类型等说明其希望收到或考虑的建议书类型。但是，该法律第26条规定，在命令发布时，政府实体有义务只考虑那些命令中包括的建议书。法律没有明确选择不发布命令的政府实体是否有义务研究其收到的所有建议书。

主动提交的建议书对政府机关没有约束力，除了取得被授权参与相关竞标或招标的证书（如主动提交的建议书被接受的话）以外，或者，如果不是中标人，取得准备研究和提交建议书所发生费用的一定补偿的权利以外，不会授予提议方任何其他权利。在提议方提交主动提交的建议书时，要求该方将可能给与其有关项目的排他性的所有权利授予或转让给最后中标人，如果最后中标人不是提议方的话。

提交主动提交的建议书要求建议方提呈一个初步的可行性研究，其中包括项目的说明；所需的政府和非政府审批；其技术、法律和经济可行性；要签署的公私联营协议主要方面的说明；关于通过公私联营方式（而非其它方式）开展该项目的便利性的研究。⁴

竞标和授标

根据该法律，一般来说，公私联营可通过竞标、向至少三个主体招投标，或偶

尔通过直接授予的方式授标。“通过招投标”和“通过直接授予”只在法律规定的特殊情况下发生，包括（其中）：只有一个主体拥有专利或某另一种形式的排他性知识产权权利；国防和安全有关项目，在某种条件下；及需要“与致力于工程、研究和技术转让和开发的法律实体的战略联盟（...）”的项目。

竞标按如下操作：

- 任何联邦政府机关，以及任何联邦公共信托、州、市、州或市的政府机关和宪法自治组织（“邀请机关”）可通过在邀请机关网页、联邦官方公报、CompraNet、全国性发行的报纸及项目所在州的另一家报纸上发布两个文件（分别是“招标”和“投标规则”）的方式进行招标。
- 招标将包括（其中）：项目的总体说明，指出需要提供的服务或建造的基础设施；招标预计开始日期，预计的服务期，基建工程履行的预计期限，视情况而定；及参与方购买投标规则的时间和地点。购买投标规则是参与投标的法定必要条件。
- 参与方通过提交建议书（包括技术和经济建议书）说明其参与项目的意愿。提交建议书的期限不得少于招标公布后 20 个营业日。
- 邀请机关可自行或通过其代理接收建议书，费用由邀请机关承担。
- 建议书随后应符合投标规则规定的标准。法律规定投标规则应确立“项目评估和授予的明确和详细标准（...），”条件是符合投标规则规定的强制性最低标准。如只有一个参与方，邀请机关可选择直接授予项目，但参与方应满足投标要求，而且建议书应可令邀请机关接受。如出现参与方旗鼓相当的情况，应（按以下顺序）授标：
 - 提出最佳经济条件（从政府角度看）的建议书；和
 - 提供更多就业机会并使用更多国产货物和服务的建议书。

- 对于授标给任何特定人的行为，其他参与方可通过以下任何一种方式提出异议：根据《联邦行政程序法》提出行政追偿，或在联邦税务和行政法庭提起无效诉讼。
- 邀请机关和参与方按照投标规则规定的条款和条件签订相关公私联营协议。

中标方有权与邀请机关签订协议。如中标方在相关协议项下的义务需要一项或多项经营权，那么授标还须授予经营权，但中标方应须继续符合相关法律规定的取得经营权的法定条件。

货物和征用制度

相关投标规则及中标方和邀请机关签订的最终公私合营协议将对有关项目的资产所有权，以及政府或公众（如适用）如何使用该等资产作出规定。项目所需货物和权利的取得可能按“传统”（即，与相关第三方签订私下协议）或者在需要的情况下通过征用进行。

需要采购的货物可能由全国货物管理和评估协会、被授权进行评估的墨西哥信用机构（银行）、公共代理、或在评估方面有研究生学历的专业人员评估。

传统的采购一般要按照该法律规定流程（相对比较俗套的程序）与邀请机关或中标方（如投标规则或相关公私联营协议有明确规定）协商。

法律还规定了公私联营项目所需货物采购的特殊征用制度。法律规定，论证了项目技术可行性和社会盈利性的邀请机关意见就足以证明《征用法》中的公共利益。因此邀请机关可做出墨西哥法律项下征用所要求的公共利益公告。

该公告将公布于官方公报和相关州的官方报纸上，并会通知给所有人。如不知道货物所有人的住处，那么法律规定邀请机关可在官方公报上第二次刊登公共利益公告，并且该刊登“应具有专人通

知的效力。”另外，法律第 78 条规定该公共利益公告“不适用普通的抗辩方式，只能通过保护（*amparo*）诉讼提出异议”。我们认为这两项条款可能受制于基于宪法的异议（法定诉讼程序）。

利害关系方可在公告通知之日后 20 个营业日内（“异议期”）对公共利益公告提出异议，并在文件上附上其认为合适的证据。邀请机关将在异议期届满后 10 个营业日内对该等异议作出决定。

限制与障碍

该法律的适用性具有某些特定的局限性。对于投入项目的一半以上公共资源不属于联邦资源的州或市政项目，及墨西哥禁止私人投资参与的领域都不能存在公私联营。⁵

对于上述州或市政项目，我们预计如果这种类型的联营在联邦政府获得成功，那么每个州可能会制定类似的立法。如果这样的话，地方项目会需要专门的法律分析。

此外，上述关于提交主动提交的建议书限制可能表明，在实践中，主动提交的建议书的提呈权利的假设优势可能会在实践中遭到否定，因为政府实体有义务只研究该等实体公布的命令中考虑的项目。另外，法律要求提议方提交前期调查就意味着要支出大额费用。我们认为在不确定项目是否被研究的情况下，私人不会冒险支出该等费用。

进一步的担心是关于该法律规范多年期项目付款的条款。该法律第 24 条规定项目应获得公共支出、财政和破产跨部门委员会的批准，确定纳入年度联邦预算的特定额度（随后由联邦议院批准纳入预算）。除非条例和指导方针中另有规定，这可能意味着，虽然项目本身可能一次性发包多年期合同，如果需要联邦政府支付任何款项的话，该款项需要按年批准。这种偶然性可能导致（除其他

情况外）为项目中私人参与者提供贷款的银行融资成本增加，以便计入政府机关因不能通过预算审批而不履约的风险。

争议解决

该法律规定存在两种类型的争议，及每种情况下解决该等争议的不同选择方案：

技术和经济纠纷。双方可能就发生任何该等争议时的前期诚信谈判期达成一致；该时期的持续时间由双方协议。如双方未能在协议期内解决争议，那么受影响的一方可在之后五个营业日内，书面通知另一方争议的存在或持续，并指定一名专家。收到通知的一方应在收到通知后五个营业日内对相同条款予以答复。这些两名专家应指定第三名专家，三名专家以专家身份而非仲裁员身份（换言之，不能解决技术和经济事项以外的任何事项），应有 60 个营业日的时间向双方收集论据和证据，如需要，传讯双方听证，并做出决议。该决议只有在全体一致投票时方才具有约束力。

法律争议。双方可在相关公私联营协议中包括，任何法律争议应在联邦公共服务部通过调解解决和/或严格按墨西哥法律和《商法典》通过终局和有约束力的仲裁（*stricto jure*）解决，仲裁以西班牙语进行。

如双方不包括这些规定，那么有管辖权的法院应为墨西哥联邦法院。

在任何情况下，有关行政行为（例如授予或撤消许可或经营权）有效性的争议只能由联邦行政法院解决。

尽管有前述规定，来自与墨西哥签订了双边投资协定的国家的投资方，有权取得协定中规定的其他争议解决机制。相关双边投资协定条款建议在个案基础上进行专门分析。

商机

如相关条例和指导方针不是特别严格的话，我们预计会不仅会看到吸引国内外直接投资墨西哥的重大商机（随之而来的是法律上应考虑的因素），还会看到该法律实施前很难记录的与墨西哥政府的知识转让交易。这对于在之前缺少灵活性的法律框架下难以与墨西哥政府开展业务的很多实体（从国营公司到大学）来说，会有特殊的兴趣。

但是，上述有关主动提交的建议书限制仍然意味着政府对于研究和实施什么样的项目有最终话语权。因此，该法律未能解决私营企业的担心，即源自私营经济的业务或基建活动需要取得公共部门承诺时（例如因为涉及提供公共服务因此需要经营权或需要使用公共用品），相关政府机关可随意决定是否予以解决。

联络律师

如需进一步了解情况，请与众达负责贵公司相关事项的律师或以下所列律师联系。一般的电子邮件可通过 www.jonesday.com 页面上的“联系我们”的链接发给我们。

Manuel Romano

墨西哥城
+52. 55. 3000. 4005
mromano@jonesday.com

Manuel Echeverria

墨西哥城
+52. 55. 3000. 4060
mecheverria@jonesday.com

Miguel Ishii

墨西哥城
+52. 55. 3000. 4032
mishii@jonesday.com

Ivan Perez Correa

墨西哥城
+52. 55. 3000. 4033
iperez@jonesday.com

注释

¹ 如果是国内投资方和来自墨西哥没有与之签订双边投资协定的国家的外国投资方，那么后一种可能的情况尤其麻烦。

² 要求的研究表明这一新的制度特殊。未被该等研究证明合理的所有经营将受制于《公共工程法》或《采购法》，如适用。

³ 参见 www.infochannel.com.mx/10-h13016/www.dupapier.com.mx

⁴ 后者研究将在尚待财政和公共预算部发布的指导方针中进一步规范。

⁵ 墨西哥宪法定义为“战略领域”，例如（但不限于）：石油（原油）及其衍生品的勘探、开采、经销、运输和第一手销售；核能发电；电力销售等。

我们的出版物不应被视为对某事件或情形的法律意见。众达出版物旨在为读者提供一般信息。未经众达书面同意，任何人不得在其它出版物或程序中引用或引述众达出版物的内容。我们保留是否同意他人引用或引述众达出版物的内容的权利。若您需要获得我们出版物内容的再版许可或转载许可，请使用众达网站(www.jonesday.com)上“联系我们”链接中的申请表格。我们发表出版物的目的并非试图与读者建立律师和客户的服务关系；读者收到众达出版物也不表示我们与读者之间会构成律师和客户的关系。众达出版物中的观点仅属作者的个人观点，并不一定代表我们律所的观点。