

Kandidatafhandling

OFFENTLIGE-PRIVATE PARTNERSKABER

Transaktionsomkostninger og implementering af sociale klausuler gennem tildelingskriterier og tekniske specifikationer i OPP-kontrakter

Udarbejdet af:

Amir Khalegi

Vejledere:

Marie-Louise Holle

M. Azhar Hussain

ABSTRACT

This thesis will try to explore and analyze the possibilities of attaching social clauses to PPP contracts through technical specification and award criteria within the public procurement in EU. Although PPP contracts is used in several member states and as there still seem to be doubts about using social clauses. The main concern of some the Danish public sector is inexperience and lack of adherence to try a different approach.

The two objectives this thesis will attempt to answer are:

Legal:

“How is it possible for the public authority to implement social clauses in PPP contracts by using award criteria and technical specifications in EU public procurement?”

Economical:

“How can transaction costs emerging from social clauses be compensated through branding in a PPP contract?”

The legal objective concentrate on exploring and analyzing the rules that public sector are subjugated to follow. More precisely constricted to social clauses award criterions and technical specifications in accordance to PPP contracts.

The economic part of this thesis will analyze on how social criterions affect the transaction costs in PPP contracts. Furthermore the aspects of branding will be questioned as well as the effects of Corporate Social Responsibility will be examined.

The new EU directive will be addressed to find links between the existing public procurement rules.

As with the economic part, transactions costs theory by Williamson and industrial economics are the main sources to examine the economic question.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Abstract	3
Læsevejledning	7
Begrebsafklaring	8
1. Indledning	9
1.1. Synsvinkel.....	11
2. Foranalyse.....	11
2.1. OPP.....	11
2.1.1. Totaløkonomi.....	13
2.1.2. Den offentlige parts rolle.....	14
2.1.3. Privat parts rolle	15
2.1.4. Økonomi & finansiering.....	18
2.1.5. Risikodeling.....	20
3. Problemformulering	20
3.1. Afgrænsning.....	21
4. Teori & Metode	22
4.1. Juridisk	22
4.2. Økonomisk	23
5. Struktur	24
5.1. Indledning	25
5.2. Foranalyse	26
5.3. Problemformulering og –afgrænsning.....	26
5.4. Teori og metode.....	27
5.5. Hovedanalyse.....	27
5.6. Diskussion	28
5.7. Konklusion.....	28
5.8. Perspektivering	28

6.	OPP-kontrakter	29
6.1.	Udfordringer ved OPP-kontrakter.....	29
6.2.	OPP-kontrakter i Danmark.....	30
6.3.	EU-direktiver	31
6.4.	De grundlæggende EU-retlige principper	32
6.4.1.	Ligebehandlingsprincippet	32
6.4.2.	Gensidig anerkendelse	34
6.4.3.	Proportionalitetsprincippet	34
6.4.4.	Gennemsigtighed.....	35
6.4.5.	Hensynet til fri bevægelighed.....	36
6.5.	In house & ex house.....	37
7.	Sociale klausuler i OPP.....	38
7.1.	Sociale klausuler i traditionelle udbud.....	39
7.1.1.	Københavns Kommune & Züblin	39
7.1.2.	Holstebro Kommune & Forenede Service	40
7.2.	Introduktion til sociale klausuler i OPP	41
7.2.1.	EU-kommissionen og sociale klausuler.....	42
7.2.2.	Tekniske specifikationer	43
7.2.3.	Offentliggørelse af sociale klausuler.....	47
7.2.4.	Konkurrencepræget dialog	47
7.2.5.	Valg af udbudsform	51
7.3.	Tildelingskriterier	51
7.4.	Juridisk konklusion	55
8.	Markedsformer.....	56
8.1.	Fuldkommen konkurrence.....	56
8.2.	Monopol.....	57
9.	Transaktionsomkostningsteorien	58
9.1.	Begrænset rationalitet & opportunistisk adfærd	59

9.2.	Den fuldstændige kontrakt	60
9.3.	Transaktionsomkostninger i OPP med en social klausul	61
9.3.1.	Parternes forskellige formål med eksistens	62
9.3.2.	Muligheder for at sænke transaktionsomkostningerne	63
9.3.3.	Transaktionsomkostninger som følge af sociale klausuler	66
9.3.4.	fordele ved at implementere sociale klausuler	66
10.	Corporate Social Responsibility	68
10.1.	Stakeholder-teorien	68
10.2.	CSR præciseret	72
10.2.1.	Implementering af CSR i OPP-kontrakter	73
10.2.2.	CSR & Branding	75
10.2.3.	Betydning af branding i forhold til OPP	79
10.3.	Økonomisk konklusion	80
11.	Diskussion	81
12.	Perspektivering	83
13.	Litteraturliste	85

LÆSEVEJLEDNING

Denne afhandling er udarbejdet af Amir Khalegi på erhvervsjurauddannelsens kandidatdel ved Copenhagen Business School. Afhandlingen er afleveret den 14. september 2015. Rapporten er skrevet med det formål at opnå titlen som erhvervsjurist, cand.merc.(jur).

Hovedsageligt er afhandlingen tiltænkt vejledere og censorer som en del af det bedømmelsesgrundlag, der er i forhold til beståelsen af kandidatspecialet. Det vurderes dog, at afhandlingen ligeledes kan være interessant for offentlige myndigheder, virksomheder eller personer, der har interesse for Offentlige-Private Partnerskaber (OPP). Derfor henvender rapporten sig også til personer med en vis interesse samt indsigt i OPP-aftaler og EU-udbudsregler.

Afhandlingen er opbygget med fortløbende kapitel- og afsnitsnumre.

Afhandlingens kilder er angivet i fodnoter. Fodnoterne er anført på følgende måde for bøger: Forfatter, Titel, Årstal, Sidetal. De steder, hvor kilden er fra en webside eller et online dokument, vil hele linket til den pågældende kilde være angivet i fodnoten. Den samlede litteraturliste ses bagerst i rapporten.

Figurer og tabeller vil være nummeret fortløbende gennem afhandlingen, og kilderne til disse vil fremgå af figurteksterne. Citater vil være angivet med anførselstegn samt *kursiv* med kildeangivelse.

Begrebsafklaring

I tabellen nedenfor er der lavet en kort begrebsafklaring, der i korte træk opidser nogle af de centrale OPP-begreber, som vil blive anvendt i afhandlingen.

OPP-kontrakten	Kontrakten som regulerer det partnerskab mellem den private part og den offentlige myndighed
Den offentlige myndighed	Ordregiveren og køberen. Fremsætter en opgave til udbud, som denne vil hente de mest fordelagtige tilbud på
Den private part	Tilbudsgiveren. Når den offentlige myndighed søger et tilbud gennem udbud, vil den private part afgive et tilbud
OPP-selskabet	Når den private part indgår en aftale med den offentlige myndighed, dannes den OPP-selskabet med formål til at udføre den pågældende opgave
CSR	Corporate Social Responsibility – på dansk: virksomhedens sociale ansvar

Copenhagen Business School, den 14. september 2015

Amir Khalegi

1. INDLEDNING

Lokalrådet i Landsbylille havde en drøm om en bondegård. Det skulle være en mega-bondegård. Alt skulle køre automatisk. Alt skulle være stort og rumme enormt meget. Kæmpe stalde, masser af køer, masser af heste, masser marker. Køerne skulle malkes via maskiner. Markerne skulle høstes af maskiner. Alt skulle køre optimalt. Have mange funktioner.

Lokalrådet havde bare en udfordring. De havde ikke penge til alle drømmene. De måtte ud i landsbyen. Gøre projektet attraktivt, så andre kunne se mulighederne. Så andre kunne se, at de kunne få gavn af projektet. Lokalrådet begyndte at danne sig et overordnet billede af den nye bondegård. De gjorde sig nogle overvejelser. De skrev ned. Hvor store skulle staldene være? Hvor mange heste og køer ville de have? Hvor mange nye staldpiger og –drengene skulle de bruge? Hvad skulle der høstes på de nye marker? Projektet begyndte at tegne sig i store træk. De beskrev grundigt, hvordan projektet ville gavne hele landsbysamfundet. Hvor vigtigt det var. Det var deres eneste mulighed for at få andre i landsbyen til at indse det. Deres eneste mulighed for økonomisk støtte.

Det overordnede projekt hang de op på opslagstavlen ved gadekæret. Her kom både lokale og turister forbi. Alle ville se det. Alle kunne hjælpe, hvis blot de ville.

Efter nogle dage kom der tilbagemeldinger fra mange forskellige. Lokalrådets favorit var Brødrene Lund. Brødrene Lund kunne se projektets gavn. De ville betale for projektet. De ville hjælpe med at bygge nye bygninger, skaffe dyr, skaffe jord, skaffe korn. De kunne se, at projektet ville vare i flere år. De blev nødt til at forventningsafstemme. Brødrene Lund havde nogle krav. Og Lokalrådet havde nogle krav. Brødrene Lund krævede, at bygningerne skulle bygges med særlige materialer. Og de skulle stå for fremtidig vedligeholdelse og drift. Lokalrådet ønskede at gavne landsbysamfundet. De krævede derfor, at der skulle ansættes mindst 15 landsbyboere. 15, der i længere tid ikke havde haft arbejde. Lokalrådet ville føre tilsyn med opgaven for at sikre, at det blev til gavn for hele landsbyen. De indgik en aftale. Projektet blev igangsat for de næste mange år.

Ovenstående historie er en forsimplet illustration af et OPP-projekt, der i store træk forklarer projektets udspring, udbudsfasen, forhandlingsfasen, aftaleindgåelsen samt start på projektet.

Skifter man Lokalrådet ud med en hvilken som helst offentlig myndighed, bondegården med et hvilket som helst større projekt af betydning, og Brødrene Lund med en hvilken som helst virksomhed – national eller international - så har man et OPP-projekt i grove træk.

I 2005 blev det første OPP-projekt blev igangsat i Danmark (Trehøje Kommune), hvor kommunen i partnerskab med en privat virksomhed udarbejdede planlægning, opførelse, drift, finansiering og vedligeholdelse af en ny kommunal skole. Det er nu 10 år siden, og endnu er der ingen specifikke regler om OPP'er i EU. Mærkværdigt, idet OPP-projekter kan være yderst komplekse og meget omfattende.

At igangsætte et OPP-projekt indebærer, at en offentlig og en privat partner indgår et partnerskab, der kan vare i mere end 25 år. Finansieringen af projekterne fordeles i de fleste tilfælde mellem den private og offentlige part afhængigt af projektets art.

Risikoen fordeles mellem aktørerne. Der tages højde for, hvilken part der har erfaringen, forståelsen og kompetencerne til at kontrollere de eventuelle risici. Det betyder, at netop en af de grundlæggende årsager til at indgå i en OPP-aftale er at udnytte hinandens kapacitet til i fællesskab at udforme et bedre resultat, der gavner begge parter.

Mens rollerne kan tilpasses efter behov eller kompetencer, foregår processen oftest med, at den private part står for sig for de praktiske elementer i OPP-projektet, grundet deres viden og erfaring i det pågældende felt, mens den offentlige aktør står for målsætninger, kvalitet, pris og den almene nytte.

Netop den almene nytte synes imidlertid at forsvinde i al virvaret under forhandlingerne.

1.1. Synsvinkel

Afhandlingen vil som udgangspunkt blive gennemarbejdet i forhold til den offentlige myndigheds syn ud fra et EU-retligt perspektiv. Når udbudsmaterialerne skal forberedes til tilbudsgiverne, er det altafgørende for kvaliteten og transaktionsomkostningerne, at den offentlige myndighed udarbejder det bedst mulige materiale. Præcise og grundige udbudsmaterialer vil gøre den potentielle lange udbudsproces behageligere at komme igennem.

Eftersom EU-retten har forrang over medlemsstaternes national ret, giver det bedre mening at tage fat i problemstillingerne med udgangspunkt i EU's udbudsdirektiver.

2. FORANALYSE

Formålet med foranalysen er at afklare ganske almindelige OPP-begreber for at kunne opstille en problemformulering, der skal danne grundlaget for resten af afhandlingen.

2.1. OPP

OPP er et fænomen, der har bredt sig siden 1990'erne, hvor især briterne havde succes med at inddrage private virksomheder til at bidrage og hjælpe med at bygge infrastrukturen. Siden er det gået stærkt, og modellen er således allerede brugt i Danmark.

OPP står for "Offentligt-privat partnerskab". Det er, som navnet antyder, et partnerskab mellem en privat part og en offentlig part. Der findes endnu ikke en fast definition af OPP, og der er i stedet udarbejdet en grøn bog¹ i EU-kommissionen, der skal bruges som vejledning og guideline for, hvordan begrebet skal forstås, og hvad det indebærer. I Danmark er modellen brugt til bl.a. at bygge en ny skole.²

Vælges OPP modellen, kan aftalerne vare op til 30 år eller mere alt afhængig af projektets størrelse og art.

¹ EU-kommissionen: "Grøn bog om OPP", 2004 - (KOM(2004) 327 endelig)

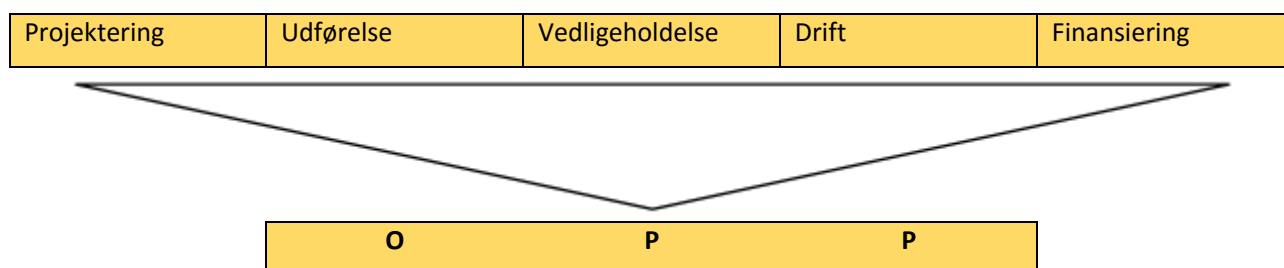
² Vildbjerg Skole - <http://www.udbudsportalen.dk/Cases/OPS-projektkatalog/Vildbjerg-skole-i-Herning/>

Opgavefordelingen giver den private aktør mulighed for at udnytte de spidskompetencer, de besidder i forhold til det specifikke projekt, mens den offentlige part agerer som organisator og/eller kontrollør.

Bedre kvalitet gennem langsigtede løsninger og innovative metoder er andre elementer, man forsøger at identificere OPP med.

I grove træk skal disse betingelser være opfyldt, før der er tale om OPP:³

- Helhedsfokus
 - Finansiering, design/projektering, etablering og drift op til 30 år eller mere samlet under et enkelt udbud
- Privat finansiering (dog også mulighed for delt eller offentligt finansiering)
- Den finansierende part har en betydelig rolle
- Risikodeling
 - Afhængig af opgaven fordeles risici mellem den offentlige og private part alt efter kompetencer og kapacitet. Fordelingen er systematisk og økonomisk funderet.



Tabel 1 – OPP – det hele samlet under ét udbud

På tabel 1 illustreres alle dele, som kan indgå i en OPP-opgave. Opgaven kan således blive så omfattende, at uenigheder, om hvordan opgaven bedst løses mellem de faglige eksperter fra de forskellige projektområder, må regnes som mulige forhindringer i forsøget på at strømline arbejdsprocessen. I forhold til almindelige byggekontrakter og aftaler, hvor eksempelvis parten, der står for vinduerne ikke behøver at tænke på ledningerne, bliver alle parter i en OPP-kontrakt nødt til at finde den bedste fælles løsning. Da alle er bundet sammen gennem indskud af egenkapital

³ EU-kommissionen: "Grønbog om OPP", 2004 - (KOM(2004) 327 endelig), s. 3

i et fælles projektselskab, må hensynet til projektets helhed hele tiden overvejes. Med andre ord har alle parter et økonomisk incitament til at udarbejde en løsning, der giver kvalitet og sikkerhed på alle fronter, idet projektets varighed kan være meget lange.⁴

2.1.1. TOTALØKONOMI

På baggrund af ovenstående om alt samlet under ét stort udbud, er det mere interessant og attraktivt for den private part at tænke totaløkonomisk og i helhedsløsninger. Hensynet til de fremtidige udgifter og arbejde med driftsfasen bør motivere den private part til at investere i kvalitets- eller, om man vil, smarte løsninger.

Kvalitet koster oftest også mere. For at undgå alt for høje udgifter er den private part nødsaget til at finde innovative løsninger, der giver mening i forhold til en aftale med potentiale for at vare i flere årtier. OPP-modellen giver den private part de optimale rammer og friheden til at søge netop de innovative løsninger.⁵

De optimale løsninger medfører en nemmere driftsfase, hvor den private part høster på de gennemtænkte løsninger under byggefasen. Det er også under driftsfasen, at den økonomiske "gevinst" mærkes. Vedligeholdelsen af et projekt, der er præget af gode/innovative tekniske løsninger i byggefasen, kan være en nemmere opgave at udføre for den private part. Yderligere reduceres driftsomkostningerne, og man får i sidste ende tilfredse slutbrugere, som det hele først og fremmest handler om.⁶⁷

⁴ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, s. 38

⁵ <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Hvad-er-OPP#variationer>

⁶ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, side 45

⁷ <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Hvad-er-OPP#variationer>

2.1.2. DEN OFFENTLIGE PARTS ROLLE

OPP-modellen er stadig den dag i dag forholdsvis nyt for Danmark. Nogle kommuner og offentlige instanser har taget hånd om og stiftet bekendtskab med modellen, mens andre måske slet ikke har interesseret sig for det. Skulle en offentlig instans vælge at være part af et OPP-projekt er der mange aspekter at tage stilling til.

I den typiske OPP-model med privat finansiering, vil den offentlige part allerede støde på noget nyt: nemlig at gå fra ejer til at være lejer. Risikofordelingen ændres, rollerne er ikke de samme, mens kompetencerne skal deles hyppigt.⁸ Private virksomheder, som normalt arbejder under hårde konkurrenceforhold på det frie marked, møder i den sammenhæng muligvis flere udfordringer, de skal kæmpe sig igennem, hvilket medfører nødvendigheden af at indlære nye arbejdsmetoder og tilpasning for at være et skridt foran konkurrenterne. De omstændigheder kan gavne den private virksomhed ved et OPP-projekt, i og med, de har flere kompetencer og viden til at hjælpe den offentlige part med de krav og udfordringer, de måtte have. Det er dog umiddelbart få private virksomheder, der har været igennem et OPP-forløb, og de der i dag er i gang med et OPP-projekt, vil højst sandsynligt kun være nået halvvejs i forhold til aftalens potentielle lange varighed.

Områder i OPP-projektet varetaget af den offentlige part vil være de arbejdsopgaver, den offentlige part normalt har en store, måske større, viden om, end den private part. Et område kunne være organisation og kontakt til brugerne af det pågældende projekt. Den private part vil derefter kunne bruge de oplysninger til at optimere de dele af projektet, der vedrører de behov brugerne har udtrykt sig om til den offentlige myndighed.

Det giver derfor god mening for begge parter, at rollerne fordeles, sådan at den private part står for udførelsen af arbejdet, mens den offentlige part beskriver behov, kriterier og mål, mens de holder tæt kontakt til de kommende brugere af projektet.

Den offentlige part står i grove træk for at holde orden på projektet. Offentlige projekter, der tjener et samfundsgavnligt formål, kan for nogle private parter være noget helt nyt. Derfor overlades

⁸ Foreningen af Statsautoriserede Revisorer: *"Offentlig-Private Partnerskaber – en organiseringsform fuld af perspektiver"*, 2008, s. 34

kontrol, kvalitet og målsætninger til den offentlige part,⁹ så alt lever op til de forventninger, som brugeren af slutproduktet måtte have.

En vigtig fordel, som den offentlige part har, er netop rollen som ”formidler” mellem forbrugerne og den private part. Informationer vedrørende projektets kvalitet, formål og udnyttelse kan have en stor betydning for den private part i forhold til optimering af diverse løsninger både under byggefasen, men i særdeleshed også i driftsfasen. God brugertilfredshed påvirker værdien for projektet positivt, giver parterne indsigt i nye behov eller overflødige dele, som måske kan skæres væk. Den offentlige part kan naturligvis også indsamle informationer fra forbrugerne, sortere irrelevante informationer fra relevante og give informationen videre til den private part, der kan udnytte den til at efterse områder, de i første omgang måske har overset eller undervurderet.¹⁰ Det kan således være med til at skabe et større value for money¹¹.

Mens den private part får friheden til at gøre deres arbejde hensigtsmæssigt i forhold til de delmål, de sætter op, er det den offentlige parts opgave at undersøge, hvorvidt de generelle mål opnås. Det giver den private part frie hænder til at optimere sine metoder til at færdiggøre opgaven i tide og uden at overskride budgettet, mens den offentlige part kan få ro til at holde overblikket og tilfredsstille slutbrugerne, nemlig borgerne, som projektet udføres til nytte for.

2.1.3. PRIVAT PARTS ROLLE

I OPP-sammenhæng er den private part tilbudsgiveren. Den private part vil reagere og besvare ved at fremlægge et tilbud om at løfte opgaven, som den offentlige part udbyder.

Oftest står den private part for finansieringen af OPP-projektet for at løfte byrden fra den offentlige part, idet projekterne kan kræve meget høje omkostninger.¹² Den private part kan gennem en konkurrencepræget dialog være med i flere af projektets faser; udformning, gennemførelse,

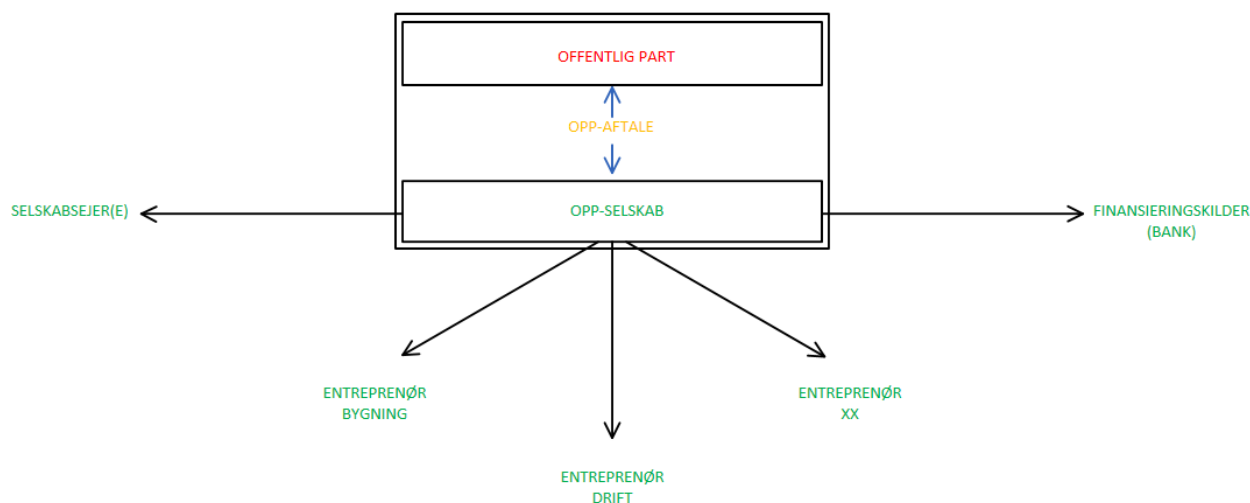
⁹ EU-kommissionen: ”Grønbog om OPP”, 2004 - (KOM(2004) 327 endelig)

¹⁰ Foreningen af Statsautoriserede Revisorer: ”Offentlig-Private Partnerskaber – en organiseringsform fuld af perspektiver”, 2008, s. 35

¹¹ Value for money beskrives kort som det bedste pris/kvalitet forhold, altså muligheden for at opnå størst værdi for samfundet med de midler, den offentlige myndighed bruger på projektet.

¹² Indén & Naundrup Olesen: ”Offentlig-privat samarbejde”, 2012, s. 21

iværksættelse og finansiering, hvilket medfører en større rolle for den private part, i forhold til hvis der ikke var tale om et OPP-projekt.



Figur 1 - Indén & Naundrup Olesen, "Offentlig-privat samarbejde", 2012, s.20

Figur 1 illustrerer, hvordan aftalerne mellem de forskellige parter indgås. Selskabsejerne og entreprenørerne kan være de samme, hvis de har kompetencerne og kapaciteterne til at udføre de evt. fremstillede opgaver.¹³ Imidlertid kunne "OPP-selskab" skiftes ud med "Privat part", eftersom den private part står for opførelse, mens den offentlige part giver ordren. Det er også den private part, som tidligere belyst, der efter opførelsen af projektet står for drift, service og vedligeholdelse.¹⁴ I nogle tilfælde vil den private part benytte sig af underleverandører til service og/eller vedligeholdelsesarbejde, hvilket giver den private part rollen som kontrollør. Det samme gælder ved udlicitering af diverse opgaver, hvilket kan gøre processen nemmere i forhold til ansvar og rollefordeling.¹⁵

Den private part kan med hjælp fra finansieringskilden stå stærkere for at vinde mere af den offentlige parts tillid. Ved at involvere finansieringskilden tidligt i projektets proces vil det medføre bedre ind- og overblik, som kan give finansieringskilden mere tryghed og dermed friere hænder til

¹³ Indén & Naundrup Olesen, "Offentlig-privat samarbejde", 2012, s. 20

¹⁴ Tvarnø: U.2010B.190, "Offentligt-Privat Partnerskab (OPP) , Behov for en ny vejledning", 2010

¹⁵ Foreningen af Statsautoriserede Revisorer : "Offentlig-Private Partnerskaber – en organiseringsform fuld af perspektiver", 2008, s. 41

den private part.¹⁶ Den sikkerhed påvirker hele OPP-samarbejdet positivt fremadrettet, hvor kontrolniveauet fra finansieringskilden mindskes og i stedet erstattes med mere tillid.

Varigheden af et OPP-projekt forpligter den private part såvel som den offentlige til netop at være åbne og tillidsfulde. Professionalisme og pragmatisme er nøgleordene i en længerevarende proces.

Den private parts rolle i OPP-projekter er altså at yde deres bedste og øge effektiviteten for at opnå et produkt, de selv skal vedligeholde og servicere.

2.1.3.1. Effektivitet

Det er i England set, at 73 % af de projekter, der blev udført i 2003, hvor OPP-modellen ikke blev anvendt, overskred budgettet fastsat af regeringen, og 70 % var forsinket, mens kun 20 % af de projekter hvor OPP-modellen blev anvendt overskred budgettet, og kun 24 % blev forsinket. Årsagen til de overskredne budgetter, hvor OPP blev anvendt, skyldes ændringer foretaget efter kontraktens indgåelse fra den offentlige parts side.¹⁷

Eksemplet fra England giver et billede af effektiviteten af den private sektor, hvilket forklarer rollefordelingen. Det medfører også et råderum for den private part, således at den offentlige part kun skal beskrive, hvad eller hvilke funktioner, der skal tages højde for i et givet projekt, men ikke hvordan det skal udføres for at opnå det ønskede resultat.¹⁸ Der er altså en balancegang, den offentlige part skal være opmærksom på, hvor tillid til den private part og is i maven er nødvendigt for at komme i mål.

¹⁶ Foreningen af Statsautoriserede Revisorer: *"Offentlig-Private Partnerskaber – en organiseringsform fuld af perspektiver"*, 2008, s. 41

¹⁷ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, s. 39

¹⁸ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, s. 39

2.1.4. ØKONOMI & FINANSIERING

Formålet med dette afsnit er at belyse de økonomiske aspekter af et OPP-projekt.

2.1.4.1. *Transaktionsomkostninger*

OPP-projekter vil altid medføre betydelige transaktionsomkostninger. Før udbuddet offentliggøres og projektet overhovedet er tæt på at begynde, må den offentlige myndighed foretage mange handlinger, der både er tidskrævende og omkostningstunge. Alene planlægningen af udbudsprocessen og eventuelle arbejdsgrupper, der skal gennemarbejde udbuddet, før det bliver sendt ud, kan kræve mange ressourcer.¹⁹ Krav og tildelingskriterier skal udarbejdes i henhold til EU's udbudsdirektiver, hvilket kræver flere midler og mere tid. Når en tilbudsgiver skal vurderes, skal vurderingsprocessen i gang med behandling af fremvisninger og efterprøvelser. Sidst, men ikke mindst er der transaktionsomkostninger tilknyttet fasen efter kontraktindgåelsen, hvor bl.a. kontraktens implementeringsomkostninger i nogle tilfælde kan blive høje, hvis der ikke er taget hensyn til dette. Implementeringsomkostninger kan være forbundet med foranstaltninger, parterne skal foretage sig før opgaven kan påbegyndes.²⁰ Jo mere kompliceret projektet er, jo flere implementeringsomkostninger vil der være at tage hensyn til.

Disse er blot nogle eksempler af, hvad transaktionsomkostningerne kan indebære. Grundet OPP-kontraktens kompleksitet og omfattende størrelse vil transaktionsomkostningerne være højere. Tilføjes flere elementer, kan det kun forestilles at transaktionsomkostningerne vil stige yderligere. Overvejelse af sociale klausuler kan dermed afskrække potentielle tilbudsgivere, i og med de ikke er interesseret i flere omkostninger end højest nødvendige. For at acceptere sociale klausuler, må der derfor være andre fordele at gavn af for den private part.

2.1.4.2. *Offentlig finansiering*

Økonomien og finansieringen er en essentiel del af OPP-modellen, som den offentlige part må overveje grundigt. Den offentlige part kan vælge at finansiere projektet selv, hvilket kan være en

¹⁹ Udbudsrådet: "analyse af transaktionsomkostninger ved udbud", 2011, s. 26

²⁰ Udbudsrådet: "analyse af transaktionsomkostninger ved udbud", 2011, s. 50

fordel i forhold til renterne, der generelt er lavere, end hvis den private part låner midlerne.²¹ Derudover frigives deponeringsmidlerne, når den offentlige part har betalt for det nybyggede anlæg og begynder at benytte sig af det.²² Det er en bekymring mindre for den offentlige part. Umiddelbart fremstår offentlig finansiering til at have flere ulemper i OPP-sammenhæng. Når den private part ikke har investeret i projektet, kan forpligtelsen og incitamentet til at udføre det bedst mulige også være mindre. Risikoen er mindre, end når det er noget, virksomheden selv har investeret i. Mindre risiko kan medføre en mere afslappet tilgang til projektet. Betydningen af engagementet fra de forskellige parter er meget vigtig i OPP-projekter pga. varighederne af aftalerne, hvor driftsfasen efter byggefasen netop også skal varetages af den private part, der muligvis vil have ydet mere, havde de selv investeret i projektet. Den offentlige part kan også komme ud for at løbe i problemstillinger vedrørende risici, hvis de selv vælger at finansiere projektet. Den private part kan takle disse bedre, grundet deres større erfaring i den kommercielle verden.²³

2.1.4.3. Privat finansiering

Situationen er dermed anderledes, hvis den private part investerer og finansierer projektet. Her vil den private part varetage den fulde investering samtidig med at stå for efterfølgende drift og vedligeholdelse. Det giver grundlag for at anvende det førnævnte totaløkonomiske løsningskoncept med innovation og alternative metoder, som den private part vil få gavn af i det lange løb. Projektet kan hænge bedre sammen med en rød tråd, der er baseret på incitamentet til at få det bedste ud af investeringen på en økonomisk og kvalitetsmæssig optimal måde over en længevarende aftale.

Ulempen er primært renten, som er højere, i forhold til hvis den offentlige part låner samme beløb. Her skal det vurderes, hvorvidt de totaløkonomiske fordele opvejer den højere pris, der medfølger en privatfinansiering.

²¹ Foreningen af Statsautoriserede Revisorer : ”Offentlig-Private Partnerskaber – en organiseringsform fuld af perspektiver”, 2008, s. 18

²² <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Deponeringsregler>

²³ Delmon: ”Public-Private Partnership Programs – Creating a Framework for Private Sector Investment in Infrastructure”, 2014, s. 236

Ved at bruge OPP-modellen kan man opnå bedre kvalitet og en mere moderne og effektiv tilgang til at udarbejde offentlige opgaver.²⁴

2.1.5. RISIKODELING

I store projekter, som OPP-aftaler er, følger store risici. Ansvarsfordelingen skal være klar og tydelig for at mindske tvister, der kan fjerne fokus fra projektets gennemførelse. Parterne fordeler derfor alle risici mellem hinanden, hvor det bedst giver mening økonomisk og kompetencemæssigt. Udfordringerne hos den private part ligger i risici, som de ikke selv kan styre eller forudse.²⁵ Den offentlige parts rolle som bestiller og organisator skal gennem dialogfasen begrænses i et omfang, der giver parten rådighed nok til at styre projektet uden at påvirke den private og finansierende part negativt i forhold til tryk og rum til at arbejde innovativt og effektivt.

3. PROBLEMMFORMULERING

Formålet med denne afhandling er at bearbejde følgende problemstillinger:

Juridisk:

Hvordan er det for den offentlige myndighed muligt, at implementere sociale klausuler i OPP-kontrakter via EU-udbudsdirektivets tildelingskriterier og tekniske specifikationer?

Den juridiske del vil berøre kriterier og krav, der skal tages hensyn til, når en social klausul skal tilknyttes en OPP-kontrakt. Her vil både den gældende udbudsdirektiv blive anvendt, mens det vurderes i forhold til det nye udbudsdirektiv.

Økonomisk:

Hvordan kan transaktionsomkostningerne i forbindelse med sociale klausuler kompenseres gennem branding i en OPP-kontrakt?

²⁴ DI Analyse: "Offentlig-privat samarbejde – redegørelse", 2015, s. 25

²⁵ Bukh & Korsager: "Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab", 2006, s. 41

Der ønskes her en klargørelse over transaktionsomkostninger og betydningen af disse for en OPP-aftale med tilhørende social klausul. Efterfølgende vil emnet om branding bearbejdes og vurderes i forhold til OPP-selskaber.

3.1. Afgrænsning

Afhandlingen afgrænser sig fra spørgsmål omkring miljøhensyn, som ellers forbindes tæt med sociale klausuler i udbudsdirektivet. Miljøhensyn kræver en særskilt analyse, da det er et mindst ligeså omfattende emne som sociale hensyn.

Andre kontrakttyper end OPP-kontrakter er ikke omfattet af denne afhandling. Der vil udelukkende være fokus på hvordan den offentlige myndighed kan benytte sig af sociale klausuler gennem tildelingskriterier og tekniske specifikationer i OPP-kontrakter. Ligeledes vil standardaftalevilkår som f.eks. AB92, ABService, ABR 89 eller tilsvarende ikke analyseres eller uddybes i denne afhandling.

Konkurrenceretlige, arbejdsretlige eller andre udbudsretlige spørgsmål end dem, der bliver bearbejdet inddrages ikke i denne afhandling, ligesom komparativ ret heller ikke vil blive analyseret.

National lovgivning eller bestemmelser analyseres ikke, da EU-retten har forrang. Dog vil eksempler fra danske domstole blive brugt som understøttelse til de af EU udarbejdet udbudsdirektiver, men kun med formålet om at præcisere det pågældende emne. Forsyningsvirksomhedsdirektivet²⁶ vil ikke anvendes, da problemformuleringen ikke vedrører denne.

I denne afhandling vil der tages udgangspunkt i OPP med privat finansiering. Uddybelse af OPP med offentlig finansiering vil derfor ikke finde anvendelse.

Genforhandling vil ikke blive behandlet, da det ikke er relevant for transaktionsomkostningerne før kontraktindgåelsen, men vedrøre i stedet et særskilt område, denne afhandling ikke bevæger sig mod.

²⁶ Europa-parlamentets og rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester («forsyningsvirksomhedsdirektivet»)

I forhold til transaktionsomkostninger vil emner om hold up og aktivspecifik investering ikke blive anvendt, da disse ikke har en direkte indflydelse på eller betydning for sociale klausuler i en OPP-kontrakt.

4. TEORI & METODE

Dette kapitel har til formål at give et overblik over de videnskabelige og metodiske tilgange, der er anvendt i afhandlingen.

4.1. Juridisk

Indholdet af afhandlingens juridiske del er udformet efter den juridiske og retsdogmatiske metode.

Formålet med den retsdogmatiske metode er at beskrive gældende ret. Relevante retskilder og gældende ret skal systematiseres, beskrives og analyseres. Metoden skal være med til at vise, hvilke hensyn der gør sig gældende ved udfindelsen af den gældende ret i en given sag.

For at dele den gældende ret ind i hoved og undergrupper kan det illustreres som i tabel 2 nedenfor.

Hovedgruppe:	International ret
Undergruppe:	EU-retten
Subundergruppe:	EU's udbudsdirektiver

Tabel 2 - Gældende ret for udbud af OPP-kontrakter

Den gældende ret er for denne afhandling EU's udbudsdirektiver²⁷, som regulerer udbud af OPP-projekter i Danmark. I udbudsdirektivet vil fokusområdet være bestemmelser vedrørende sociale hensyn, hvor de relevante bestemmelser vil blive sammenholdt med de nye udbudsdirektiver. Det vil give den offentlige myndighed et bedre overblik over, hvad der gælder for sociale klausuler tilknyttet OPP-projekter gennem offentlig udbud i dag, og hvad de skal være opmærksomme omkring i den nærmeste fremtid.

²⁷ Europa-parlamentets og rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Ydermere vil den juridiske metode anvendes til at udvide den gældende ret og søge efter andre retskilder til at belyse mulighederne for sociale klausuler i OPP-kontrakter. Retspraksissen anvendes til at fremhæve den gældende ret, hvor domsafgørelser fra EU's domstole i sig selv kan have en lige så stor præjudikatværdi som de foreskrevne bestemmelser i udbudsdirektivet. EU-traktaterne står dog som primære lovgivning, mens direktiver falder under sekundære lovgivning sammen med forordninger og afgørelser.

Eftersom offentlige kontrakter er omfattet af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), vil denne også belyses for at vurdere betydningen i forhold til sociale klausuler i OPP-kontrakter. Det drejer sig om TEUF's artikler 18, 34, 45, 49 og 56.

For at grave dybere ned i analysen, vil juridisk litteratur også blive anvendt. Dette vil bidrage til bedre diskussioner og give en indikation af, hvor afhandlingen står i forhold til andre, der ligeledes har beskæftiget sig med emnet sociale klausuler i OPP-kontrakter eller sociale hensyn generelt. Nogle af de anvendte litteraturer er baseret på praktisk erfaring med OPP-projekter, hvilket er vigtigt at have med i forhold til de mange teoretiske tilgange.

4.2. Økonomisk

I den økonomiske analyse vil industriøkonomiens markedsformer, som anses for et centralt emne, bruges i afhandlingen til at belyse offentlig udbud som et marked, hvor den offentlige myndighed er køberen, mens de private virksomheder, som fremlægger et tilbud vil betegnes som sælgere. Helt konkret vil to markedsformer benyttes som benchmarking for det aktuelle marked. De to markedsformer er fuldkommen konkurrence og monopol.

Williamsons transaktionsomkostningsteori gør sig særligt gældende for denne afhandling, i og med sociale klausuler kan have en negativ effekt på transaktionsomkostningerne ved kontraktindgåelse ex ante og ex post. Inden for samme teori anvendes elementer som opportunistisk adfærd og begrænset rationalitet, da de kan være med til at beskrive parternes tanker ved kontraktforhandlingen. I sammenhæng med transaktionsomkostningsteorien er kontraktteori anvendt med henblik på fuldstændige kontrakter som udgangspunkt for analyse af opportunistisk adfærd og begrænset rationale.

For at belyse en af de største fordele ved at implementere sociale klausuler i en OPP-kontrakt, er CSR fra det nyere cirkulære økonomi anvendt. Heraf udspringer mulighederne for branding af virksomhederne.

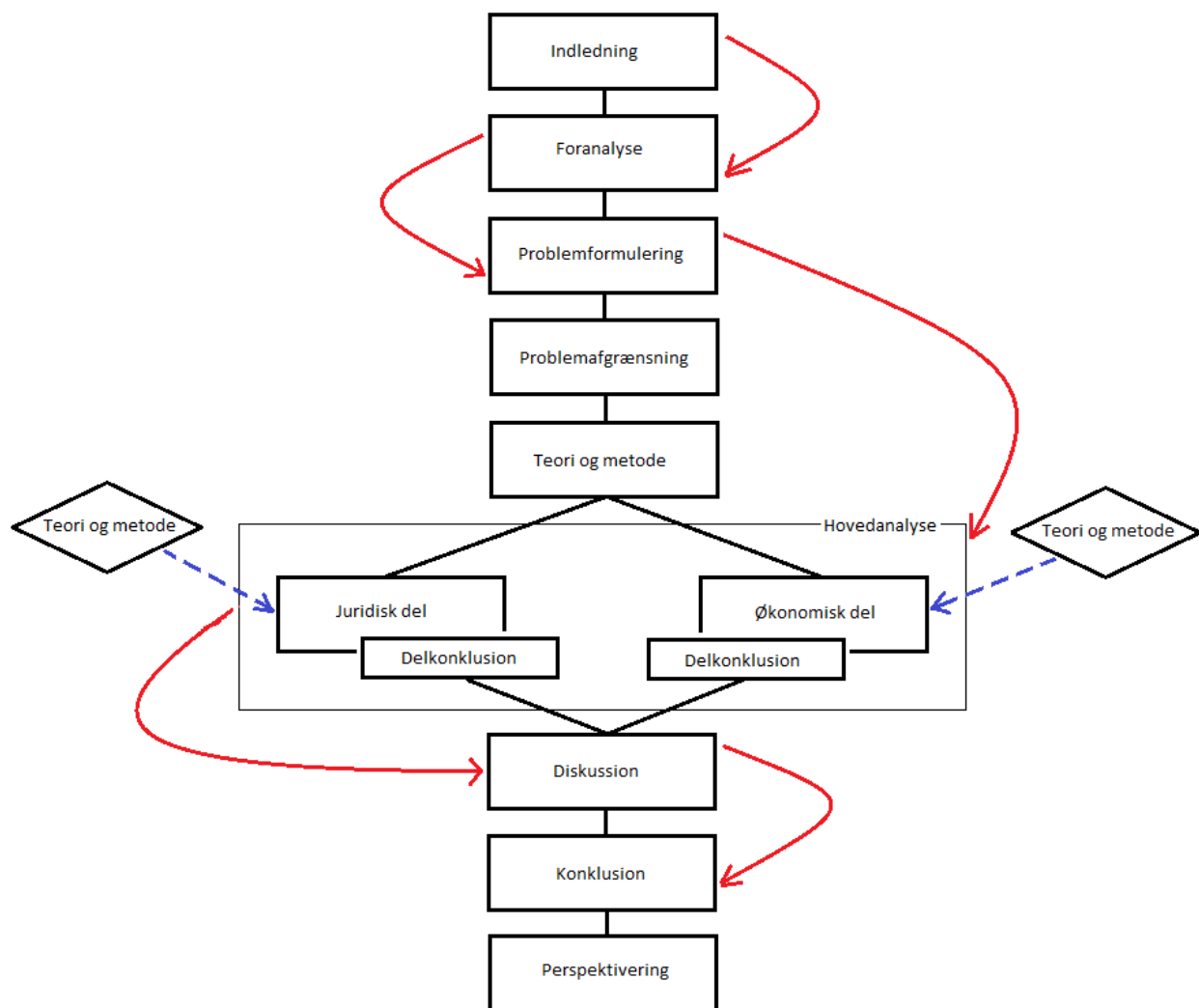
Branding er måden, hvorpå den private virksomhed kan få større værdi over det lange løb. Især i OPP-selskaber bør social ansvarlighed vægtes højt for at få så stor opbakning som muligt fra alle, der vil blive påvirket af det pågældende OPP-projekt. Af den grund er branding indgået i afhandling som et incitament for den private virksomhed til at acceptere sociale klausuler, der også omfattes af CSR.

Integrerende bestemmelser fra EU's udbudsdirektiver inddrages for at vise, at de økonomiske teorier i nogle tilfælde harmoniserer i høj grad med lovgivningen.

5. STRUKTUR

Strukturen i projektet kan ses af ovenstående figur 2. De røde pile viser "den røde tråd" i projektet. Som det kan ses af figuren løber den røde tråd ikke igennem alle dele af projektet, men den binder de dele sammen, der er vigtige for projektet i sin helhed. En indledning til at igangsætte projektideen, en foranalyse til at afklare vigtige elementer i ideen, en problemformulering til at præcisere projektets fokus, en hovedanalyse – delt i to – til at analysere det opstillede problem, en diskussion for at samle trådene fra hovedanalysen, samt en konklusion til at afrunde og svare på problemstillingen.

Figuren vil herefter blive gennemgået uddybende for at give et overblik over de forskellige tankeprocesser, der har været bag opbygningen.



Figur 2 - Strukturdiagram

5.1. Indledning

Figur 2's øverste boks illustrerer den initierende interesse for emnet, der ses som et springbræt for projektet. Indledningen er skrevet som en historie, der i grove træk viser, hvordan et OPP-projekt opbygges og udmøntes. Samfundstendensen i større projekter bevæger sig umiddelbart mere og mere mod at arbejde i OPP-regi, og generelt virker der til at være større fokus på privatisering. Dette er en af hovedårsagerne til, at netop dette emne blev valgt til afhandlingen. Derudover var det vigtigt at bibeholde de sociale hensyn i projektet, da Danmark er en af de førende nationer, når det

kommer til CSR.²⁸ Dette er sikret gennem projektets fokus på sociale klausuler. Udgangspunktet for projektet er forholdsvis nyt, men meget aktuelt, og det debatteres lige nu. Det giver mulighed for at formulere et eller flere spørgsmål, som er værd at undersøge videre.

5.2. Foranalyse

Foranalysen er en vigtig del af projektarbejdet. Den tydeliggør problemstillingens kompleksitet. Dette er vigtigt at forstå for at kunne vælge hensigtsmæssige løsninger til problemstillingen. Det er med andre ord vigtigt at vide noget om problemet, før det er muligt at præcisere og afgrænse det i en endelig problemformulering. Formålet med foranalysen er altså at øge forståelsen og skærpe formuleringen af problemet. Foranalysen sikrer, at projektet ikke bygger på løse påstande.

Foranalysen er delt i tre dele. Første del, OPP, har til formål at belyse, hvad begrebet Offentlig-Privat Partnerskab dækker over. Anden del, parternes roller, afklarer, hvad de to parter hver især varetager i et OPP-samarbejde. Tredje del, finansieringen, redegør, hvilken forskel der er på et OPP-projekt, alt efter hvilken part det er, der står for finansieringen.

5.3. Problemformulering og –afgrænsning

Problemformuleringen er selvvalgt og udgør en proces. I takt med at projektet skrider frem, dannes der en større og større faglig viden, og det bliver muligt at udarbejde en konkret problemformulering. Problemformuleringen er projektets omdrejningspunkt, der viser, hvad der ønskes undersøgt, hvorfor det skal undersøges og hvordan. Den bør være præcis, så der ikke forekommer uklare eller udefinerede begreber, samt afgrænset, så det bliver tydeligt, hvad der skal undersøges og bearbejdes. Desuden bør problemformuleringen være handlingsvejledende, så det fremgår, hvad der ønskes en viden om, og hvordan denne viden skal tilegnes. Ved at opstille en sådan problemformulering sikres et fokuseret projekt, der fungerer som et styringsredskab i beslutningstagning samt i vurderingssituationer i forhold til informationsindsamling.

²⁸ KPMG International: *“The KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2013”*, 2013

Der er opstillet en problemformulering – delt i to spørgsmål; et juridisk og et økonomisk – efterfulgt af en målsætning, der formulerer hensigten med projektet.

Afgrænsningen af problemet bruges til at konkretisere projektets fokus, da der ikke er mulighed for at undersøge alt.

5.4. Teori og metode

Det er essentielt at have et projektafsnit med, der beskriver, hvilke teorier og metoder der vil blive gjort brug af for at analysere på problemstillingen. Valget af teori og metode styrer i høj grad, hvordan og hvornår projektets viden tilegnes.

Til den juridiske del er der anvendt retsdogmatisk og juridisk metode til at afklare de juridiske aspekter, som projektet berører. Til den økonomiske del er der anvendt industriøkonomiens markedsformer, Williamsons transaktionsomkostningsteori, CSR fra det nyere cirkulære økonomi og branding til at afklare de økonomiske aspekter, som projektet berører.

5.5. Hovedanalyse

Hovedanalysen er delt i to og tager udgangspunkt i en juridisk og en økonomisk analyse. Formålet med den juridiske del er at belyse, hvad den gældende ret i forbindelse med OPP-aftaler siger. Ved de forskellige juridiske teorier og metoder er der både set på gældende lovgivning i form af EU's udbudsdirektiver, vejledninger og retspraksis i relevante sager. Formålet med den økonomiske del er at belyse, hvordan transaktionsomkostninger påvirker en OPP-aftale. Ved at anvende de forskellige økonomiske teorier og metoder er der set på, hvordan sociale klausuler påvirker transaktionsomkostninger, og hvad fordelene for den private virksomhed er ved at acceptere de sociale klausuler.

Begge delanalyser munder ud i delkonklusioner, der samler trådene fra de enkelte delanalyser.

5.6. Diskussion

I diskussionen diskuteres de resultater, konklusioner, begrænsninger samt mangler, som delanalyserne har medført. Her lader man "resultaterne tale for sig selv", og på baggrund af dette kan der siges noget generelt om projektet. Diskussionsafsnittet er ligeledes vigtigt for at koble de to delanalyser sammen, så man kan diskutere hovedanalysens resultater som en helhed.

5.7. Konklusion

Det er vigtigt gennem konklusionen at tage fat i problemformuleringen og se på, om man har haft succes med at belyse denne igennem hovedanalysen. Derudover er det vigtigt at samle op på projektets vigtigste aspekter samt de løse tråde, der kan være opstillet i både foranalysen og hovedanalysen. I konklusionen fremstilles projektets resultater på et afsluttende og generelt plan. Der konkluderes på projektet i sin helhed.

5.8. Perspektivering

I perspektiveringen er der mulighed for at "tænke ud af boksen" og evt. se muligheder med projektet. Her er der mulighed for at opstille scenarier, der vil optimere det fremtidige arbejde med OPP-projekter.

6. OPP-KONTRAKTER

Dette kapitel har til formål at belyse generelle elementer i OPP-kontrakter.

6.1. Udfordringer ved OPP-kontrakter

I et OPP-projekt kan der opstå mange uenigheder og spørgsmål vedrørende de mange elementer, der skal tages højde for gennem hele projektforsløbet. Det kræver mange aftaler og en gennemførlig kontrakt med klare rollefordelinger og tydelige grænser for, hvad der er acceptabelt i processen, og hvad der ikke er. Tages der eksempelvis brug af underleverandører eller udliciteringer, kræver det udarbejdelse af flere kontrakter af OPP-selskabet til hver af de involverede parter, man ønsker at forhandle med. De almindelige kontrakter bør dog ikke være noget, den private eller offentlige part vil få de største besværligheder med. Hovedkontrakten derimod er en kompliceret størrelse for både den private part og den offentlige part. Udover selve kontraktens generelle indhold om projektets opførsels- og driftselementer, skal hensynet til menneskets, naturens og samfundets sundhed ydermere medtages gennem bæredygtige modeller og miljøbeskyttende alternativer for at holde projektet indenfor de af EU fremstillet retningslinjer i udbudsdirektiverne.²⁹

Varigheden af en OPP aftale alene kan give anledning til at udarbejde en mere detaljeret kontrakt, som over hele samarbejdsperioden viser hvilken retning arbejdet skal føres hen i mod. De forskellige faser i projektet skal også klargøres gennem kontrakterne for at forhindre tvister mellem begge parter og samtidig skabe fælles forståelse og mål omkring forløbet. En detaljeret kontrakt kan i OPP sammenhænge medføre en stramhed, der på den ene side gør processen mere forudsigelig og klar, men kan også påvirke fleksibiliteten mellem parterne. Med flere detaljer og klarhed er fordelene, at parterne også kan sikre sig gennemsigtighed. Den hårfine balancegang må defineres og klarlægges i begyndelsen af kontraktfasen for at undgå en lang og ubehagelig partnerskab.

²⁹ 2004/18/EF, betragtning 5

Selve forhandlingerne kan af de årsager beskrevet ovenfor blive meget kompliceret, tidskrævende og belastende, men nødvendig før projektet kan igangsættes. Et af formålene med OPP-modellen er gennem disse svære processer at skabe løsninger, der giver brugerne et bedre projekt med højere kvalitet og udført mere effektivt. Det skal begge parter i kontrakten henvises til at bevæge sig mod.³⁰

6.2. OPP-kontrakter i Danmark

I Danmark har der ikke altid været tradition for at udarbejde store kontrakter, da man oftest henviser til standardaftalevilkår som f.eks. AB92, ABService eller ABR 89, afhængigt af, hvad projektet vedrører.

Set i lyset af at OPP-modellen har haft stor udbredelse i England med masser af erfaring, besluttede Erhvervs- og Byggestyrelsen sig for at udarbejde en Basiskontrakt til OPP'er i Danmark på baggrund af de engelske og udenlandske erfaringer generelt. Kontrakten blev anvendt som inspirationskilde i Danmarks første OPP projekt i Trehøje Kommune, hvor en ny skole blev opført og bliver drevet af en privat part gennem OPP-modellen. Det var også Basiskontrakten, der blev brugt til forberedelserne til udbud af Rigsarkivet.³¹ I 2012 blev der i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejdet tre forskellige standardkontrakter for byggeri og anlæg med tilhørende vejledning for både nye anlæg og til renovering.³² De tre standardkontrakter omhandler:

1. OPP med privat finansiering med mulighed for offentlig overtagelse
2. OPP med privat finansiering med mulighed for privat overtagelse
3. OPP med offentlig finansiering

Standardkontrakterne er blevet til for at gøre det nemmere for evt. interesserede i OPP-modellen. Mens Basiskontrakten vægtede byggefasen mere end de andre elementer i et OPP-projekt,³³ er der i standardkontrakterne fra 2012 udarbejdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST fremover) taget hensyn til flere aspekter og behandlet f.eks. driftsfasen, betaling og samarbejdet i lige så høj

³⁰ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, s. 208

³¹ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, s. 209

³² <http://www.kfst.dk/opp>

³³ Bukh & Korsager: *"Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab"*, 2006, s. 209

grad som selve byggefasen. Det har dog altid været hensigten at bruge Basiskontrakten som inspiration, hvor tilretninger og ændringer har været nødvendigt for hvert enkelt projekt.

Tanken bag partnerskabet er at få mere ud af projektet ved at integrere alle parter i en tidlig fase, således at ideer og tanker omkring eksempelvis driften allerede inkorporeres i kontrakten. Det giver mulighed for at inddrage elementer, som parterne ellers måske ikke vil overveje, havde der været tale om en ikke-OPP-model. Andre værdier end økonomiske incitamenter, kalkulationer og lignende kan indlemmes for at få alternative succeskriterier, der eksempelvis kan måles gennem slutbrugerne. Workshops, dialoger og konfliktreducering som parametre i kontrakten påvirker parternes fælles målsætning positivt.³⁴ Pris, tid og kvalitet er overordnede kriterier, der fastsættes i kontrakten i fællesskab med alle involverede parter. Disse bør ikke bruges som punkter af den ene part mod den kontraherende part, men som fælles mål for at undgå tvister og konflikter, hvorfor de bløde værdier og parametre kan være gode værktøjer til at styre projektets gang gennem sammenhold og gensidig respekt. De bløde værdier kan også løsne forholdet i kontrakten, hvis det synes at være for håndfast i forhold til fleksibilitet og innovation.

6.3. EU-direktiver

Europaparlamentet og Rådets direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter regulerer offentlige indkøb, som omfatter statslige og lokale myndigheder, samt instanser der er kontrolleret af det offentlige.³⁵ Direktivet gælder for alle EU's medlemslande. Formålet er at sikre, at alle EU-rettens principper bliver overholdt ved indkøb af varer, tjenester samt bygge- og anlægskontrakter tiltænkt til gennemførelse gennem udbudskonkurrencer foretaget af offentlige myndigheder.

Det er særligt principperne om:

- Varernes og tjenesters frie bevægelighed, omfattet af TEUF's artikel 34
- Ligebehandling, omfattet af TEUF's artikel 18

³⁴ Tvarnø: *"Partnering. En aftaleretlig udfordring"*, 2002, s. 78

³⁵ 2004/18/EF

- Princippet om gensidig anerkendelse, udsprunget fra Cassis de Dijon-dommen³⁶ med rod fra EF's artikel 28 (i dag TEUF artikel 34)
- Proportionalitetsprincippet, omfattet af TEU's artikel 5
- Gennemsigtighed som understøttelse til ligebehandlingsprincippet, som det fremgik af dommen om de vallonske busser³⁷

Offentlige kontrakter i Danmark skal tage udgangspunkt i udbudsdirektiverne og er dermed forpligtet til at overholde bestemmelserne udformet heraf.

6.4. De grundlæggende EU-retlige principper

Principperne om fri bevægelighed for varer og tjenester, ligebehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og sidst, men ikke mindst gennemsigtighed er af stor betydning i EU's udbudsdirektiv og vægtes derfor særligt højt. For at danne et overblik over, hvad de forskellige principper betyder for kontrakter generelt, gennemgås de kort hver for sig.

6.4.1. LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET

Første grundlæggende princip er ligebehandlingsprincippet, udledt af TEUF's artikel 18, stk. 1, der helt centralt forbyder forskelsbehandling grundet nationalitet:

"Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet forbudt. "

I udbudsdirektivet præciseres det yderligere, at der højst må ligge to tildelingskriterier til grund for valg af kontrahent, *"den laveste pris"* og *"det økonomisk mest fordelagtige tilbud."*³⁸ Tilbuddene skal tildeles objektivt for forbedret konkurrencevilkår sammenholdt med optimal gennemsigtighed.

Princippet om ligebehandling gælder ved alle tænkelig situationer i et offentligt udbud, hvor den offentlige myndigheder foretager sig noget med tilbudsgivere. Er der således en ændring i forhold

³⁶ C-120/78

³⁷ C-87/94

³⁸ 2004/18/EF, betragtning 46

til udbudsmaterialet, skal ændringerne tilføjes på en sådan måde, at alle interesserede har lige adgang til disse.

Mulighed for ændring af kontraktens indhold senere i forløbet efter behov er begrænset. Ved vedtagelsen af Bygge- og Anlægsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet udtalte Ministerrådet og Kommissionen:

*"Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser. Der må kun finde drøftelser sted med ansøgere og bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling"*³⁹

I forhold til OPP-kontrakter kan de offentlige myndigheder lægge vægt på den sidste del af erklæringen om muligheden for drøftelser angående præcisering eller supplerung af indholdet af det pågældende bud. Det er navnlig vigtigt for behovet og nødvendigheden for løbende at kunne ændre visse elementer i OPP-projekter for at få et optimalt projektresultat. Udtalelser er dog ifølge TEUF's artikel 288 om forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser ikke bindende.

For ikke at støde på disse problemer, bør den offentlige myndighed anvende konkurrencepræget dialog ved større, komplekse udbud med tilhørende social klausul.

Det udbudsretlige ligebehandlingsprincip blev første gang påberåbt og anvendt i Store-bælt-sagen, hvor den offentlige myndighed ville prøve at forhandle om en betingelse, der skulle forsøge i størst mulig omfang at anvende danske materialer, dansk arbejdskraft og materiel, hvilket var i strid med fællesskabsretten.⁴⁰

Med henblik på sociale klausuler i OPP vil det påvirke adgangen til udbuddet for samtlige tilbudsgivere. De sociale klausuler må ikke forårsage tilstande, hvor visse tilbudsgivere ikke vil være i stand til at deltage i udbudsprocessen, hvis de ellers opfylder alle andre lovlige kriterier.

³⁹ EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994

⁴⁰ C-243/89

6.4.2. GENSIDIG ANERKENDELSE

Til at belyse princippet om gensidig anerkendelse bruges Cassis de Dijon-sagen⁴¹. Sagen omhandler den tyske virksomhed, Rewe-Zentral AG, som ønskede at importere den franske frugtlikør fra producenten Cassis de Dijon.

Problemet med importen var imidlertid, at det efter tysk lovgivning ikke var tilladt at sælge likør med en alkoholprocent på under 25 %. Da likøren lovligt kunne sælges i EF-medlemslandet Frankrig, men ikke i EF-medlemslandet Tyskland, var det i strid med EF's artikel 28 (TEUF artikel 34) i en såkaldt "foranstaltning med tilsvarende virkning" (FTV). FTV i TEUF's artikel 34 kan dermed også bruges på tilsvarende indføørsrestriktioner, hvilket betyder, at varer fremstillet i en medlemsstat også skal kunne sælges i en anden. Princippet om gensidig anerkendelse er født.⁴²

Ved offentlige udbud af OPP-projekter kan der derfor ikke opstilles kriterier eller andre foranstaltninger, der kan forhindre samhandlen mellem medlemslandene. Dermed skal sociale klausuler implementeres med forsigtighed, således andre medlemslande ikke ekskluderes som følge af alt for restriktive kriterier.

6.4.3. PROPORTIONALITETSPRINCIPPET

Cassis de Dijon-sagen banede vejen for gensidig anerkendelse, men gav også indsigt i proportionalitetsprincippet. I sagen mente Retten ikke, at de almene hensyn var stærke nok til at forbyde likør med en alkohol procent på under 25 %. Dermed ikke sagt, at de ikke var enige med den tyske stat, men de mente ikke, at den tyske stat havde overholdt proportionalitetshensynet. Retten mente nemlig, at den tyske stat havde mulighed for mindre indgribende midler som for eksempel at kræve en klar mærkning på flaskerne.⁴³ Proportionalitetsprincippet skal altså sikre, at de foranstaltninger, der anvendes af den offentlige myndigheds, er egnede til at opnå det ønskede

⁴¹ C-120/78

⁴² C-120/78 dommens præmis 14, 4. led lød: *"der foreligger således ikke nogen gyldig grund til at forhindre, at alkoholholdige drikkevarer, der lovligt er fremstillet og bragt i omsætning i en medlemsstat, indføres til de andre medlemsstater, og der kan ikke mod disse produkters afsætning gøres et lovforbud gældende, hvorefter det er ulovligt at sælge drikkevarer med et lavere alkoholindhold en foreskrevet i national ret."*

⁴³ C-120/78 dommens præmis 13 – Desuden fortolkede domstolen, i sag C-369/89, *Peeters* og C-85/94, *Peeters II*, artikel 14 i direktiv 79/112 om mærkning af fødevarer, således, at der ikke behøves mærker på andre sprog end varens oprindelige, så længe mærket fra det oprindelige producentland er forståeligt for forbrugerne.

mål. Er restriktionen for begrænsende i forhold til det ønskede mål, må den offentlige myndighed forsøge sig med mindre restriktive foranstaltninger, der har en mindre negativ effekt på samhandlen mellem EU-medlemslandene. Den offentlige myndighed gavner også af proportionalitetsprincippet, idet der ikke kan kræves mere end det, der findes tilstrækkeligt til at gennemføre et offentligt udbud, som tilmed dækker de krav, der måtte være til processen.

I forhold til sociale klausuler, gælder proportionalitetsprincippet i henhold til de begrænsninger, princippet påfører den offentlige myndighed. Det skal bl.a. sikre, at tilbudsgivere ikke står over for urimelige høje krav, som kan påvirke OPP-projektet negativt.

6.4.4. GENNEMSIGTIGHED

Princippet om gennemsigtighed blev første gang defineret og anvendt for at understøtte ligebehandlingsprincippet gennem dommen om de vallonske busser.⁴⁴ Sagens kerne omhandlede et transportselskab, der under et offentligt udbud havde taget hensyn til én tilbudsgiver i forhold til ændringer efter fristen for afgivelse af tilbud. Hensynet til ligebehandlingsprincippet blev tilsidesat, idet de andre tilbudsgivere ikke havde samme mulighed for at præsentere deres version af ændringer, der kunne forbedre et eventuelt tilbud. Princippet om gennemsigtighed blev dermed også tilsidesat, eftersom andre tilbudsgivere ikke har haft samme vilkår.⁴⁵ Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed gælder også selv i tilfælde af kontrakter, der falder uden for direktivets område.⁴⁶ Gennemsigtighedsprincippet skal sammen med ligebehandlingsprincippet være med til at give alle tilbudsgivere samme adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende kontrakten inden tildeling af denne, som det netop er belyst af dommen om de vallonske busser.⁴⁷

For en optimal og troværdig OPP-kontrakt er det yderst vigtigt, at alt er åbent og gennemsigtigt. Udbudsbekendtgørelsen og andre nødvendige dokumenter og materialer om eventuelle sociale klausuler skal være frit tilgængelige for alle eventuelle tilbudsgivere. Den offentlige myndighed skal

⁴⁴ C-87/94

⁴⁵ C-87/94 dommens præmisser 56 & 91

⁴⁶ C-324/98 dommens præmisser 60-62

⁴⁷ C-87/94 dommens præmis 55

selv aktivt deltage i processen ved at tilbyde alt, der vedrører det pågældende udbud, og ikke kun i tilfælde af, at de direkte bliver bedt om at udlevere oplysningerne.⁴⁸

6.4.5. HENSYNET TIL FRI BEVÆGELIGHED

Principperne om ligebehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed skal alle overholdes ved udarbejdelse af offentlige kontrakter. Foruden EU's udbudsdirektiver er TEUF's artikel 34, 45, 49 og 56 især vigtige at have for øje i offentlige kontrakter. Artikel 34 regulerer forbud mod handelshindringer mellem medlemsstater og sigter imod alle andre former for begrænsninger, som modstrider import og handel. Med handelshindringer menes, når et medlemsland direkte forhindrer en vare fra et andet medlemsland i at blive importeret, også omtalt som kvantitative indførelsesrestriktioner. Forhold, der kan virke potentielt restriktivt, falder ligeledes under artikel 34. Medlemslandene behøver ikke at bevise, at der er sket foranstaltninger, der har virket restriktive, men blot påvise at det kan påvirke samhandlen negativt.⁴⁹ TEUF's artikel 45, 49 og 56 berører forbud mod restriktioner, der kan påvirke den frie bevægelighed negativt samt retten til at blive behandlet lige, uanset hvilket medlemsland man befinder sig i. Artikel 45 sikrer arbejdstagerens frie bevægelighed i samtlige medlemslande for at søge beskæftigelse, mens artikel 49 giver selvstændige fra et medlemsland muligheden for at etablere sig i et andet medlemsland og drive deres respektive virke på lige vilkår som de indenlandske. Reglen gælder for enkeltpersoner såvel som større virksomheder, der ønsker at oprette afdelinger i et andet medlemsland, som artikel 49 henviser til artikel 54 for at præcisere:

*"Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne."*⁵⁰

Sidst, men ikke mindst gælder artikel 56 i forholdet vedrørende tjenesteydelser. Reglen giver virksomheder fra et medlemsland muligheden for at drive deres virke fra egen stat uden at være

⁴⁸ <http://www.kfst.dk/Tender/Fase-1/Hvad-indebaerer-traktatens-forpligtelse-til-gennemsigtighed?tc=DD2F0B82F6DD4FB39976E7630D865DB9>

⁴⁹ C-16/83 dommens præmis 20

⁵⁰ TEUF, artikel 54

bosat i den medlemsstat, som ydelsen foregår i. Restriktioner, der forhindrer fri udveksling af tjenesteydelser, er ikke lovlige.

Hensynet til fri bevægelighed er essentiel for OPP-kontrakten, da det samler alle de grundlæggende EU-retlige principper sammen. Det giver mulighed for alle interesserede i samtlige medlemslande at søge et udbud fremsat af en dansk offentlig myndighed på lige fod som interesserede fra Danmark. Hensynet til fri bevægelighed forhindrer således kontrakter i at inkludere foranstaltninger, der potentielt eller aktuelt frarøver rettighederne fra en eller flere bestemt(e) tilbudsgiver(e) grundet deres nationalitet eller andre kriterier, der ikke har noget at gøre med pris eller fordelagtighed.

6.5. In house & ex house

Udbudsdirektivets bestemmelser gælder for offentlige kontrakter, hvor tilbudsgiverne ingen tilknytning med de offentlige myndigheder har, hverken lokalt, regionalt eller nationalt. Vælger den offentlige myndighed at udføre en bestemt opgave internt (in house) uden hjælp fra eksterne (ex house) tilbudsgivere, behøves de udbudsretlige bestemmelser dermed ikke at følges.⁵¹

Teckal-sagen⁵² har hjulpet med at definere, hvad der kan anses som en "in house"-opgave. Sammenslutninger af kommuner, der ejer et selskab, som udfører opgaver for en ordregivende myndighed falder også under in house.⁵³ Teckal-sagen er særlig speciel, idet der ud af sagen opstod to betingelser, der i fremtiden blev brugt til at vurdere andre lignende problemstillinger. Betingelserne om kontrol og virksomhed lød således:

*"... såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af."*⁵⁴

⁵¹ C-26/03 dommens præmis 48

⁵² C-107/98

⁵³ C-107/98 dommens præmisser 5 & 44

⁵⁴ C-107/98 dommens præmis 50

I det nye udbudsdirektiv er Teckal-sagen kodificeret i form af artikel 12⁵⁵, hvor offentlige myndigheder eksempelvis kan undlade at benytte offentlige udbud, hvis de fordeler opgaven indbyrdes mellem andre offentlige instanser. Hvis de af artikel 12, stk. 3, litra a-c fremsatte bestemmelser overholdes og efterleves kumulativt, vil en konsortium af flere offentlige instanser dermed kunne udføre større projekter, hvis de er i stand til det og har kapaciteterne til det. Den offentlige myndighed vil også kunne benytte private parter, hvis de opfylder alle krav, som det fremgår af artikel 12, stk. 1, litra a-c.

Disse tiltag vil gøre det nemmere for offentlige myndigheder, der har været i tvivl angående mulighederne for at benytte sig af in-house modellen.

7. SOCIALE KLAUSULER I OPP

I OPP-kontrakter er der mulighed for at indsætte særlige sociale klausuler, der tillægger modparten at medtage særligt udsatte personer eller grupper til udførelsen af den offentlig myndigheds udbudte opgave, såfremt kriteriet er tilknyttet kontraktens genstand og opfylder de generelle principper omfattet af 2004/18/EF betragtning 2⁵⁶.⁵⁷ Det kan være alt fra at bruge bestemte materialer til at bruge et bestemt personale. En særlig klausul kan også være en social klausul.

Sociale klausuler giver den offentlige part mulighed for at skabe jobmuligheder for andre end de to hovedparter, der er direkte involveret i et OPP-projekt; den offentlige part og den private part. Klausulen kan indeholde bestemmelser til at sikre et bestemt antal praktikpladser for unge eller bestemmelser til andre særligt udsatte personer, der har sværere ved at finde et job.⁵⁸

⁵⁵ 2014/24/EU, artikel 12

⁵⁶ Se afsnittet om *"De grundlæggende EU-retlige principper"*

⁵⁷ 2004/18/EF betragtning 1 & 46

⁵⁸ Se eksempler på Naundrup Olesen: *"Offentlig opgave på kontrakt"*, 2011, s. 141.

7.1. Sociale klausuler i traditionelle udbud

Formålet med dette afsnit er at eksemplificere sociale klausuler i traditionelle udbud gennem cases.

7.1.1. KØBENHAVNS KOMMUNE & ZÜBLIN

Den offentlige part, som bestiller, kan kræve, at den private part accepterer sociale klausuler i kontrakten for at påbegynde et OPP-projekt. For den offentlige part kan det være en fordel at indføre sociale klausuler for på den måde at løfte opgaven som social ansvarlig og give jobmuligheder til særligt trængende, der ellers har sværere ved at få et job.⁵⁹ Kan den private part få noget ud af at acceptere sociale klausuler? Et relevant spørgsmål, der vedrører kendetegnet på de private virksomheder; effektiviteten. Københavns Kommune har til opførelsen af Nordhavnsvejen frem mod 2017 stillet krav til entreprenøren om 27 lærlingeårsværk. Teknik- og Miljøborgmester Morten Kabell er overbevist om, at det har en effekt, som han udtaler til licitationen.dk.⁶⁰

"... de sociale klausuler har effekt i København. "

Yderligere udtaler Morten Kabell:

"Det er skønt at se, at det hjælper at stille krav til de virksomheder, som har lyst til at udføre vores projekter. Det siger sig selv, at vi med et kommunalt projekt til flere milliarder selvfølgelig også skal sørge for at tage et ansvar for, at der er uddannelsespladser til fremtidens arbejdsstyrke. Med denne model har vi vist vejen for fremtidens kommunale projekter. "

I København Kommunes tilfælde er der ikke tale om et OPP-projekt, men ideen er den samme; at den offentlige part ved udbuddet indsætter et krav om en social klausul, der gavner parterne på flere måder, bl.a. et centralt og vigtigt element, der er med til at definere OPP-modellen, nemlig innovation:

⁵⁹ Naundrup Olesen: *"Offentlig opgave på kontrakt"*, 2011, s. 143

⁶⁰ http://www.licitationen.dk/article/view/205447/klausuler_er_en_vej_til_flere_laerepladser#.VdsIJPbtIBc

"Tilknytning og fastholdelse af lærlinge har været en spændende og innovativ proces. Sociale klausuler er kommet for at blive, så det er glædeligt at vi på Nordhavnsvejprojektet kan profilere os med at være i front på dette område samt være med at til fastholde og udvikle kommende generationer af unge mennesker inden for byggefagene. "

Entreprenørfirmaet Züblin A/S med Søren Riber Carlsen som projektchef for Nordhavnsvejen er enig med Københavns Kommune og understreger også i ovenstående udtalelse punkter som innovation og socialt ansvar, der ligeledes er essentielle i OPP-modellen. Når en privat part gerne vil være en del af et OPP-projekt sammen med en offentlig part, må flere aspekter udover kun den mulige økonomiske gevinst lægges til grund for deltagelsen. Den private part bliver automatisk, bevidst eller ubevidst, en del af noget samfundsgavnligt. Den private part vil blive anset som socialt ansvarlig allerede i det øjeblik, den accepterer udbuddet og bliver valgt. Derfor kan det kun være gavnligt for private virksomheder, der overvejer OPP-projekter, at profilere sig yderligere ved at tage sociale klausuler med i kontrakterne.

7.1.2. HOLSTEBRO KOMMUNE & FORENEDE SERVICE

I Holstebro Kommune har både Kommune og virksomheden Forenede Service høstet godt af ansættelser gennem sociale klausuler over en årrække. Vicedirektør for Midt- og Nordjylland afdelingerne hos Forenede Service, Ejnar Olsen, udtaler den 3. maj 2012 om sociale klausuler⁶¹:

"Vi bruger en del ressourcer på at samarbejde med jobcentret om at rekruttere de nye medarbejdere. Men vi får klart også noget ud af det. Samtidig er der stigende fokus på at være en rummelig virksomhed, og det er vi selvfølgelig også bevidste om i vores markedsføring. "

Han fortsætter:

"Det kan da være en vanskelig opgave at integrere personer, der længe har været uden for arbejdsmarkedet. Og i en tid med høj ledighed kunne vi helt sikkert få arbejdskraft

⁶¹ CABI: "Sociale klausuler i Holstebro", 2012 - <http://www.cabiweb.dk/media/1651/social-klausul-holstebro-29-6-12.pdf>

på andre måder. Men nu samarbejder vi med jobcentret, og det er med til at skærpe vores rummelighed. Og så viser det sig jo også, at vi rent faktisk kan integrere nogle af dem. Især på vores store arbejdssteder, hvor der er et socialt miljø, og nogle til at støtte dem. ”

Trods eventuelt bedre muligheder for arbejdskraft uden brug af sociale klausuler ansatte Forenede Service 10 ud af 40 ledige som fastansatte gennem praktikforløb i forbindelse med sociale klausuler i løbet af året, inden artiklen blev skrevet. Forenede Service kan i samarbejde med kommunen løfte en opgave, de ikke vil kunne stå for selv uden hjælp fra kommunen, ligesom kommunen uden Forenede Service skal igennem flere besværligheder for at løse opgaven. Profileringen er til fordel for begge parter, mens en samfundsopgave løses til glæde for tiltrængte.

7.2. Introduktion til sociale klausuler i OPP

Uanset om man vælger studerende som særlige personer omfattet af social klausulens særlige bestemmelser i kontrakten eller andre udsatte personer, skal der tages forbehold for EU-retten, der kræver, at målgrupperne afgrænses objektivt. Det betyder, at et OPP-projekt, der finder sted i Danmark ikke må have klausuler, der forudsætter særlige danske ordninger, da det dermed udelukker tilsvarende personer i samme målgruppe i andre medlemslande.⁶² Et eksempel på en særlig ordning kunne være fleksjob, der ikke er tilgængeligt i alle medlemslande som en del af deres respektive sociallovgivning. Kriterierne i en social klausul skal derfor være fuldkommen objektive.

En gennemgang af EU's Udbudsdirektiv kapitel IV om Særlige regler vedrørende udbudsbetingelserne og udbudsmaterialet⁶³ er desuden nødvendig i forhold til OPP-kontrakter for at analysere, hvordan bestemmelserne påvirker indsættelsen af sociale klausuler i en sådan kontrakt.

⁶² TEUF artikel 18, samt 2004/18/EF betragtning 2

⁶³ 2004/18/EF, kapitel IV

7.2.1. EU-KOMMISSIONEN OG SOCIALE KLAUSULER

I 2001 udgav EU-kommissionen en vejledning med formålet om at *"kortlægge de muligheder, der findes i eksisterende regler i fællesskabsretten, for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter"*⁶⁴, for at løse udfordringen at have sociale klausuler inkluderet i OPP-kontrakter. Ønsket om at få de forskellige parter til at åbne øjnene for sociale hensyn er til stede, men desværre er det ikke nemt at udføre ønsket i praksis.

Beentjes-dommen⁶⁵ åbnede op for muligheden om at anvende sociale klausuler i offentlige kontrakter, så længe de er nævnt i udbudsmaterialet, tilknyttet til kontraktens genstand og overholder EU's generelle principper.⁶⁶ Sagen anviser også til, at den offentlige myndighed kun må afvise tilbudsgivere på baggrund af de betingelser, de selv har fremlagt inklusiv kravene om teknisk formåen. Særlig erfaring omkring et bestemt felt, nødvendigt for opgavens udførelse, fremført af den offentlige myndighed som kriterium, er ifølge Beentjes-dommen også tilladt og ikke i strid med EU's Udbudsdirektiver eller principper om diskrimination. Klausulerne må desuden kun omfatte opgaver, den private part skal udføre for at opfylde kontrakten, tilknyttet til kontraktens genstand som nævnt længere oppe. Betingelser, der ikke direkte vedrører opgaver, som den private part skal udføre for at opfylde kontrakten, kan ikke være en del af kontrakten, medmindre det står som en anden særskilt klausul med respekt for de af EU fremsatte generelle principper.⁶⁷ Udbudsdirektivets præambel⁶⁸ beskriver også muligheden for sociale klausuler i offentlige kontrakter som i selve udbudsdirektivet lyder:

*"De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn."*⁶⁹

⁶⁴ Kom (2001) 566 endelig

⁶⁵ C-31/87

⁶⁶ C-31/87 dommens præmisser 29 & 37

⁶⁷ Kom (2001) 566 – C-333/32-33

⁶⁸ Præambel til 2004/18/EF, pkt. 33

⁶⁹ 2004/18/EF artikel 26

Yderligere skal der i klausulen beskrives, hvor mange der maksimalt skal ansættes i forbindelse med ydelsen. Det er ikke muligt for den offentlige myndighed at undlade en øvre grænse. Der gælder således et proportionalitetskrav for den offentlige myndighed.⁷⁰

7.2.2. TEKNISKE SPECIFIKATIONER

Når den offentlige myndighed indsætter en social klausul i en offentlig kontrakt, skal det forsøges omdannet til målbare specifikationer fremsat i udbudsmaterialet, således at tilbudsgivere har en mulighed for at undersøge deres adgange for at indfri de forventninger, som klausulen måtte kræve.⁷¹ Artikel 23, stk. 3, litra a, forklarer, hvad der måles i forhold til, nemlig internationale standarder, eller hvis de mangler, nationale standarder. Det er bl.a. formålet med tekniske specifikationer at finde frem til de bedste løsninger og ikke nødvendigvis genbrug af allerede anvendte standarder.⁷²

Med hensyn til det nye udbudsdirektiv af 2014/24/EU er der foretaget ændringer og tilføjelser efter bl.a. dommen af C-368/10⁷³, hvilket har medført klarhed omkring tekniske specifikationer relateret til produktionsprocessen. Det betyder, at tekniske specifikationer, forudsat de er knyttet til kontraktens genstand og står i forhold til dens værdi og mål, kan bruges i alle faser af produktets livscyklus.⁷⁴ Helt konkret kan sociale klausuler, hvis de tilknyttes kontrakten som teknisk specifikation, med de nye udbudsdirektiver anvendes i flere af opgavens dele.

Hvad angår sociale hensyn, tillægger Sue Arrowsmith det en større betydning for den videre fortolkning, at der under bilag 7 i 2004/18/EF nævnes miljø og sociale hensyn som eksempler på krav i forbindelse med tekniske specifikationer,⁷⁵ med henvisning til at det er et positivt aspekt, at der i direktivet er taget højde for disse elementer. Hvorvidt der er taget hånd om Arrowsmiths tanker i det nye udbudsdirektiv må vise sig gennem retspraksis, da artikel 42⁷⁶ omfatter miljøhensyn, men ikke nævner noget omkring sociale hensyn. Det har dog gennem tidligere

⁷⁰ Naundrup Olesen: *"Offentlig opgave på kontrakt"*, 2011, s. 144

⁷¹ 2004/18/EF artikel 23, stk. 2

⁷² Steinicke & Groesmeyer: *"EU's Udbudsdirektiver"*, 2008, s. 702

⁷³ Hollandsk sag om "fair trade" vedrørende kaffemaskiner.

⁷⁴ 2014/24/EU, artikel 42, stk. 1

⁷⁵ Arrowsmith & Kunzlik: *"Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions"*, 2009, s. 202

⁷⁶ 2014/24/EU, artikel 42

retspraksis⁷⁷ været muligt at inkludere sociale hensyn i tildelingskriterier, så længe de har været tilknyttet kontraktens genstand. Med EU-kommissionens tilskyndelse til at bruge innovative løsninger til at løse kontrakterne og samtidig tage hånd om miljø og sociale hensyn, som det også understøttes i artikel 43, "*... sociale eller andre egenskaber, kan de i de tekniske specifikationer, tildelingskriterierne eller vilkårene for kontraktens udførelse kræve et bestemt mærke som bevis...*"⁷⁸, er det en mulighed at inkludere sociale hensyn også som teknisk specifikation.

Tekniske specifikationer kan medføre en nemmere tildelingsproces for den offentlige myndighed, i og med at specifikationerne kan definere, hvorvidt et tilbud er egnet til formålet. De målbare specifikationer er også grundlag for den offentlige myndigheds begrundelse for eventuelle afslag af tilbud. Begrundelser, der ikke bunder i de af den offentlige myndigheds fremsatte specifikationer, vil anses for ugyldige. Vurderingen af tilbudsgiveres evne til at levere og udføre opgaven afhænger altså af det, som den offentlige myndighed selv fremfører.⁷⁹

De grundlæggende principper om ligebehandling skal også overholdes for at undgå diskrimination af tilbudsgivere fra andre medlemslande og deres mulighed for at afgive tilbud.⁸⁰ Specifikationerne må altså ikke agere som hindring for visse tilbudsgivere. Princippet om gennemsigtighed er også gældende for tekniske specifikationer samt foranstaltninger, der kan medføre forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre medlemslande.⁸¹

Dertil er det navnlig vigtigt for den offentlige myndighed at udforme kontrakten på en måde, så den sociale klausul er knyttet til de opgaver, der kræves for udførelsen. Betingelser, der ikke har en relation til ydelsen eller tjenesten, kan ikke anvendes i offentlige kontrakter.⁸²

En anden mulighed, der også er forenelig med EU-direktivet og indført som et værktøj for at tillade mere innovation⁸³, er funktionsdygtighed (udførselsrelaterede krav i 2014/24/EU) eller funktionelle krav, som det fremgår af EU-kommissionens vejledning om sociale hensyn.⁸⁴ Denne form for

⁷⁷ C-31/87 & C-225/98

⁷⁸ 2014/24/EU, artikel 43, stk. 1

⁷⁹ C-31/87 dommens præmis 37

⁸⁰ 2004/18/EF artikel 23, stk. 2

⁸¹ 2004/18/EF artiklerne 23, stk. 1 & stk. 3

⁸² Kom (2001) 566 – C-333/32

⁸³ Steinicke & Groesmeyer: "*EU's Udbudsdirektiver*", 2008, s. 702

⁸⁴ EU-Kommissionen: "*Sociale hensyn ved indkøb - En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb*", 2011, s. 30

specifikation giver større muligheder for innovative løsninger, som yderligere er anbefalet i det nye udbudsdirektiv af 2014/24/EU, hvor det i betragtning 74 direkte bliver anbefalet:

”Funktionelle og udførelsesrelaterede krav er også passende metoder til at fremme innovation i forbindelse med offentlige udbud og bør anvendes i videst muligt omfang.”

I den sammenhæng ser Lichère, Caranta & Treumer dog kritisk på de offentlige myndigheder, som efter deres mening er for optagede af standarder af den simple grund, at de eksisterer, hvilket i øvrigt i sidste ende går ud over den bedste løsning.⁸⁵ Det er i og for sig en berettiget kritik, især med de nye bestemmelser⁸⁶, som fremstår som åbne for innovationer og nytænkning, der kan skubbe udviklingen fremad.

For at kunne benytte en teknisk specifikation skal der være detaljer nok til, at tilbudsgivere forstår formålet og kan handle ud fra det samtidig med at omgå eventuelle uenigheder med udbudsdirektiverne.⁸⁷ Metoden giver et stort spillerum for tilbudsgivere, idet de har frie hænder til at udvikle teknikker og evner til at opfylde de krav fremsat af den offentlige myndighed om funktionelle krav eller funktionsdygtighed, hvis de kan gå mod den af Lichère, Caranta & Treumer kritik om konservatisme⁸⁸. Vælger den offentlige myndighed at benytte sig af funktionelle krav eller funktionsdygtighed, synes der ifølge Sue Arrowsmith ikke være noget til at begrænse medlemsstaternes skøn til at angive, hvilke sociale eller miljømæssige krav kan indgå i en sådan teknisk specifikation.⁸⁹ Skulle det forholde sig som Sue Arrowsmith fremlægger det, er der for de offentlige myndigheder bedre incitamenter til at prøve sig frem med nytænkende strategier gennem funktionskrav eller funktionsdygtighed for at trumfe sociale klausuler igennem. I det nye udbudsdirektiv⁹⁰ er sociale og miljømæssige hensyn flyttet til en særskilt artikel⁹¹ med titlen ”Mærker”.

Hvis tilbudsgiverne ”på en passende” måde kan bevise, at deres løsninger kan opfylde kriterierne om de tekniske specifikationer præsenteret gennem funktionskrav og funktionsdygtighed, kan den

⁸⁵ Lichère, Caranta & Treumer: *”Modernising Public Procurement: The New Directive”*, 2014, v/Luke Butler, s. 369

⁸⁶ 2014/24/EU

⁸⁷ 2004/18/EF, artikel 23, stk. 3, litra b

⁸⁸ Ovenfor

⁸⁹ Arrowsmith & Kunzlik: *”Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions”*, 2009, s. 203

⁹⁰ 2014/24/EU

⁹¹ 2014/24/EU, artikel 43

offentlige myndighed ikke afvise tilbuddet. Det gælder både varer og tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejde.⁹² Teknisk dokumentation fra producenten eller afprøvningsrapport fra et anerkendt organ definerer *"en passende måde"*.⁹³

Den offentlige myndighed kan med kravet om særlige betingelser dog ikke få ubegrænset frit valg mellem tilbudsgivere. Kriteriet skal fremstilles på en måde, som den offentlige myndighed selv ikke kan komme udenom, når de skal bedømme tilbudsgiveres forslag.⁹⁴

7.2.2.1. *Alternative tilbud*⁹⁵

Giver den offentlige myndighed mulighed for alternative tilbud, kan tilbudsgivere, hvis de opfylder kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud, præsentere et modsvar i form af et alternativt tilbud.⁹⁶

Der er imidlertid to former for alternative tilbud, tvungen alternativ tilbud og fakultative alternative tilbud, som beskrives således i forslaget til afgørelsen om sagen med de vallonske busser:

*" Forskellen mellem tvungne alternative bud og fakultative alternative bud 29 ser for mig ud til at være, at tilbudsgiveren skal afgive tvungne alternative bud for overhovedet at opfylde kravene i udbudsmaterialet, hvorimod han har fuld frihed til at udarbejde de fakultative alternative bud, der er angivet, og at han i hvert fald ikke bliver udelukket, såfremt han undlader dette."*⁹⁷

Alternative tilbud kan eksempelvis opstå som følge af, at den offentlige myndighed anvender funktionskrav og funktionsdygtighed som tekniske specifikationer.⁹⁸ Resultatet kan være innovative løsninger, der på længere sigt kan gavne den pågældende opgave. Udbudsdirektiverne giver med muligheden for alternative tilbud den offentlige myndighed alternativer til at få bedre forslag fra diverse tilbudsgivere, hvor den offentlige myndighed ikke selv har kapaciteten eller kompetencerne

⁹² 2004/18/EF, artikler 23, stk. 4-5

⁹³ 2004/18/EF, artikler 23, stk. 4-5

⁹⁴ C-513/99, dommens præmis 66

⁹⁵ I det nye udbudsdirektiv af 2014/24/EU, artikel 45 om alternative tilbud synes der ikke at være væsentlige ændringer, der kan have en betydning for sociale klausuler

⁹⁶ 2004/18/EF, artikel 24, stk. 1-2

⁹⁷ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Carl Otto Lenz fremsat den 12. september 1995, pkt. 89 – om sagen C-87/94

⁹⁸ Steinicke & Groesmeyer: *"EU's Udbudsdirektiver"*, 2008, s. 741

til at udarbejde en løsning.⁹⁹ I den sammenhæng gælder også et mindstekrav til det alternative tilbud samt specifikke krav til udformning, som den offentlige myndighed opstiller, og som skal være opfyldt. Alternative tilbud behandles på samme vilkår af den offentlige myndighed som alle andre tilbud afgivet af tilbudsgivere.¹⁰⁰

7.2.3. OFFENTLIGGØRELSE AF SOCIALE KLAUSULER

Inden en eventuel tilbudsgiver accepterer en opgave tildelt af en offentlig myndighed ved et offentligt udbud, skal tilbudsgiveren have kendskab til den særlige bestemmelse,¹⁰¹ som sociale klausuler hører ind under. Er der tale om begrænset udbud, kan potentielle tilbudsgivere reagere på den offentlige myndigheds offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med den sociale klausul som en af udbudsbetingelserne. Herefter kan den offentlige myndighed vælge de bedst egnede gennem objektive kriterier i overensstemmelse med EU-direktivets generelle principper¹⁰² til at afgive bud i en såkaldt prækvalificeringsfase.¹⁰³ Uanset hvilke af de to udbudsformer, der er tale om, skal den offentlige myndighed sørge for at elementet om sociale klausuler er synlig i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.¹⁰⁴

7.2.4. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG

Til OPP-projekter synes konkurrencepræget dialog at passe meget godt. Udbudsdirektivets artikel 29 beskriver konkurrencepræget dialog således:

*"I tilfælde af særligt komplekse kontrakter kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder, i den udstrækning de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog i overensstemmelse med denne artikel. "*¹⁰⁵

⁹⁹ 2004/18/EF, artikel 24, stk. 3

¹⁰⁰ Steinicke & Groesmeier: "EU's Udbudsdirektiver", 2008, s. 742

¹⁰¹ 2004/18/EF, artikel 26

¹⁰² 2004/18/EF, betragtning 2 om ligebehandling, proportionalitet, gensidig anerkendelse og gennemsigtighed.

¹⁰³ I 2014/24/EU er tidsfristerne for offentligt og begrænset udbud nedsat jf. i 2014/24/EU's artikler 27 og 28 og kan nu i offentlige udbud nedsættes yderligere, hvor der er et "godtgjort akut behov", som dog ikke er yderligere defineret. Derudover kan den offentlige myndighed med 2014/24/EU, artikel 56, stk. 2 springe udelukkelsesgrunde over og kigge efter det bedste tilbud.

¹⁰⁴ 2004/18/EF, artikel 26

¹⁰⁵ 2004/18/EF, artikel 29, stk. 1

Muligheden for at benytte sig af den konkurrenceprægede dialog gør, at de involverede parter har en større frihed til at udforme den optimale kontrakt. Det gælder for konkurrencepræget dialog, at tildelingen foregår efter det økonomisk mest fordelagtige bud.¹⁰⁶

Udbudsformen fremstilles af den offentlige myndighed gennem en udbudsbekendtgørelse, hvori kravene fremlægges, og interesserede tilbudsgivere opfordres til at fremlægge et forslag til et dialogmøde. Alle aspekter kan diskuteres under dialogen inklusiv tekniske, retlige og/eller økonomiske krav til opgaven.¹⁰⁷ I princippet vil en offentlig myndighed kunne beskrive et mål, og at de gerne vil gennemføre det socialt ansvarligt ved at inkludere sociale klausuler, som indbefatter en vis gruppe personer, hvorefter tilbudsgivere, efter at have bestået prækvalificeringsfasen¹⁰⁸ kan byde med deres forslag til ideer om den mest optimale løsning. Behov, krav, minimumskrav til tekniske og økonomiske kapacitet, kriterier til både indbydelse til dialog samt for tildeling af kontrakt skal alle være udtrykt i et beskrivende dokument.¹⁰⁹ Udbudsformen må dog kun bruges til særlige komplekse kontrakter, jf. artikel 29, stk. 1, hvilket synes at passe særligt godt til OPP-kontrakter, der oftest også beskrives som særligt komplekse grundet de mange elementer, der indgår i et sådant projekt.¹¹⁰ Artikel 1, stk. 11, litra c, definerer "særlig komplekse" kontrakter som, når den offentlige myndighed ikke er i stand til *"objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål, og/eller — ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt."* Ydermere blev "særlige komplekse" gennem Østre Landsrets dom fra den 13. maj 2013 mod Erhvervsstyrelsen (tidl. IT- og Telestyrelsen), Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og Forsvarsministeriet ¹¹¹ fortolket vha. elementer, der kan opstilles som tre hovedpunkter:

¹⁰⁶ 2004/18/EF, artikel 29, stk. 1

¹⁰⁷ 2004/18/EF, artikel 1, stk. 11, litra c

¹⁰⁸ 2004/18/EF, artikel 29, stk. 3

¹⁰⁹ 2004/18/EF, artikel 29

¹¹⁰ Se mere herom under afsnittet "OPP-kontrakter"

¹¹¹ Højesteret frikendte ligeledes Erhvervsstyrelsen (tidl. IT- og Telestyrelsen), Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og Forsvarsministeriet. Højesteret vurderede erstatningskravet på grundlag af Damms anbringender om, at staten favoriserede Motorola, som havde en konkurrencefordel, i og med denne i forvejen havde tilladelser, og staten dermed havde brudt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne - Højesterets dom afsagt onsdag den 11. februar 2015, sag 110/2013

1. *"Gennemførelse af SINE-projektet krævede, at det offentlige afholdt en meget betydelig udgift, der ved udbuddet blev skønnet til mellem 1,1 og 2,1 mia. kr. ekskl. moms*
2. *Det var første gang, at der skulle etableres et fælles, landsdækkende kommunikationsnet for alle dele af beredskabet, og der forelå derfor ikke tidligere erfaringer, der kunne trækkes på ved den nødvendige analyse af de tekniske og juridiske aspekter, som et sådant system måtte give anledning til*
3. *Forud for beslutningen om at udbyde projektet var der gået et flerårigt og grundigt forberedende arbejde, der ikke blot involverede flere centrale myndigheder, men også nødvendiggjorde antagelse af ekstern, sagkyndig konsulentbistand på den tekniske og den juridiske side.* ¹¹²

Sammenholdes dommen af Østre Landsret med EU-direktivets artikel 29 samt artikel 1, stk. 11, litra c, falder punkt 2 ind i sidstnævnte artikel om den offentlige myndigheds inkompetence til at præcisere de tekniske vilkår grundet manglende erfaring, som kræves for at udføre opgaven. Punkt 1 kan imidlertid også vurderes til at falde under artikel 1, stk. 11, litra c, om finansielle forhold. Den offentlige myndigheds skøn er i den pågældende sag meget bred med brug for yderligere præcisering, som en konkurrencepræget dialog kan assistere med. Sidst men ikke mindst må punkt 3 være omfattet af domstolens vurdering for at understrege, at den offentlige myndighed selv har forsøgt at komme frem til en optimal løsning gennem flere foranstaltninger uden at ramme præcis de målsætninger, der måtte være.

I forhold til de informationer tilegnet til udarbejdelsen af denne afhandling, har der ikke været sager angående OPP-kontrakter og konkurrencepræget dialog, hvilket må forstås som en succes for OPP-projekter.

¹¹² Østre Landsrets dom fra den 13. maj 2013 mod Erhvervsstyrelsen (tidl. IT- og Telestyrelsen), Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og Forsvarsministeriet, s. 379

Konkurrencepræget dialog er der taget meget hensyn til i det nye udbudsdirektiv¹¹³, hvor udbudsformen umiddelbart ser ud til at være nemmere at benytte. Helt konkret er flere kriterier for anvendelsen af udbudsformen tilføjet:

”i) den ordregivende myndigheds behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger

i) de omfatter design eller innovative løsninger

iii) hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling

iv) hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII”

Ordene ”særligt komplekse” findes ikke længere i det nye direktiv af 2014/24/EU, mens udbud med forhandling nu står i samme artikel som konkurrencepræget dialog. Bestemmelsen ser ud til at være mere ligetil i det nye udbudsdirektiv med formentlig nemmere adgang til afbenyttelse, hvilket vi enten kan få af- eller bekræftet gennem retspraksis i fremtiden. Spørgsmålet vil være, også stillet af Lichère, Caranta & Treumer¹¹⁴, hvorvidt konkurrencepræget dialog nu med konkurrence fra udbud med forhandling vil blive anvendt hyppigere med den umiddelbare nemmere adgang til udbudsformen. Eller vil parterne benytte sig af udbud med forhandling, hvis der fortsat hersker usikkerhed omkring brugen af konkurrencepræget dialog, som Lichère, Caranta & Treumer mener har været tilfældet. Muligheden for at udnytte to umiddelbart lettilgængelige udbudsformer i forhold til tidligere er bedre, end det har været tilfældet med de ældre udbudsdirektiver.

¹¹³ 2014/24/EU, artikel 26

¹¹⁴ Lichère, Caranta & Treumer: *”Modernising Public Procurement: The New Directive”*, 2014, v/Dr Albert Sanchez Graells, s. 144

7.2.5. VALG AF UDBUDSFORM

Ovenstående dom af Østre Landsret kan bruges som støtte til EU's udbudsdirektiver, når en vurdering om udbudsformer skal foretages. Sammenholdt med Beentjes-dommen ¹¹⁵, der vurderede særlig erfaring til ikke at være i strid med udbudsdirektiverne, kan den offentlige myndighed bruge sociale klausuler i en vid udstrækning gennem konkurrencepræget dialog, som tillader den offentlige myndighed i dialog med den private part, at præcisere og anvende klausuler med henblik på projektets kapacitet.

For offentlige myndigheder med interesse for OPP-kontrakter men uden særlig viden og erfaring til at gennemføre et OPP-projekt, giver konkurrencepræget dialog rum til at vurdere et eventuelt OPP-projekt med tilhørende social klausul optimistisk. Optimistisk, fordi kravene om særlige betingelser i kontrakten, hvor sociale klausuler hører under, er nemmere at bearbejde gennem konkurrencepræget dialog. Det skyldes parternes mulighed for at diskutere og vurdere den bedste løsning uden at den offentlige myndighed behøver at overskride udbudsdirektivets bestemmelser. Yderligere giver muligheden for at benytte konkurrencepræget dialog som udbudsform kontraktens indhold styrke og dermed bedre fremtidsudsigt for en smertefri kontraktudførelse.

Ved valg mellem det offentlige udbud, begrænset udbud og konkurrencepræget dialog vil den konkurrenceprægede dialog således være at foretrække, idet udbudsformen giver bedre mulighed for innovation og nytænkning i forhold til langsigtede løsninger. EU-kommissionens Grøn bog om OPP omtaler den konkurrenceprægede dialog som en "*særlig velegnet*" procedure for både den offentlige myndighed og tilbudsgivere.¹¹⁶

7.3. Tildelingskriterier

Allerede i første betragtning understreges det, at sociale hensyn kan benyttes som tildelingskriterier, forudsat kriteriet er "*knyttet til kontraktens genstand, ikke giver den ordregivende*

¹¹⁵ C-31/87

¹¹⁶ KOM (2004) 327, s. 11, pkt. 27

myndighed ubegrænset valgfrihed, udtrykkeligt er omtalt og opfylder de grundlæggende principper i betragtning 2. ¹¹⁷

Den offentlige myndighed har to muligheder for at vælge den bedste løsning; tilbuddet med laveste pris eller det mest økonomisk fordelagtige bud. I forhold til sociale klausuler vil den mest interessante være sidstnævnte valgmulighed om det mest økonomisk fordelagtige bud. Her kan der, jf. artikel 53, stk. 1, litra a, være andre kriterier forbundet til genstanden. Andre kriterier kan være de sociale klausuler, så længe de ikke er i strid med de grundlæggende principper¹¹⁸, og de kan tilknyttes kontraktens genstand. Er den offentlige myndighed i stand til at knytte kriteriet til opgaven, vil de også være berettiget til at vægte kriteriet sammen med og i forhold til de andre kriterier i kontrakten.¹¹⁹ Ved brug af det mest økonomisk fordelagtige bud kan den offentlige myndighed også benytte sig af reglen om alternative tilbud.¹²⁰ Det kræver dog, at den offentlige myndighed udtrykkeligt har givet tilladelse til alternative tilbud i udbudsbekendtgørelsen.

I tilfælde af at to tilsvarende tilbud fremstilles, hvoraf den ene har taget bedre hensyn til de af den offentlige myndighed i udbudsbekendtgørelsen fremstillede sociale klausuler, er der intet til hinder for den offentlige myndighed i at vælge tilbudsgiveren, der bedst har taget hånd om den sociale klausul.¹²¹ Yderligere må det antages, at sociale hensyn¹²² må have en vis betydning for udfaldet ved en vurdering fra EU-domstolen mod den tilladende side,¹²³ forstået sådan, at der ikke er nogen betydelige ulemper i at tage hensyn til sociale klausuler.

I *"The Law of Green and Social Procurement in Europe"* af Caranta & Trybus ser Martin Burgi fra samme synspunkt og nævner desuden tildelingskriterier som *"the perfect gateway"* for at inkludere

¹¹⁷ 2004/18/EF, betragtning 1

¹¹⁸ 2004/18/EF, betragtning 2

¹¹⁹ 2004/18/EF, artikel 53, stk. 2, i forhold til konkurrencepræget dialog er dette omfattet af 2004/18/EF artikel 29, stk. 7

¹²⁰ 2004/18/EF, artikel 24 – Se mere herom under afsnittet *"Alternative tilbud"*

¹²¹ C-225/98 – i denne sag er der også tale om en "yderligere kriterium" (bekæmpelse af arbejdsløshed i Frankrig), som ifølge EU-kommissionen i første omgang ingen tilknytning til kontraktens genstand havde, som dog blev modargumenteret af Frankrig og accepteret. Det forstås derfor, at overveje sociale hensyn, når der er en tilknytning til kontraktens genstand er en reel option.

¹²² Som i 2004/18/EF betragtning 1 står i samme linje som miljøhensyn. Det kan vurderes, at EU-kommissionen generelt ikke skelner mellem miljømæssige hensyn og sociale hensyn, hvilket også er Erhvervs- og Byggestyrelsens opfattelse, som det fremgår her: <http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/Praktikantinddragelse-som-underkriterium/>

¹²³ Som det er i tilfældet med C-225/98, C-513/99 samt C-31/87

sociale klausuler i offentlige kontrakter,¹²⁴ hvilket det også må siges at gå i retningen af med de nævnte domme og bestemmelser, der finder sted i dag. Det bør, som Sue Arrowsmith beskriver det, ikke retfærdiggøres, når en offentlig myndighed vil tage hensyn til miljø eller handicappede personer.¹²⁵ I det nye direktiv er der da også allerede i betragtning 3 taget særligt hensyn til handicappede, hvilket kun bekræfter synspunktet om nødvendigheden for lempeligere regler omkring tildelingskriterier, der har til hensigt at forbedre sociale hensyn.¹²⁶ Med frygt for at tillægge betragtning 3 for stor en vægt, må det antages, at EU-kommissionen har haft tankerne rettet mere mod sociale hensyn ved udarbejdelsen af det nye udbudsdirektiv¹²⁷ i forhold til tidligere, eftersom sociale hensyn er taget med som eksempel på et vurderebart tildelingskriterium.¹²⁸

Kvalifikationer og erfaring er også omfattet som eksempler på tildelingskriterier, hvilket kan ledes tilbage til Beentjes-sagen¹²⁹, som for alvor satte spørgsmål om særlig erfaring og sociale hensyn generelt som kriterium i gang. I *"Modernising Public Procurement: The New Directive"* af Lichere, Caranta & Treumer fortolker Dr. Albert Sanchez Graells artikel 56 og 57¹³⁰ det nye udbudsdirektiv¹³¹ til nærmest at promovere for bl.a. sociale hensyn, og yderligere udtaler han, at begge artikler, 56 og 57, er med til at styrke aspekterne omkring sociale hensyn, arbejdskraft og miljøhensyn i udbudsfasen.¹³²

I forhold til tildelingskriterier og muligheden for at benytte sociale klausuler er det en positiv udvikling for sociale hensyn, hvis tilstanden gennem den kommende tid viser sig at forholde sig som Graells forudser, men kan, som han også selv korrekt efterfølgende udtaler, afskrække

¹²⁴ Caranta & Trybus: *"The Law of Green and Social Procurement in Europe"*, 2010, v/Martin Burgi, ss. 133-134

¹²⁵ Arrowsmith & Kunzlik: *"Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions"*, 2009, s. 189

¹²⁶ 2014/24/EU, betragtning 3

¹²⁷ 2014/24/EU

¹²⁸ 2014/24/EU, artikel 67, stk. 2, litra a

¹²⁹ C-31/87

¹³⁰ Artikel 56 defineres på samme tid af Graells, som en regel, der giver den offentlige myndighed mulighed for at gennemgå tilbudsgiveres bud og ekskludere det, hvis den offentlige myndighed mener, at budet vil være i strid med bestemmelsen af artikel 18, stk. 2 i fremtiden, mens artikel 57, stk. 4, litra a defineres ydermere af Graells som en bestemmelse, der benytter fortiden og nutiden som udelukkelsesbegrundelse ift. brud med artikel 18, stk. 2, hvilket synes at passe meget godt, når ordlyden af de pågældende artikler gennemgås

¹³¹ 2014/24/EU, artiklerne 56-57

¹³² Lichere, Caranta & Treumer: *"Modernising Public Procurement: The New Directive"*, 2014, v/Dr Albert Sanchez Graells, ss. 101-102

tilbudsgivere, da de pludselig skal have særlig forståelse, erfaring og kapacitet til at arbejde med de særlige kriterier som sociale klausuler.¹³³

Det nye udbudsdirektiv af 2014/24/EU virker mht. tildeling til at give den offentlige myndighed flere beføjelser, som de ellers tidligere kun havde mulighed for gennem konkurrencepræget dialog. Det bekræftes bl.a. af artikel 56, stk. 3:

”Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.”¹³⁴

Hvordan ufuldstændige fortolkes må vise sig med tiden. Indtil en klargøring forekommer, vil der være plads til mange alternative måder at bruge denne bestemmelse på. Den helt store ændring er dog klart mulighederne for at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger inden for en passende frist. Her vil der i særdeles høj grad være mulighed for bedre kommunikation, der kan gavne parterne mht. omkostninger og tid. Med henblik på sociale klausuler, vil præciseringer, relevante oplysninger eller dokumentation være af astronomisk betydning for begge parter, eftersom den private part, som ellers kunne blive afskrækket af en ekstra klausul, nu har mulighed for at blive informeret og få de spørgsmål og bekymringer, de måtte have, besvaret af den offentlige myndighed. Herefter kan præciseringer hjælpe med at komme tættere på en kontraktindgåelse.

Sue Arrowsmiths delibererede i *“Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions”*, at tildelingskriterier ikke har meget restriktiv effekt i forhold til handel, men giver bl.a. en bedre tilgang til langvarig økonomisk udvikling mht. særlige udsatte

¹³³ Lichere, Caranta & Treumer: *“Modernising Public Procurement: The New Directive”*, 2014, v/Dr Albert Sanchez Graells, s. 102

¹³⁴ 2014/24/EU, artikel 56, stk 3

grupper,¹³⁵ hvilket imidlertid også virker til, at EU-kommissionen ligeledes mener med de nye ovennævnte tiltag vedrørende artiklerne 56 og 57.

7.4. Juridisk konklusion

Hovedsageligt er det vigtigt for den offentlige myndighed at udforme kontrakten på en måde, så den sociale klausul har en relevans til kontraktens genstand. Findes det godtgjort, at betingelserne ingen relation har til ydelsen eller tjenesten, kan de ikke anvendes. Det er derfor essentielt for den sociale klausul at fremstå som relevant for kontraktens udførelse.

EU-direktivets artikel 23¹³⁶ giver den offentlige myndighed spillerum til at udarbejde en OPP-kontrakt med en social klausul tilknyttet. Det er bemærkelsesværdigt, at der under punkterne om funktionelle krav og funktionsdygtighed er givet en større frihed til at udforme en OPP-kontrakt med tilhørende social klausul, som kan tilpasses begge parter behov og krav. Det gælder særligt med de nye udbudsdirektiver af 2014/24/EU, som synes at tage mere hensyn til sociale aspekter. Dog må det konkluderes, at sociale klausuler, der har til hensigt at kræve ansættelse af bestemte grupper eller studerende ikke kan lade sig gøre. Processen vil i så fald blive alt for besværlig, hvis ikke umuligt. Tekniske specifikationer egner sig bedre til forhold, hvor det i kontrakten indgår, at opgaven skal have visse egenskaber indbygget, så der tages hensyn til særlige gruppers adgang og deres forhold.

Ideen om at kræve målbare specifikationer virker imidlertid kun positivt for parterne i forhold til klarheden i en OPP-kontrakt. Den offentlige myndighed som kontrollør og organisator gavner af en detaljeret teknisk specifikation mht. omkostninger og et grundlag for valg af de bedst egnede tilbud.

De grundlæggende principper om ligebehandling, proportionalitet, gennemsigtighed og gensidig anerkendelse er uomgængelige i forhold til de tekniske specifikationer.

Modsat gælder det ved tildelingskriterier, at den offentlige myndighed i høj grad kan benytte sig af sociale klausuler. Tildelingskriteriet skal fremgå i udbudsbekendtgørelsen og de øvrige udbudsmaterialer. Tildelingskriteriet om sociale klausuler skal opfylde de objektive kriterier, der

¹³⁵ Arrowsmith & Kunzlik: *"Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions"*, 2009, s. 190

¹³⁶ 2004/18/EF, artikel 23

sikrer, at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling overholdes. Herefter er der juridisk ikke meget til hinder for at inkludere en social klausul som tildelingskriterium. Det nye udbudsdirektiv¹³⁷ med artikel 56, stk. 3 åbner op for endnu flere muligheder til at informere tilbudsgivere bedre omkring særlige elementer i OPP-kontrakten, skulle der være behov for det. Dommene C-225/98 og C-31/87 giver en stærkere indikation af at sociale hensyn er elementer, som vil blive ved med at have en betydning for offentlige udbud. Dette forstærkes yderligere med det faktum, at sociale hensyn er omfattet som kriterium i det nye udbudsdirektivs artikel 67, stk. 2, litra a. Under disse omstændigheder kan den offentlige myndighed anvende tildelingskriterier, der har til hensigt at varetage sociale aspekter i bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af OPP-kontrakten.

ØKONOMISK

8. MARKEDSFORMER

I dette kapitel belyses to forskellige markedsformer ganske kort, som senere bruges til benchmarking i forhold til det offentlige udbudsmarked.

8.1. Fuldkommen konkurrence

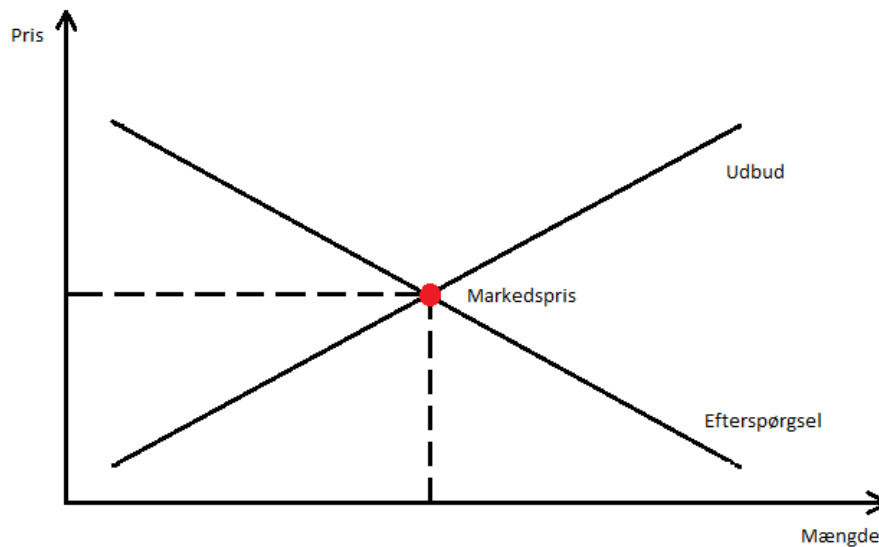
Fuldkommen konkurrence er en tilstand, der anses for nærmest umulig. Der er flere betingelser, der skal være på plads, for at der kan være tale om fuldkommen konkurrence. Markedet er gennemsigtigt i forhold til informationstilgængelighed for alle, alle varer er homogene¹³⁸, der er mange sælgere og købere,¹³⁹ fri og omkostningsfri adgang til markedet, og sidst men ikke mindst; ingen præferencer. Markedsprisen for varen vil være der, hvor udbud og efterspørgsel mødes, som det fremgår af figur 3 nedenfor. Prisen er ved fuldkommen konkurrence givet, da producenten ingen

¹³⁷ 2014/24/EU

¹³⁸ Varer fremstillet i fuldstændig samme kvalitet – ensartet varer

¹³⁹ Så mange, at de ikke kan påvirke hinanden ved mængdeændringer

indflydelse på markedet har. Det betyder også, at der egentlig ikke er nogen reel konkurrence, da ingen har mulighed for at tjene mere end den anden.



Figur 3 - Fuldkommen konkurrence

For at have en chance for at tjene mere, er virksomhederne nødt til at producere billigere, hvilket den ambitiøse virksomhed kun vil være i stand til i en kortere periode, eftersom markedet eventuelt vil tilpasse sig prisen. Den anden mulighed er at differentiere produkterne, således der ikke længere er tale om homogene varer, men heterogene varer.¹⁴⁰

8.2. Monopol

Når der er tale om en monopol, betyder det, at der er en virksomhed, som styrer hele markedet mht. fastsættelse af pris. Markedets efterspørgsel er for en monopol-virksomhed den samme som virksomhedens afsætning. Der er derfor ikke meget plads til eller mulighed for andre virksomheder at etablere sig i et monopol.

I nogle tilfælde vil der opstå naturlige monopoler som følge af tekniske krav, kun en virksomhed kan leve op til. Produkter som har høje opstartsomkostninger vil historisk set have monopol så længe, andre konkurrenter har finansieringen og de tekniske kompetencer til at være med.

¹⁴⁰ Heterogene varer er varer, hvor forbrugerne har en præference, f.eks. i forhold til kvaliteten

For at øge profitten i et monopol, vil virksomheden forsøge at holde prisen så højt som muligt ved at begrænse varernes tilgængelighed. Er der ingen lov til at regulere et monopol, vil virksomheden, der er ene om at sælge en pågældende vare kunne forblive i samme position over længere tid.

9. TRANSAKTIONSOMKOSTNINGSTEORIEN

Transaktionsomkostninger er ikke en nem størrelse at definere. Rasmussen og Mols har i *"Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson"*¹⁴¹ forsøgt sig frem ved at henvise til de forskellige anerkendte økonomers forsøg på at beskrive begrebet. Fælles for de forskellige definitioner er dog, at der er tale om udveksling og transfer. For ikke at fare vild i de mange definitioner forsøges der her med en alternativ fortolkning af transaktionsomkostninger.

Når to parter skal handle med hinanden, bruger de tid på at diskutere den rigtige pris for pågældende produkt/ydelse. Ordsproget, om at "tid er penge", kan overføres og fortolkes som en byrde for begge parter, idet de bruger dyrebar tid til at forhandle om noget, som de endnu ikke er sikre på, at de er enige om at forhandle. Derudover benyttes der andre elementer i forbindelse med den eventuelle overførsel af ejerskab, som også påvirker tid og økonomi. Det kan være de lokaler, der benyttes til møderne, forplejning, personale, beregninger af diverse prisideer og forslag, fortolkninger af resultaterne af disse, analyser og sammenligning i forhold til andre tilbud, juridisk bistand til de her *transaktionsprocesser*. Hvis det endelig lykkes for parterne at blive enige om den definitive aftale, vil de måske blive skræmt af den samlede pris på de *omkostninger* for alle de foranstaltninger, der skulle til for at komme frem til aftalen, og dermed bakke ud, når de finder ud af, at *transaktionsomkostninger* skal tages dybt seriøst.

Parterne er altså interesseret i mindre transaktionsomkostninger, i og med at prisen for selve opgaven også stiger, hvis transaktionsomkostningerne er høje. Den offentlige myndighed må derfor vurdere, hvad der er højest nødvendigt for udbudsprocessen for at mindske transaktionsomkostningerne.

¹⁴¹ Rasmussen & Mols: *"Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson"*, 1993, s. 2

9.1. Begrænset rationalitet & opportunistisk adfærd

Fortolkningen ovenfor omfatter flere elementer, der skal tages stilling til i forhold til Williamsons teori om transaktionsomkostninger, men mangler endnu nogle væsentlige begreber, som også påvirker størrelsen af transaktionsomkostningerne.

En af dem er begrebet *begrænset rationalitet*. Begrænset rationalitet vedrører kontraktforhandlers manglende evne til at handle rationelt.¹⁴² Parterne vil forsøge at handle rationelt, men vil ikke være i position til at kunne gøre det pga. manglende viden, deraf begrænset. Det handler således om parternes subjektive forståelse af rationalitet i den givne situation, hvilket ikke altid er det bedste kriterium at handle ud fra, når det drejer sig om kontrakter, navnlig i OPP-kontrakter. Intentionen om at handle rationelt begrænses af ukomplette informationer.¹⁴³ Begrænset rationalitet spiller en stor rolle for kontraktens indgåelse, i og med at parterne således i forvejen godt ved, at kontrakten vil være åben for ex post transaktionsomkostninger, idet parterne ikke kan forudse alle potentielle problemer.¹⁴⁴

Opportunistisk adfærd beskrives af Williamson som handlinger, som parterne foretager sig til egen nytte gennem bl.a. svig. Her er der både mulighed for at handle opportunistisk ex ante, altså inden kontraktindgåelsen og ex post, efter kontraktindgåelsen. Ex ante opportunisme vil indebære den ene parts tilbøjelighed til at tilbageholde eller fordreje vigtig information, som parten senere vil/kan bruge til egen fordel for at stå stærkere i forhandlingerne, skulle muligheden opstå. Lykkes det parten at indgå en kontrakt vha. ex ante opportunistisk adfærd, vil der efterfølgende være mulighed for at gøre brug af opportunismen ex post.¹⁴⁵

Begrænset rationalitet og opportunisme kan sammen føre til, at en af parterne udnytter modpartens manglende viden, hvilket derefter resulterer i asymmetrisk information, som påvirker transaktionsomkostningerne negativt for den kontraherende part.¹⁴⁶ I større og mere omfattende

¹⁴² Rasmussen & Mols: "Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson", 1993, s. 6

¹⁴³ Parker & Hartley: "Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence", 2003, s. 99

¹⁴⁴ Rasmussen & Mols: "Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson", 1993, s. 6

¹⁴⁵ Rasmussen & Mols: "Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson", 1993, s. 7

¹⁴⁶ Parker & Hartley: "Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence", 2003, s. 99

kontrakter, som OPP'er, vil det have en stor betydning for parterne, at der er gennemsigtighed for et optimalt OPP-projekt, hvis transaktionsomkostningerne skal holdes nede.

9.2. Den fuldstændige kontrakt

Det virker umiddelbart umuligt at forhandle sig frem til den fuldstændige kontrakt, især når der er tale om et potentielt meget komplekst projekt som et OPP-projekt.¹⁴⁷ Den fuldstændige kontrakt vil være kontrakten, der kan kodificere alle forhold i kontraktens løbetid med alle nødvendige og tilgængelige informationer omkring fremtiden, som er forhandlet med fuld objektiv rationale.¹⁴⁸

Indén & Naundrup Olesen¹⁴⁹ har til spørgsmålet om, hvorvidt det giver mening at stræbe efter den fuldstændige kontrakt, opstillet 4 elementer:

- Behovet for kontraktuel regulering
- Udsigten til succes med kontraktuel regulering
- Økonomi
- Relationsbevarelse

Disse anses for at være særligt vigtige i OPP-sammenhæng, i og med at der kan forekomme større usikkerheder grundet OPP-projektets varighed og kompleksitet. Van den Hurk & Verhoest¹⁵⁰ udtaler, at det i nogle tilfælde kan være en fordel at have en afslappet tilgang til kontrakten og i stedet sigte efter større tillid og gensidig respekt. Transaktionsomkostningerne bliver tilmed også mindre gennem tillid, eftersom kontraktens væsentlighed og udformningen af denne ikke behøver at være nær så omfattende.

¹⁴⁷ Indén & Naundrup Olesen, *"Offentlig-privat samarbejde"*, 2012, s. 174 samt Van Den Hurk & Verhoest: *"The Challenge of Using Standard Contracts in Public-Private Partnerships"*, 2014, s. 5

¹⁴⁸ Van Den Hurk & Verhoest: *"The Challenge of Using Standard Contracts in Public-Private Partnerships"*, 2014, s. 5

¹⁴⁹ Indén & Naundrup Olesen, *"Offentlig-privat samarbejde"*, 2012, s. 174

¹⁵⁰ Van Den Hurk & Verhoest: *"The Challenge of Using Standard Contracts in Public-Private Partnerships"*, 2014, s. 6

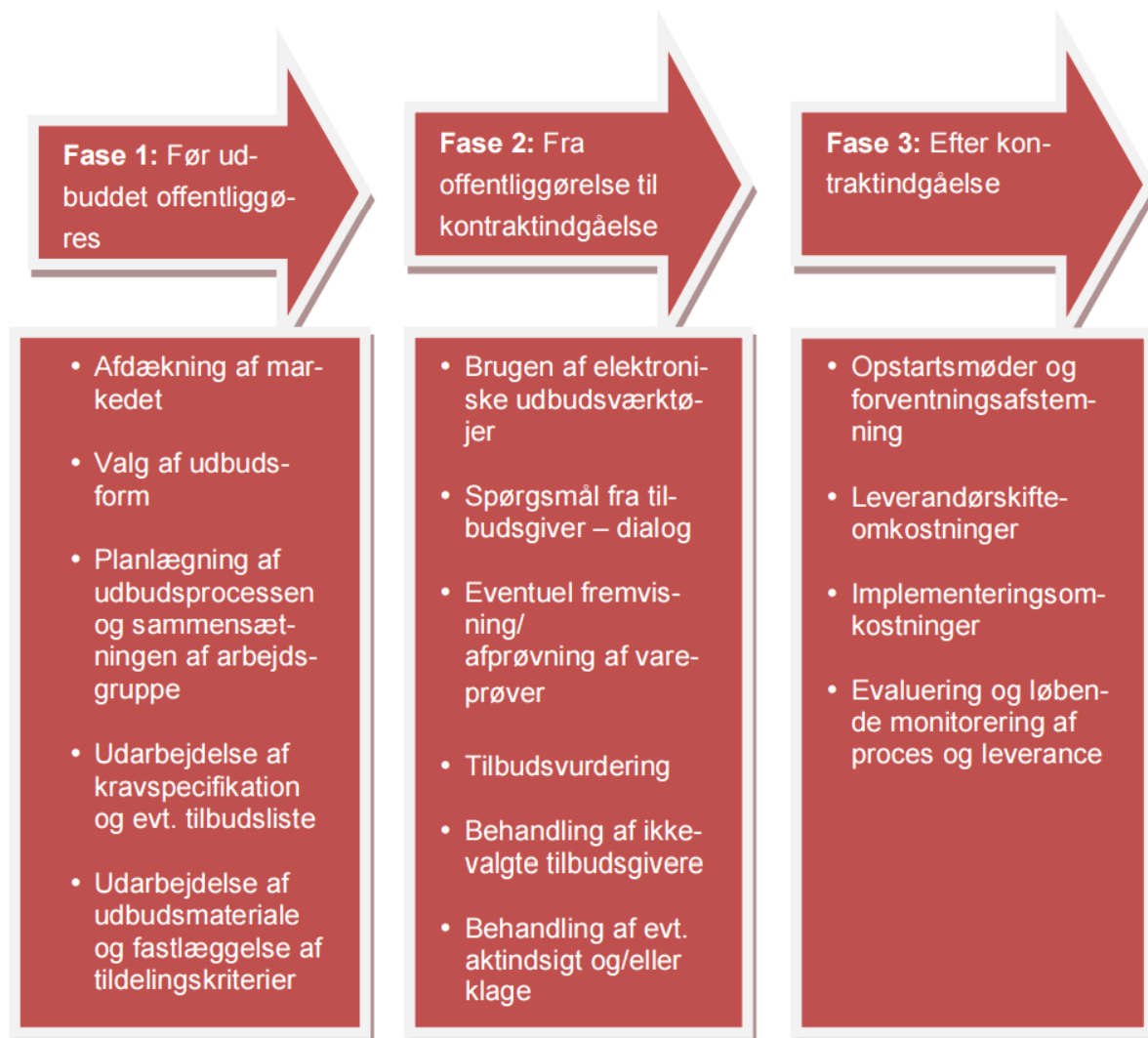
9.3. Transaktionsomkostninger i OPP med en social klausul

OPP-kontrakten anses for værende en større opgave og dermed indeholdende mange forskellige hensyn ud over hovedelementet - i dette projekts tilfælde er det sociale klausuler. I OPP-kontrakter vil ex ante transaktionsomkostningerne være meget høje, netop fordi der er mange detaljer, der skal tages stilling til, som det også fremgår af fase 1 i figur 4. Figur 4 er dog udarbejdet i forhold til almindelige udbud, hvilket betyder, grundet OPP-modellens kompleksitet, at der vil være endnu flere elementer at have for øje i OPP-kontrakter. Derudover skal der igen tages højde for den sociale klausul, som også har en betydning for den endelige transaktionsomkostning i et givent projekt.

I Udbudsrådets analyse fremgår det bl.a., at den offentlige myndighed bruger for mange ressourcer på at helgardere sig ved at dobbelttjekke udbudsmaterialet gennem eksterne advokater, hvilket igen er med til at forhøje transaktionsomkostningerne.¹⁵¹ Alternativet vil, som omtalt længere oppe, være en mere afslappet tilgang med tillid og fælles engagement. Det vil dog heller ikke være helt uden konsekvenser, hvis parterne inden aftaleindgåelsen ikke har indregnet diverse forhold, der potentielt har negativ påvirkning for projektet. Det vil i stedet give højere ex post transaktionsomkostninger, idet det kræver handling at løse de efterfølgende problemer efter aftaleindgåelsen.

I figur 4, udarbejdet af Udbudsrådet, er transaktionsprocessen delt op i tre faser, hvor fase 1 er før udbuddet offentliggøres, som vedrører ex ante transaktionsomkostninger, fase 2 om kontraktindgåelsen og fase 3 for efter kontraktindgåelsen, som berører ex post transaktionsomkostninger. Opdelingen giver et godt overblik over nogle af de elementer, der indgår i de forskellige faser, alt afhængigt af hvilken slags aftale der er tale om.

¹⁵¹ Udbudsrådet: *"analyse af transaktionsomkostninger ved udbud"*, 2011, s. 8



Figur 4 - Transaktionsomkostningens faser, eksempel fra Udbudsrådet: "analyse af transaktionsomkostninger ved udbud", 2011, s. 7

9.3.1. PARTERNES FORSKELLIGE FORMÅL MED EKSISTENS

Det er i forbindelse med kontraktindgåelsen også vigtigt at se på de forskellige parter grundlæggende standpunkt og formålet med deres eksistens, inden selve aftalen behandles. Formålet for deres eksistens har også en betydning for transaktionsomkostningerne. For en privat part vil det være altafgørende, at de kommer ud af projektet med en form for overskud, da de ellers simpelthen ikke vil overleve i et monopolistisk marked¹⁵² med flere aktører. I de offentlige udbud, hvor flere tilbudsgivere er præsenteret, er der tale om et monopolistisk marked, hvor den enkelte

¹⁵² Et marked med flere sælgere og købere, der handler med heterogene varer med mulighed for differentiering

part har mulighed for at differentiere sig i forhold til konkurrenterne og derved stå stærkere til udbudsvalget.

Den offentlige myndigheds mål med eksistens er til gengæld eksternaliteter, der vedrører den optimale samfundsmæssige tilstand. Social ansvarlighed er bl.a. et element, der, alt andet lige, betyder mere for den offentlige myndighed end for den private part. For at være på forkant med muligheden for opportunistisk adfærd er disse forskelle vigtige at tage hensyn til i forhold til kontraktforhandlingen. Undlader parterne at anerkende betydningen af de helt grundlæggende mål for den kontraherende part, kan de handle med begrænset rationalitet, som påvirker transaktionsomkostningerne negativt, samtidig med at risikoen for opportunistisk adfærd forhøjes. De sociale klausuler skal dermed ikke kun have en betydning for den offentlige myndighed, men også give mening for den private part i en sådan grad, at de er villige til at se igennem eventuelle højere transaktionsomkostninger.

9.3.2. MULIGHEDER FOR AT SÆNKE TRANSAKTIONSOMKOSTNINGERNE

Transaktionsomkostninger kan for den offentlige myndighed også være et betydeligt problem, der vil begrænse lysten og muligheden for at gennemføre et udbud. Van Den Hurk & Verhoest¹⁵³ er dog af den opfattelse, at standardisering og rutineprægning af udbud i længden kan medføre en billigere proces for den offentlige myndighed, idet der ikke vil være lige så stor behov for ekstern hjælp i form af advokater og andre professionelle til at udvikle udbuddet. Ligeledes er Goldberg¹⁵⁴ overbevist om, at rutine mindsker omkostningerne, men pointerer samtidig at det har en stor betydning for større, komplekse kontrakter, at de rette informationer opnås inden kontraktindgåelsen. Erfaring og gennemsigtighed må dermed anses essentielle for en succesfuld kontraktindgåelse og for at minimere transaktionsomkostningerne, ligesom det juridisk er vigtigt at prioritere åbenhed.¹⁵⁵

For kontraktens fuldstændighed skal elementerne om gennemsigtighed, begrænset rationalitet og opportunistisk adfærd forsøges opnået, hvis transaktionsomkostningerne ønskes holdt nede. Det

¹⁵³ Van Den Hurk & Verhoest: *"The Challenge of Using Standard Contracts in Public-Private Partnerships"*, 2014, s. 10

¹⁵⁴ Goldberg: *"Competitive Bidding and the Production of Precontract Information"*, 1977, s. 254

¹⁵⁵ Se afsnittet om *Gennemsigtighed*

virker imidlertid meget harmonisk, hvorledes den juridiske del af kontraktindgåelsen komplimenterer den økonomiske del, i og med at elementerne går igen i begge aspekter af kontraktindgåelsen. Incitamentene til at overholde disse punkter er derfor tydelige i sig selv; besparelse på transaktionsomkostninger kan resultere i en nemmere OPP-proces.

Andre måder at sænke transaktionsomkostninger er gennemgået af Udbudsrådet¹⁵⁶ i deres analyse af transaktionsomkostninger i forbindelse med udbud, som kan ses i tabel 3 nedenfor. Udgangspunktet for Udbudsrådet har været almindelige kommunale udbud og ikke OPP, som det er i tilfældet her. De er dog stadig relevante for et OPP-projekt, hvor der er behov for reducere af transaktionsomkostninger.

Alle punkter opstillet i tabel 3 er som nævnt vigtige at have for øje, når transaktionsomkostninger skal mindskes. Tre punkter er dog særligt vigtige i forhold til OPP-projekter, hvor sociale klausuler skal indgå. Der er tale om punkt 2, 5 og 7, der sammen henviser til præciseringen af diverse materialer tilknyttet til udbuddet. Sker det modsatte, hvor der er alt for bred en specificering, vil både den offentlige myndighed og den private part have behov for at bruge flere ressourcer på at arbejde frem til et resultat og dermed større transaktionsomkostninger.

¹⁵⁶ Udbudsrådet: *"analyse af transaktionsomkostninger ved udbud"*, 2011, s. 10

1. Med henblik på at reducere transaktionsomkostninger kan det anbefales, at der arbejdes med at:
2. Ordregiver tydeliggør kravene til den ydelse, der efterspørges, gennem grundig markedsafdækning og dialog med potentielle tilbudsgivere før udbuddet. Selvom dialog og markedsafdækning er en ekstra omkostning, giver det ofte bedre tilbud i form af bedre priser og afstemte kvalitetskrav.
3. Tilbudsgiver altid prioriterer dialogen med ordregiver i forbindelse med markedsafdækningen. Dette reducerer transaktionsomkostningerne for både ordre- og tilbudsgivere i de senere faser af udbudsprocessen.
4. Ordregiver benytter udbudsparadigmer og elektroniske udbudsværktøjer, da det bidrager til en øget standardisering, minimerer risikoen for fejl og forenkler både udbuds- og tilbudsprocessen.
5. Ordregiver nøje overvejer, om kravene til tilbudsgiverne og den dokumentation tilbudsgivere skal vedlægge står mål med opgavens omfang, da for mange kvalifikationskrav og krav om dokumentation ofte kan skabe unødvendige transaktionsomkostninger.
6. Tilbudsgiver overvejer hensigtsmæssigheden i begæringer om aktindsigt og indgivelse af klager. Tilbudsgivere bør altid søge dialogen med ordregiverne først.
7. Ordregiver udarbejder klart udbudsmateriale med utvetydige tildelingskriterier og tildelinger og har faste arbejdsgange omkring dialog med afviste tilbudsgivere.
8. Ordregiver foretager en grundig vurdering af, hvilken udbudsform der er hensigtsmæssig at anvende i forbindelse med det konkrete udbud.
9. Tilbudsgiver sikrer, at de afgivne tilbud er konditionsmæssige ved at kontrollere tilbuddets indhold i forhold til betingelserne i udbudsmateriale, inden det fremsendes til ordregiver.
10. Ordregiver systematisk overvejer om koordinerede udbud i indkøbsfællesskaber eller lignende er hensigtsmæssige i den konkrete case, da det kan bidrage til at sænke transaktionsomkostningerne. Koordinerede udbud vil ofte medføre både administrative besparelser og bedre priser pga. den store volumen i udbuddene.
11. Ordregiver sammensætter en arbejdsgruppe med medarbejderne, der har erfaring med og kendskab til udbudsprocesser.
12. Ordregiver søger sparring og inspiration hos andre offentlige institutioner, der har gennemført lignende udbud i forbindelse med forberedelse af udbud.

Tabel 3 - Fokuspunkter til at sænke transaktionsomkostninger - eksempel fra Udbudsrådet: "*analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*", 2011, s. 10

9.3.3. TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER SOM FØLGE AF SOCIALE KLAUSULER

Til spørgsmålet om det helt konkret påvirker transaktionsomkostningerne, at der implementeres sociale klausuler, vil det mest simple være at benytte Goldbergs metode og skære helt ned til den enkleste form for udbud, hvor der kun er tale om tildelingskriteriet pris.¹⁵⁷ Når der i OPP-projekter er mange flere aspekter at tage højde for, vil kompleksiteten af udbuddet også blive større. Kompleksiteten medfører flere punkter, der skal analyseres og gennemarbejdes inden kontraktindgåelsen, hvilket betyder højere transaktionsomkostninger. Når der er tale om sociale klausuler, vil det som ethvert andet element også påvirke transaktionsomkostningerne.

9.3.4. FORDELE VED AT IMPLEMENTERE SOCIALE KLAUSULER

Når det foreligger klart, at en social klausul vil påvirke transaktionsomkostningerne negativt, skal den private part overveje, hvad de vil få ud af at acceptere et OPP-projekt med en social klausul.

Processen for at få tildelt opgaven fra den offentlige myndighed kan hjælpe med at belyse fordelene for den private part. Hele OPP-projektet skal tages til betragtning for at komme frem til de positive sider af at implementere sociale klausuler.

Lad os antage, at en privat virksomhed er interesseret i et OPP-projekt, som en offentlig myndighed har fremlagt til udbud. For at blive valgt til opgaven skal den private part vise, hvorfor de er kapable til opgaven. De må finde en måde, de kan differentiere sig på i et monopolistisk marked. Det skal være et monopolistisk marked, for at de private kan konkurrere mod hinanden med ekstra elementer, der medfører ekstra omkostninger. Sidestiller vi det med et fuldkommen konkurrence-marked, vil det slet ikke være muligt for nogen af de private parter at fremstille et tilbud til en sådan opgave uden at få underskud. De vil ikke kunne tage socialt ansvar, fordi de ingen indflydelse på markedet har, i og med at prisen er fast. Vælger de at gøre det alligevel, vil det ikke være muligt for dem at overleve på markedet, og deres formål med eksistens er tilmed truet. Modsat vil friheden være stor, hvis der er tale om et monopol, hvor den private part er ene om at fremstille et tilbud uden at skulle bekymre sig om eksterne påvirkninger. Der vil nemlig være plads til at profitere et overnormalt overskud frem for kun at få dækket marginalomkostningerne. Forholdet vil således

¹⁵⁷ Goldberg: *“Competitive Bidding and the Production of Precontract Information”*, 1977, s. 250

være, at der ved et monopol kan kræves en højere pris af den private part for en mindre ydelse, da der ingen pres er på den ene private part, i og med at der ikke er konkurrenter. Ved fuldkommen konkurrence kan der ikke kræves en højere pris, da alle konkurrenters ydelse er den samme. Netop fordi der er pres fra konkurrenterne, skal ydelsen også være større end i forhold til monopol, hvor der ingen konkurrenter er og derved ingen behov for større ydelser.

Differentiering i forhold til de andre tilbudsgivere gennem bedre priser kan vække den offentlige myndigheds interesse, hvis kriteriet altså er prisen. Når sociale klausuler er med i projektet som et tildelingskriterium, er det dog ikke længere prisen alene, der er væsentlig for den offentlige myndighed, men også de sociale klausuler.

En privat part, der har differentieret sig ved at tage hensyn til de sociale klausuler, enten før udbuddet begynder eller gør det, mens de forbereder et tilbud, vil derved stå stærkere end konkurrenterne, som måske ikke har været i stand til at implementere den sociale klausul tilsvarende effektivt.

Spørgsmålet, om det er tilladt for den offentlige myndighed at benytte tidligere erfaring som kriterium, er besvaret tidligere. Svaret var, at det for myndigheden *er* muligt at benytte tidligere erfaring som tildelingskriterium.¹⁵⁸ Det kræver dog, at de grundlæggende principper¹⁵⁹ bliver overholdt af den offentlige myndighed, når disse tildelingskriterier benyttes.¹⁶⁰ Den private part står dermed stærkere, hvis denne har gjort sig disse overvejelser.

Differentiering er altså en gylden mulighed for den enkelte private part til at markere sig. Det vil i bedst fald give mulighed for den differentierede private part at tjene et overnormalt overskud i et begrænset tidsrum, indtil de øvrige tilbudsgivere også får samme ide. Det er i dette tidsrum, at den private part har en chance for at vinde opgaven. Første gevinst, selvom det er svært at se det som en egentlig gevinst, er at foranstaltninger, der gør virksomheden bedre egnet til opgaven, vinder selve udbuddet. Transaktionsomkostningerne er ikke til gavn for den private part, men det er det nye image som den social ansvarlige virksomhed.

¹⁵⁸ Se afsnittet om *Tildelingskriterier* og C-31/87

¹⁵⁹ Se afsnittet om *De grundlæggende EU-retlige principper*

¹⁶⁰ 2004/18/EF, betragtning 2

10. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Formålet med kapitlet er at belyse, hvad CSR-begrebet omfatter, og hvorledes det kan anvendes i OPP-sammenhæng.

10.1. Stakeholder-teorien

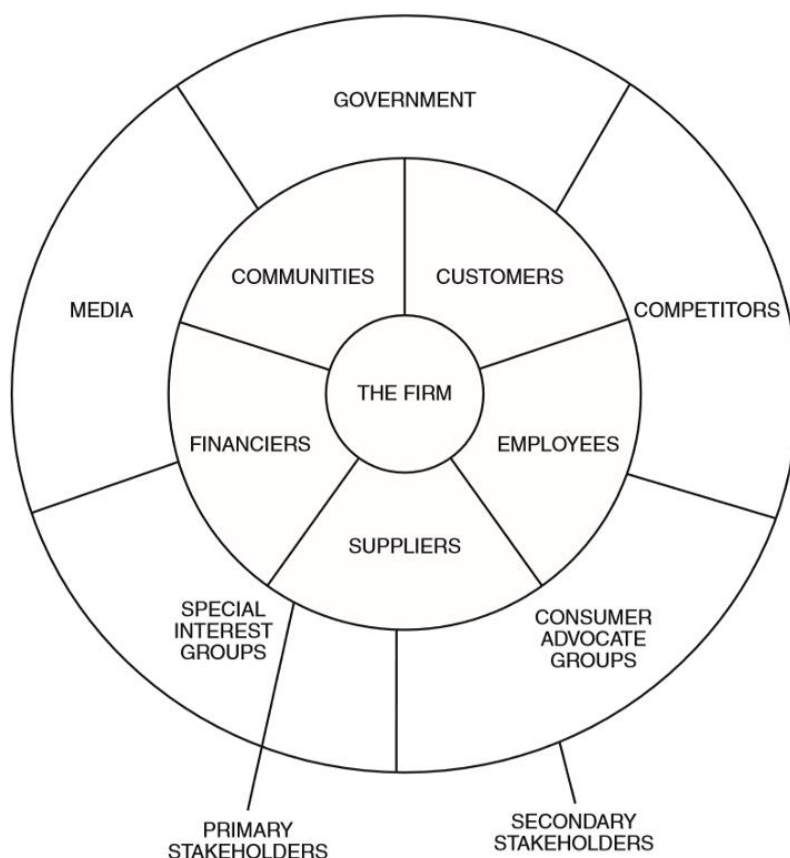
Stakeholder-teorien fik debut i 1980'erne, hvor R. Edward Freeman mente, at der var et behov for at kigge dybere ind i virksomhedens ansvar over for øvrige aktører, der kunne forbindes til virksomheden på en eller flere måder. Det var også et svar til Shareholder-teorien, der opstod som følge af Friedmans udtalelser fra hans artikel i 1970; *"The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits"*, om social ansvarlighed, hvori han mente, at det ikke var virksomheders opgave at tænke på sociale aspekter, men kun at tjene penge og profitmaksimere, som var aktionærenes primære interesse.

Freeman, måske inspireret af William Forster Lloyd og senere Garrett Hardins *"The Tragedy of the Commons"*¹⁶¹, mente derimod, at virksomhederne også havde et ansvar over for de aktører, som de enten berørte eller kunne berøres af. Stakeholder-teorien tager på samme måde fat i spørgsmålet om, hvordan stakeholders kan få det bedste ud af en virksomhed og dermed undgå vanskeligheder med resten af samfundet.

Det kan få Stakeholder-teorien til at virke regulativ i forhold til det frie marked, forstået i henhold til teorien om den usynlige hånd, sådan at virksomhederne i en vis grad selv påtager sig rollen som restriktive, i og med at de i forbindelse med deres forretning overvejer social ansvarlighed. Virksomhedens forretningsetik og de mål, der måtte udmøntes af denne, bliver således påvirket i en retning, der skaber en anden værdi for stakeholders end pengekapital, hvilket også uddybes i afhandlingens næste afsnit.

¹⁶¹ Et scenarie med vand som eksempel på fælles resurse, hvor individer forsøger at maksimere deres nytte, men ignorerer de omkostninger, maksimeringen påfører den fælles resurse. Når individer handler økonomisk rationelt (begrænset rationelt, hvis vi ser på det i sammenhæng med resten af afhandlingen) på kort sigt, vil de samtidig, langsomt, men sikkert, på langt sigt udtømme deres fælles resurse, som må anses værende deres helt fundamentale livsgrundlag. Resursen, i det her eksempel, vand, vil langsomt blive overudnyttet og forsvinde til ulempe for ikke bare de, der har været med til at udnytte resursen, men alle andre, der også er afhængig af den. Se ellers *"The Tragedy of the Commons"*, 1968 af Garrett Hardin

Før de øvrige elementer uddybes nærmere, er det vigtigt at forstå, hvad stakeholders betyder helt konkret, og hvem de omfatter. Figur 5 nedenfor udgør to cirkler, hvor den indre cirkel henviser til de primære stakeholders, der direkte har en forbindelse til virksomheden. De har noget på spil, som enten kan påvirke eller blive påvirket af virksomhedens aktiviteter. Den ydre cirkel er potentielle stakeholders, der kan påvirke eller blive påvirket af virksomheden. Det er sekundære stakeholders. Afhængig af situationen skal virksomheden tage stilling til, hvordan forholdet mellem den pågældende stakeholder skal vurderes.¹⁶² Det vil for virksomheden følgelig være en fordel at have en klar oversigt over prioriteringen og fordelingen af socialt ansvar over for diverse stakeholders i både den indre og ydre cirkel i forhold til figur 5.¹⁶³



Figur 5 - At skabe værdi for stakeholders – fra Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 24

¹⁶² Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 26

¹⁶³ Knox & Maklan: *"Corporate Social Responsibility: Moving Beyond Investment Towards Measuring Outcomes"*, 2004, s.513

Det at udvise socialt ansvar over for interne og eksterne aktører (stakeholders) kan munde ud i mange forskellige tiltag, som kan forvirre alle involverede. Det har fået Freeman til at definere Stakeholder-teorien gennem tre specifikke problemstillinger.

Først og fremmest handler det om at fremkalde værdi til stakeholders gennem handel og produkt-/serviceskabelse. Virksomheden må finde løsninger, der tilfører en vis værdi for stakeholders, det er altså *problemet om værdiskabelse og handel*. Den anden problemstilling handler om det bredere perspektiv, hvor ideen om stakeholders tidligere blev anset for overflødig og irrelevant for økonomien. Forestillingen om virksomhedens eksistens har først og fremmest været profit, mens formål, der ikke direkte medførte profit, kunne nedprioriteres. Det drejer sig om *problemet med kapitalismens etik*. Sidst men ikke mindst drejer det sig om, hvordan værdiskabelse og etik implementeres i virksomhedens generelle forretning, således at grundtanken i virksomheden ikke længere kun er profit. Det er *problemet om virksomhedsledernes tankegang*.¹⁶⁴

Muligheden for øjeblikkeligt at indsamle informationer om hvilke som helst af virksomhedens karakteregenskaber gør disse problemstillinger særligt nødvendige i dag, hvor gennemsigtighed og ansvarlighed vægtes højt af både forbrugere og lovgivere.

For at tilfredsstille alle stakeholders skal de spørgsmål i den anledning vurderes og forsøges besvaret gennem en proaktiv socialt ansvarlig forretningspolitik.

Betydningen af social ansvarlighed er også steget væsentligt de seneste par år, hvilket har resulteret i adskillige officielle rapporter og vejledninger til både offentlige myndigheder og private virksomheder om emnet, udarbejdet af enten nationale eller internationale kommissioner og udvalg.¹⁶⁵ I disse beskrives social ansvarlighed som essentiel og vigtig, men ofte uden helt klare retningslinjer for, hvordan det kan ske. I de tilfælde, hvor der er fokus på implementeringen, tages

¹⁶⁴ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, ss. 4-5

¹⁶⁵ Eksempler på vejledninger og rapporter:

- Regeringen: *"Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud"*, 2012
- CABI: *"Sociale klausuler og hensyn i udbud"*, 2011
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *"Sociale hensyn og miljøhensyn ved offentlige indkøb"*, 2014
- EU-Kommissionen: *"Sociale hensyn ved indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb"*, 2011
- Regeringen: *"Anbefalingsrapport fra udvalget for socialøkonomiske virksomheder"*, 2013

der oftest primært højde for det juridiske aspekt, mens den basale økonomiske del, som for de private virksomheder har en lige så stor betydning, er manglende. Stakeholder-teorien spiller en stor rolle i den sammenhæng, da teorien foreslår, at hvis vi analyserer forholdet mellem virksomheden og de grupper og individer, der kan påvirke eller blive påvirket af forretningens foretagender, vil vi nemmere forstå og løse problemerne om etik, værdiskabelse, og hvordan de kan indføres i virksomhedens grundlæggende selvforståelse.¹⁶⁶ EU-kommissionens vejledning fra 2011 om sociale hensyn ved indkøb¹⁶⁷ fremhæver vigtigheden af socialt ansvar, ikke kun for den lokale virksomhed, men i den grad også konglomerater og større virksomheder, der har en indflydelse ud over de nationale grænser. Vejledningen tager især fat i de juridiske problemstillinger, som den offentlige myndighed står over for, men kan også være nyttig for den private parts begrænsede rationale, så de nemmere kan sætte sig ind i processen, når en forhandling finder sted.

I forhold til lovgivningen giver Stakeholder-teorien også mening, i og med at der i dag er stor vægt på social ansvarlighed og miljøbeskyttelse, som det også er understreget i det nye udbudsdirektiv¹⁶⁸. En virksomhed har mere at vinde end tabe, hvis de vil forsøge at indarbejde ansvarlighed over for samfundet ved at overveje stakeholders interesser. Ja, i forhold til transaktionsomkostninger kommer det til at koste mere, men det betaler sig i det lange løb gennem branding og omdømme. Virksomheden har gode muligheder for at profitere af ikke håndgribelige foranstaltninger ved at have en positiv social holdning til omgivelserne, både internt i virksomheden og eksternt for øvrige stakeholders.

Afsluttende kan det om Stakeholder-teorien siges, hvor Friedman definerer succes som større profit, tager Freeman fat i forholdet mellem virksomheden og stakeholders og anskuer succes gennem den værdi, der skabes for alle stakeholders, der berører virksomheden på en eller flere planer.¹⁶⁹ Selv i de perioder, hvor virksomheden ikke proaktivt gør socialt ansvarlig forretning længere, vil virksomhedens tidligere involvering formentlig over et stykke tid hænge fast i diverse stakeholders opfattelse om, at det er en troværdig og ansvarlig virksomhed, som de står over for. Derfor er

¹⁶⁶ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 5

¹⁶⁷ EU-Kommissionen: *"Sociale hensyn ved indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb"*, 2011

¹⁶⁸ 2014/24/EU

¹⁶⁹ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 11

Stakeholder-teorien noget, som virksomheder bør overveje, når sociale hensyn dukker op på forhandlingsbordet.

10.2. CSR præciseret

Freeman mener, at CSR (Corporate Social Responsibility) adskiller sig fra Stakeholder-teorien i og med, at CSR ikke som sådan skaber værdi for virksomheden, fordi han mener, at forretning og samfund adskilles i CSR. Dermed er CSR ikke en integreret del af virksomhedens forretningspolitik, men blot noget der efterfølgende er tilknyttet virksomheden. Faktisk går Freeman så langt og påstår, at den seneste finanskrisen var så omfattende, fordi virksomhederne ikke gjorde noget ud af deres CSR-værdier, eftersom der ingenting blev skabt ud af disse, men de blot stod som pynt. De var ikke en integreret del af virksomhedens forretningspolitik.¹⁷⁰

Corporate Social Responsibility¹⁷¹ har eksisteret længe, men uden at have haft den store betydning altid. Ifølge Freeman¹⁷² har konceptet været op til diskussion og efterfølgende ignoreret siden 1960'erne. Ser man på KPMG's historie omkring Corporate Responsibility rapportering får man dog hurtigt et billede af, at virksomheder tænker mere ansvarligt i dag. Seneste rapport fra 2013¹⁷³ inkluderede 41 lande og op mod 250 af verdens største virksomheder mod kun 10 lande, da KPMG begyndte at rapportere om virksomheders ansvar i 1993.¹⁷⁴

Friedmans syn på forretninger, som gik ud på at profitmaksimere, er ikke længere en optimal måde at drive forretning på i et samfund, der har givet virksomheder magt og mulighed for at etablere sig. I det lange løb vil de virksomheder, der ikke viser hensyn til stakeholderes behov, miste den magt, som de har erhvervet sig. De virksomheder, der ikke accepterer at implementere social ansvarlighed, vil se andre gøre det, og magten følger den, der tager ansvar.¹⁷⁵

Hvad er CSR, som på dansk kaldes virksomheders sociale ansvar? I dag vil definitionen berøre etisk og moralsk ansvarlighed, hvor virksomhedens adfærd skal række ud over de af loven foreskrevne

¹⁷⁰ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 241

¹⁷¹ Virksomhedens sociale ansvarlighed på dansk

¹⁷² Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 236

¹⁷³ KPMG International: *"The KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2013"*, 2013

¹⁷⁴ <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2013/12/kpmg-survey-corporate-responsibility-reporting-2013.html>

¹⁷⁵ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 237

regler. CSR er foranstaltninger til fordel for stakeholders, der dækker mere end snævre økonomiske, tekniske og juridiske krav.¹⁷⁶ En ansvarlig virksomhed vil eksempelvis uden opfordring forsøge at dække visse behov, som stakeholders måtte have for at sende et signal om troværdighed og tillid.

Generelt vil det kun være til virksomhedernes fordel at udnytte deres forhold til stakeholders. Virksomheden er bedre stillet ved at bibeholde et tæt forhold og ikke lade afstanden til stakeholders blive for stor, da virksomheden i værste fald kan miste legitimitet.¹⁷⁷

Friedman argumenterede for, at sociale hensyn skulle varetages af politikere og lovgivningen, mens virksomhederne kun skulle profitere, hvilket i sig selv ville hjælpe samfundet gennem skatter og afgifter. I nogle tilfælde giver det muligvis bedre resultater ved at tage mere i skat fra virksomhederne og benytte pengene på kanaler, der har bedre kompetencer til at tage sig af de sociale problematikker, som Knox & Maklan giver udtryk for.¹⁷⁸ Imidlertid lyder det som et kvalificeret bud til at forbedre visse sociale vilkår, men princippet om at gøre virksomhederne bevidste om de beslutninger, som de tager i forhold social ansvarlighed, forsvinder med ideen. Ydermere er det i den private virksomheds interesse at skabe værdi gennem social ansvarlighed.

10.2.1. IMPLEMENTERING AF CSR I OPP-KONTRAKTER

For at gøre det nemmere for private parter at benytte sig af sociale klausuler i OPP-sammenhæng, er det vigtigt, at den private part hurtigst muligt bliver informeret om muligheden for sociale klausuler. En tidlig implementering af sociale klausuler betyder, at OPP-selskabet kan skabes med CSR groet fast helt ind i kernen. Det vil gøre OPP-selskabet helgarderet mod EU's udbudsdirektiver, der helst ser, at sociale hensyn i opgaver sendt til udbud har en direkte forbindelse med kontraktens genstand¹⁷⁹. Samtidig kan det nemmere give OPP-selskabet et socialt ansvarligt kendetegn, som måske kan gøre det nemmere for skeptikere at acceptere, at en egentlig offentlig opgave bliver

¹⁷⁶ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 240

¹⁷⁷ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 238

¹⁷⁸ Knox & Maklan: *"Corporate Social Responsibility: Moving Beyond Investment Towards Measuring Outcomes"*, 2004, s.509

¹⁷⁹ 2004/18/EF, artikel 23 om tekniske specifikationer eller 2004/18/EF, artikel 53, stk. 1. litra a om tildelingskriterier. I de nye udbudsdirektiver 2014/24/EU findes de under artikel 42, hvis den sociale klausul skal inkluderes som kravspecifikation eller 2014/24/EU, artikel 67, stk. 2, hvis den sociale klausuler implementeres gennem tildelingskriterier

varetaget via private virksomheder. For som Yuan forklarer i *"Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework"*, har virksomheder kerneelementer og periferielementer, hvor kernen er det, der definerer virksomheden, og i hvilket virksomheden identificerer sig med. Det periferielement, som virksomheder besidder, er foretagender, der ellers omgiver virksomheden som følge af eller til fordel for deres kerneelementer, f.eks. virksomhedsarrangementer, beslutninger omkring drift og andre foranstaltninger med virkning som en buffer over for omverdenens indflydelse. Derfor er kerneelementer sværere at lave om på og tager længere tid, mens periferielementer nemmere kan omdannes og ændres med kortere varsel og proces.¹⁸⁰ Jo dybere i kernen socialt ansvar er implementeret, des nemmere kan virksomheden selv identificere sig som en ansvarlig, hvilket tiltrækker ansvarlige, bevidste forbrugere. Dermed vil skeptikere også, som nævnt, være mere tilbøjelig til at godkende den nye måde at varetage offentlige opgaver på. Denne opfattelse blev ligeledes diskuteret af Knox & Maklan, hvor de netop efterspurgte måder, hvorpå sociale programmer, der har en direkte forbindelse med virksomhedens erhverv, kan løses.¹⁸¹ Når sociale klausuler, relateret til det, som virksomheden normalt beskæftiger sig med, tilføjes en OPP-kontrakt, er det i den anledning heller ikke længere en begrænsning, men blot mindre besvær i forhold til det ekstra arbejde, som det kræver for at implementere det, hvis OPP-selskabets kerne ikke i forvejen indeholder CSR-elementer.

Yderligere forklarer Yuan i *"Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework"*, at virksomheders kerneelementer i princippet fremstår som unikke, værdiholdige, ikke-overførelige samt ikke-imiterbare og differentierer sig dermed fra konkurrenterne.¹⁸² Differentieringen synes af den grund større, hvis sociale hensyn er en etableret del af virksomhedens kerneelement.

I OPP-kontrakter med sociale klausuler vil implementeringen være nemmere at have med at gøre, eftersom OPP-selskabet ikke eksisterer, inden opgaven skal påbegyndes. Selskabet stiftes alene med henblik på at udføre den pågældende opgave.¹⁸³ Etablerede virksomheder skal igennem en større proces og tilvænning for at skabe et socialt ansvarligt image. Her er Yuan igen behjælpelig med syv

¹⁸⁰ Yuan, Bao & Verbeke: *"Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework"*, 2011, s.78

¹⁸¹ Knox & Maklan: *"Corporate Social Responsibility: Moving Beyond Investment Towards Measuring Outcomes"*, 2004, s.514

¹⁸² Yuan, Bao & Verbeke: *"Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework"*, 2011, s.79

¹⁸³ Kendt som betegnelsen SPV (special purpose vehicle) selskaber, der er oprettet til primært et formål og opløses eller forsvinder, når formålet er nået og/eller gennemført. En betegnelse der passer perfekt til et OPP-selskab.

forskellige situationer, som en virksomhed kan stå i angående CSR-integration.¹⁸⁴ En af de syv er særlig relevant for OPP-selskaber. Det drejer sig om *"Born CSR oriented"*, hvilket beskrives som en virksomhed, der er født med CSR-rutiner og -værdier. Det er kernen og virksomhedens identitet, som består af CSR. Det vil være at foretrække frem for periferidele af virksomheden, der kun kan varetage social ansvarlighed til en vis grad.¹⁸⁵

Det hænger sammen med behovet for at se på virksomhedens adfærd og ikke blot attitude, når det kommer til CSR. De foranstaltninger, som virksomheden foretager sig, skal ikke stå hen i det uvisse, men vurderes og analyseres efterfølgende for at se, om de foranstaltninger, der er foretaget, har medført den eftersøgte effekt.¹⁸⁶ Det vil være forskellen på en virksomhed med CSR fastgroet i kernen og en virksomhed med CSR som et periferielement.

Der er brug for en bedre måde at optimere socialt ansvar på blandt virksomhederne. CSR i sig selv er et accepteret element.

10.2.2. CSR & BRANDING

Efter implementeringen af sociale klausuler og beregning af transaktionsomkostningerne vendes opmærksomheden mod fordelene ved CSR. Der er stadigvæk den dag i dag ikke mange undersøgelser om, hvordan CSR generelt har påvirket/påvirker en virksomheds faktiske fortjeneste. Nogle af de få, Ioannou & Serafeim, har i deres undersøgelse konkluderet, at der kun er en lille sammenhæng mellem CSR og investorers interesse i virksomheden.¹⁸⁷ Social ansvarlighed har dog ingen negativ betydning for virksomhedens profit, tværtimod har CSR en positiv effekt på virksomheden i langt de fleste tilfælde.¹⁸⁸ Yderligere har en tredje undersøgelse påvist gennem aktiepriser, at 90 virksomheder med CSR over en årrække udkonkurrerer 90 virksomheder, der ikke benytter sig af CSR, som illustreret i figur 6 nedenfor.¹⁸⁹ Negative opfattelser om CSR angående tab

¹⁸⁴ Yuan, Bao & Verbeke: *"Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework"*, 2011, s.81

¹⁸⁵ Yuan, Bao & Verbeke: *"Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework"*, 2011, s.80

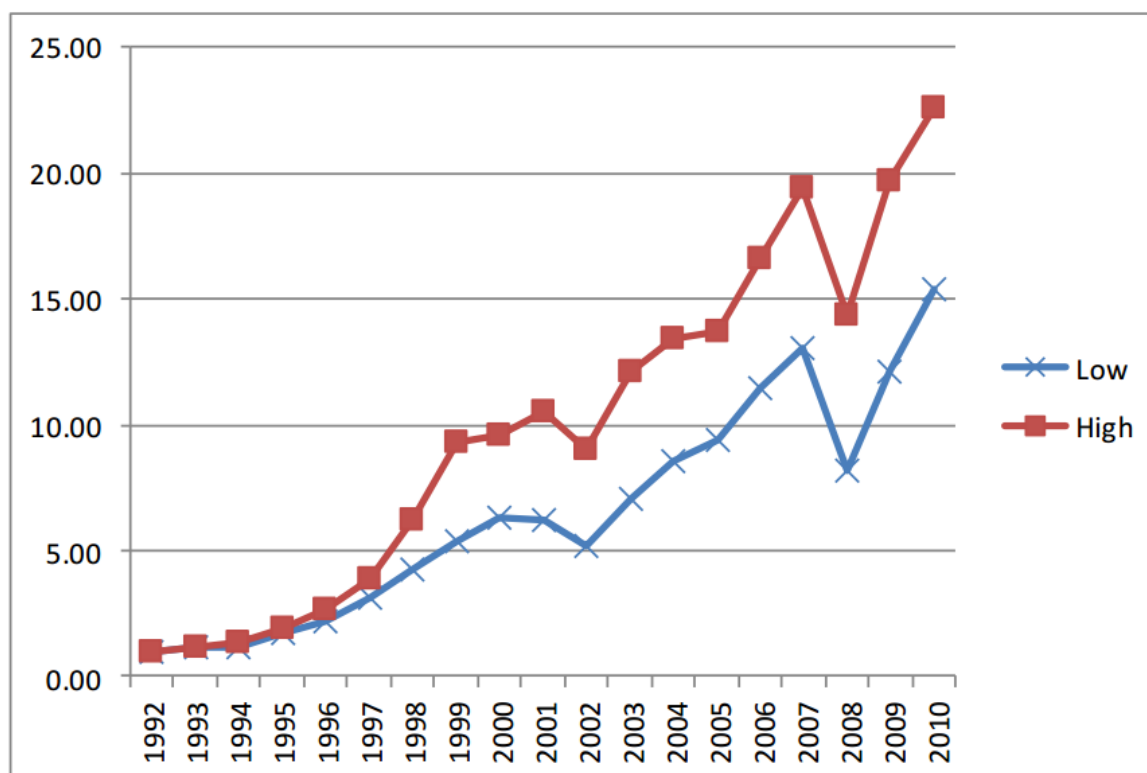
¹⁸⁶ Knox & Maklan: *"Corporate Social Responsibility: Moving Beyond Investment Towards Measuring Outcomes"*, 2004, s.514

¹⁸⁷ Ioannou & Serafeim: *"The Impact of Corporate Social Responsibility on Investment Recommendations"*, 2014, s. 30

¹⁸⁸ Margolis, Elfenbein & Walsh: *"Does it pay to be good? A meta-analysis and redirection of research on the relationship between corporate social and financial performance"*, 2007, ss.22-23

¹⁸⁹ Eccles, Ioannou, & Serafeim: *"The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance"*, 2013

af profit kan derfor diskuteres gennem disse empiriske undersøgelser. Det afhænger naturligvis immervæk af, hvordan den enkelte virksomhed bearbejder de sociale klausuler. Det er med antagelsen om, at virksomheder frivilligt og med god vilje selv vælger at implementere CSR i deres forretning. Der er tilmed empiriske undersøgelser, der viser, at virksomheder ikke kun er interesserede i pris, når de forhandler, men også i tillid, omdømme og image.¹⁹⁰



Figur 6 – Udviklingen over investering af \$1 over en 18-årig periode, figur udarbejdet af Eccles, Ioannou, & Serafeim: *"The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance"*, 2013, s. 44

Ifølge Hur, Kim & Woo påvirker CSR direkte virksomheders brand og omdømme. Derudover udtaler de, at forbrugere foretrækker socialt ansvarlige virksomheder.¹⁹¹ Forbrugere, der stoler på en virksomhed og identificerer sig med denne, vil være mere villige til at tilgive den pågældende virksomheds eventuelle fejltagelser, i og med at de har vist sig for normalt at være socialt

¹⁹⁰ Chi-Shiun Lai & andre: *"The Effects of Corporate Social Responsibility on Brand Performance: The Mediating Effect of Industrial Brand Equity and Corporate Reputation"*, 2010, s. 457

¹⁹¹ Hur, Kim & Woo: *"How CSR Leads to Corporate Brand Equity: Mediating Mechanisms of Corporate Brand Credibility and Reputation"*, 2013, s.75

ansvarlige.¹⁹² Godt omdømme kan altså gøre virksomheden mere immun over for negativ information.

Hvis en virksomheds etik og forretningsmodel indeholder værdier, som forbrugerne kan forbinde sig selv med, er der en større mulighed for, at de stoler på virksomheden. Derfor er social ansvarlighed en mulighed for virksomheden til at komme tættere på forbrugerne og vinde deres accept.¹⁹³ Forbrugere vil i forskellige situationer tænke på en virksomheds erfaring med og håndtering af de stakeholders, der er tæt forbundet med den pågældende virksomhed, hvilket forklarer årsagen til, at de nemmere kan identificere sig med den pågældende virksomhed.

Et eksempel på dårlig håndtering af CSR og en mærkbar konsekvens som følge heraf var situationen omkring Ryanair og deres danske baser. Dårlige arbejdsvilkår for ansatte og dårlig kundeservice for kunder betød, at Ryanair måtte lukke deres baser i Danmark. Ryanairs omdømme faldt i Danmark,¹⁹⁴ hvilket ikke hjalp på deres CSR-rangering, som i 2010 hed nummer 575 ud af 581.¹⁹⁵ Trods det dårlige ry er Ryanair stadig Europas største lavprislejerselskab og har senest opnået profit på 25 % i første kvartal i forhold til året før.¹⁹⁶ Deres omdømme har ikke holdt kunderne væk fra at benytte selskabet, hvilket skyldes deres lave priser, der overskygger alle andre parametre forbundet med CSR. Der, hvor deres omdømme til gengæld har haft en negativ effekt, er deres forhold til andre virksomheder, foreninger og andre potentielle samarbejdspartnere. I Danmark er deres muligheder nu begrænset, politikere undlader at rejse med selskabet, og forbrugerne, selvom de stadig benytter sig af selskabet, forbinder dem med negativiteter. Det kan ikke udelukkes, at det dårlige ry også vil påvirke andre fremtidige udvidelsesmuligheder i andre lande.

Modsat Ryanair er isproducenten Ben & Jerry's kendt som en proaktiv socialt ansvarlig virksomhed, der vægter deres omgivelser og stakeholders højt. Dette gjaldt, både inden virksomheden blev solgt til Unilever og efter salget. Virksomheden var *"Born CSR oriented"* med stort socialt engagement, som de har formået at bibeholde. Der tages store hensyn til alle deres stakeholders, hvilket på ingen

¹⁹² Hur, Kim & Woo: *"How CSR Leads to Corporate Brand Equity: Mediating Mechanisms of Corporate Brand Credibility and Reputation"*, 2013, s.76

¹⁹³ Hur, Kim & Woo: *"How CSR Leads to Corporate Brand Equity: Mediating Mechanisms of Corporate Brand Credibility and Reputation"*, 2013, s.77

¹⁹⁴ <http://www.business.dk/transport/ryanair-image-styrtdykker-kunderne-er-ligeglade>

¹⁹⁵ <http://www.irishtimes.com/news/ryanair-near-bottom-of-ethical-ranking-list-1.615902>

¹⁹⁶ <http://corporate.ryanair.com/news/nyheder/150727-q1-profit-up-25-to-245m-higher-loads-as-traffic-grows-16-to-28m/?market=da>

måder holdes skjult. Deres kunder er ikke i tvivl om, hvad de får, og hvad virksomheden står for. Eksempelvis har de forskellige varianter af is, der støtter forskellige sociale hensyn, jf. billede nedenfor.



The advertisement features a large, tilted tub of Ben & Jerry's Chocolate Fudge Brownie ice cream. The tub is open, revealing a miniature town inside. The town includes a building labeled 'GREYSTON Bakery', a bridge labeled 'YONKERS', and a city skyline. Several people are visible in the town, including one person standing on a small platform with a bunch of colorful balloons. Outside the tub, there are more colorful balloons and two brownies tied with string. The Ben & Jerry's logo is prominently displayed at the bottom left of the tub.

BROWNIES THAT DO GOOD

Greyston Bakery shows how business can serve the community by providing jobs, training & child care to the underserved.

Go to benjerry.com to learn more about responsible sourcing.

©Ben & Jerry's Homemade, Inc. 2011 18436d Cows: ©Woody Jackson 1997
Late Night with Jimmy Fallon ©NBC Studios, Inc. Licensed by NBCUniversal Television Consumer Products Group 2011. All Rights Reserved.

Figur 7 - Ben & Jerry's is med social ansvar

Virksomhedens proaktive sociale ansvar fremstår endnu tydeligere gennem Ben & Jerry's Foundation, der har til formål at give noget tilbage til både lokalsamfundet og andre i landet.¹⁹⁷

Denne sociale ansvarlighed kan også føre til, at virksomhedens brandværdi stiger, i og med at det gode omdømme forbinder virksomheden med ansvarlighed og kvalitet, der skal sikre alle stakeholders tilfredshed. Social ansvarlighed kan tilmed være med til at føre virksomhedens brand længere ud blandt folket og gøre folket opmærksomt på virksomhedens eksistens og formål, hvilket er lykkedes Ben & Jerry's i høj grad. Ryanair har desværre ikke været lige så heldige. Det virker til, at de lever godt af ideen om at "al omtale er god omtale", hvilket de gør med stor fremgang.

Forskellen mellem ovenstående virksomheder viser vigtigheden af CSR, ikke blot i forhold til forbrugerne, men også for fremtidig potentielle partnere som måske kan være den offentlige myndighed.

10.2.3. BETYDNING AF BRANDING I FORHOLD TIL OPP

Når en privat part skal tage stilling til, hvordan de skal gøre brug af sociale klausuler i en OPP-kontrakt, vil det være nemmest at implementere de sociale hensyn i OPP-selskabets kerne fra processens start. For virksomheder, der i forvejen har en CSR-politik etableret, kan det være den afgørende differentiering, når den offentlige myndighed skal vælge en tilbudsgiver, der lever op til deres forventninger. Jo bedre omdømme og ry virksomheden har, des tryggere føler den offentlige myndighed sig.

Det må anses for at være endnu vigtigere i en OPP-opgave, når der er tale om et offentligt projekt, der skal varetages af en privat part. Det vil for OPP-selskabet være nemmere at vinde lokalsamfundets accept, hvis de anerkender deres behov. Som stakeholders vil de være påvirket af OPP-projektet gennem længere tid, og den tid kan føles længere og besværeligere for OPP-selskabet uden opbakning fra samtlige stakeholders. Det må derfor anses som essentielt at holde de kommende forbrugere tæt på projektet gennem sociale hensyn.

¹⁹⁷ <http://benandjerrysfoundation.org/>

10.3. Økonomisk konklusion

Det kan hermed konkluderes, at der både for den offentlige myndighed såvel som den private part er transaktionsomkostninger forbundet med implementeringen af en social klausul. Uanset hvilket element parterne ønsker at tilføre kontrakten, vil det oftest medføre øget transaktionsomkostninger.

En måde at forsøge at mindske transaktionsomkostningerne ved implementering af sociale klausuler vil være gennem standardisering. Rutine giver parterne mindre behov for at involvere eksterne aktører til at udarbejde de processer, der er forbundet med etablering af en social klausul i en OPP kontrakt.

Ydermere gælder det for parterne at mindske opportunistiske adfærd og forsøge at opnå den fuldstændige kontrakt med objektiv rationale. Jo tættere på den fuldstændige kontrakt parterne kommer, jo mindre uforudsete omkostninger, inklusiv transaktionsomkostninger, vil der være. Benytter parterne bevidst opportunistisk adfærd og dermed begrænset rationale, vil de asymmetriske informationer påføre den kontraherende part en højere transaktionsomkostning.

Den private parts mulighed for at få adgang til markedet, hvilket i det her tilfælde er muligheden for at fremlægge et tilbud for den offentlige myndighed kan ske gennem differentiering. Formår den private part at ramme de behov, den offentlige myndighed har gennem differentiering vil fortjenesten mærkes i form af muligheden for at fremlægge et tilbud eller deltage i en dialog med den offentlige myndighed.

CSR er fundamentalt for den private part, når denne vil oprette et OPP-selskab med en offentlig myndighed. Det gør sig gældende på flere planer. Da den private part ved siden af OPP-selskabet muligvis har en almindelig virksomhed at drive, kan værdien på denne også forøges gennem OPP-projektet. Det skyldes den store branding værdi, OPP kan skabe. Social ansvarlighed anses af alle interessenter som et positivt varemærke. Aktieværdien vil over længere tid stige i forhold til en virksomhed, der ingen social ansvarlighed udøver. Opbakning fra samfundet vil føre til en større tillid fra alle interessenter. Det kan eventuelt gavne i form af flere finansieringskilder til OPP-selskabet.

11. DISKUSSION

Diskussionsafsnittet vil blive brugt til at sammenfatte bestemte juridiske elementer med nogle af de økonomiske aspekter. Herefter vil andre potentielle emner, der kunne have været med til at løfte opgaven yderligere, belyses.

I Caranta & Trybus: *"The Law of Green and Social Procurement in Europe"* forklarer Steen Treumer, at majoriteten af offentlige instanser, adspurgte om, hvorfor de ikke benytter sociale klausuler i deres udbud, svarer, at de ingen ide har, om hvordan sociale klausuler implementeres, hvis ikke der er en standardkontrakt til at vejlede dem¹⁹⁸ Lichère, Caranta & Treumers kritik¹⁹⁹ bekræfter det yderligere, at de offentlige myndigheder går i en cirkel, når der er usikkerhed omkring udbudsretlige problemstillinger. Netop derfor er dette forsøg på at besvare nogle af de spørgsmål, der måtte opstå i forhold til OPP-udbud og sociale klausuler, vigtig. Med en ny udbudsdirektiv, der træder i kraft inden længe, er der stadig plads til at kigge dybere ind i de bagvedliggende årsager til, at offentlige myndigheder nærmest frygter at tilføje sociale klausuler i OPP-projekter.

I denne afhandling er kun en brøkdel af mulige problemstillinger vedrørende det overordnede emne om implementering af sociale klausuler i OPP besvaret. Et skridt er at vide, at tekniske specifikationer ikke egner sig til sociale klausuler på samme måde som tildelingskriterier. Et andet er at se igennem de transaktionsomkostninger, der er forbundet hertil.

Frygten smitter af på de private parter, der helst vil være fri for yderligere risici. Dermed bevæger vi os mod en tendens til ubevidst at se bort fra de sociale ansvar, der er forbundet med OPP'er. Sue Arrowsmiths ihærdige forsøg på at implementere ideen om horisontale samarbejder bærer frugt, men går for langsomt, hvis de involverede parter holder sig fra ideen alene på baggrund af dårlige vaner, som det i princippet er.

Det nye udbudsdirektiv skubber initiativet til de forskellige aktører med væsentlige ændringer til fordel for CSR relaterede emner. Med mod og bedre kompetencer vil de økonomiske problemer forbundet med kontrakterne også aflives og behovet for genforhandling og yderligere omkostninger kan således fjernes helt. Man kan dog spørge om beslutningen om at udvide in-house mulighederne vil gavne de innovative metoder, idet offentlige myndigheder nu har plads til at holde sig helt væk

¹⁹⁸ Caranta & Trybus: *"The Law of Green and Social Procurement in Europe"*, 2010, v/Steen Treumer, s. 64

¹⁹⁹ Se afsnit om *Tekniske specifikationer*

fra private parter og undlade at sende opgaver til udbud overhovedet. Det kan måske være til fordel for de sociale hensyn, da den offentlige myndigheds interesse i at tage de ansvar må anses større end ved private virksomheder. Økonomisk vil undertegnede vove og påstå, at OPP'er vil give mere til udviklingen generelt. Denne påstand bunder i troen på, at private virksomheder trods alt arbejder ud fra en mentalitet, hvor effektivisering og innovation er nogle af de daglige mål, de tilstræber. Dermed er problemstillingen igen, hvordan opvejes de sociale hensyn mod de økonomiske fordele. I denne afhandling var resultatet som forventet, at der altid vil være en større transaktionsomkostning, når der tilføjes flere elementer i kontrakten. Dog er der både fra den økonomiske teori og den juridiske verden principper om gennemsigtighed og objektive kriterier, hvilket imidlertid virker til at være ualmindelige svære at overholde, hvad enten det er bevidst eller ubevidst. Det siges, at når alle involverede parter opnår harmoni i arbejdsprocessen vil opgaven løftes på et højere niveau. Men Williamson har fat i vigtige elementer gennem transaktionsomkostningsteorien. Begrebet om opportunistisk adfærd og den begrænset rationalitet bremser både den offentlige myndighed og den private part fra at se mulighederne fra en objektiv synsvinkel, at se gennem objektiv rationalitet. Denne rationale må være, at individet kan opnå mere, når flokken også er aktiv på et højere økonomisk niveau. Derfor må den offentlige tænke på den private part før de overvejer at benytte sig af in-house metoder til at løse en opgave, mens den private part må indse, at en OPP, der varetager opgaver, som vedrører flere stakeholders, ikke kan overleve uden sociale hensyn i det lange løb. Som Freeman har forsøgt at forklar det, gælder det, at i det lange løb, vil de virksomheder, der ikke viser hensyn til stakeholders behov, miste den magt, som de har erhvervet sig. De virksomheder, der ikke accepterer at implementere social ansvarlighed, vil se andre gøre det, og magten følger den, der tager ansvar.²⁰⁰

²⁰⁰ Freeman & andre: *"Stakeholder Theory – The State of the Art"*, 2010, s. 237

12. KONKLUSION

Formålet med denne afhandling var at bearbejde følgende problemstillinger:

Juridisk:

Hvordan er det for den offentlige myndighed muligt, at implementere sociale klausuler i OPP-kontrakter via EU-udbudsdirektivets tildelingskriterier og tekniske specifikationer?

Det kan på baggrund af opgavens juridiske analyse og delkonklusion udledes, at den offentlige myndighed ikke bør benytte tekniske specifikationer til sociale klausuler. Hvad angår tildelingskriterier, er de med den nye udbudsdirektiv optimeret til at anvende sociale klausuler i OPP-kontrakter. Med den formentlige nemmere adgang til konkurrencepræget dialog, er der kun de generelle EU-retlige principper at tage hensyn til.

Økonomisk:

Hvordan kan transaktionsomkostningerne i forbindelse med sociale klausler kompenseres gennem branding i en OPP-kontrakt?

Transaktionsomkostningerne vil altid blive påvirket af at tilføje nye elementer i OPP-kontrakten. De i forvejen høje transaktionsomkostninger forbundet med OPP kan i teorien kun minimeres gennem gentagne procedure og rutine, men der vil altid være nye problemer at tage stilling til, da OPP-projekter ikke er homogene varer, der kan standardiseres som sådan. Ved at bruge CSR som branding kan nogle af transaktionsomkostningerne i teorien modregnes, da den private part gennem social ansvarlighed og god omdømme tilegner sig en større værdi, i og med aktionærer kan blive tiltrukket af en virksomhed, der har et godt ry både blandt andre virksomheder, men også blandt andre stakeholders.

13. PERSPEKTIVERING

Som det allerede er diskuteret i diskussionsafsnittet, er der mange spørgsmål, der stadig venter på at blive besvaret.

Med de nye udbudsdirektiver, hvor den offentlige myndighed kan fastsætte en pris²⁰¹, og dermed lade tilbudsgivere konkurrere udelukkende om kvaliteten, hvilket giver plads til at anvende sociale klausuler.

Generelt virker de nye udbudsdirektiver til at tage mere hensyn til de sociale aspekter, hvilket bør være et incitament for både de offentlige myndigheder og de private virksomheder til at se potentialet i de muligheder.

Transaktionsomkostningerne vil også blive lavere, hvis parterne benyttede sig af OPP-kontrakter med sociale klausuler. Erfaringen og rutinen kan hjælpe på det.

Der må foretages flere undersøgelser og analyser i forhold til sociale klausuler og OPP-kontrakter, særligt når offentlige myndigheder eksplicit udtaler, at de ingen kompetence eller mod har på at forsøge sig frem.

²⁰¹ 2014/24/EU, artikel 67, stk. 2

14. LITTERATURLISTE

14.1. Bøger:

Caranta & Trybus: "The Law of Green and Social Procurement in Europe", 2010, DJØF Publishing Copenhagen, vol. 2

Freeman, Harrison, Wicks, Parmar & Colle: "Stakeholder Theory – The State of the Art", 2010, Cambridge University Press, New York

Bukh & Korsager: "Det er så yndigt at følges ad – Danske erfaringer med offentlig-privat partnerskab", 2006, Børsen Offentlig, København

Indén & Naundrup Olesen: "Offentlig-privat samarbejde", 2012, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Gråsten

Foreningen af Statsautoriserede Revisorer: "Offentlig-Private Partnerskaber – en organiseringsform fuld af perspektiver", 2008, BookPartnerMedia

Delmon: "Public-Private Partnership Programs – Creating a Framework for Private Sector Investment in Infrastructure", 2014, Kluwer Law International, The Hague

Naundrup Olesen: "Offentlig opgave på kontrakt", 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave

Steinicke & Groesmeyer: "EU's Udbudsdirektiver med kommentarer", 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Gylling, 2. udgave

Arrowsmith & Kunzlik: "Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions", 2009, Cambridge University Press, Cambridge

Lichere, Caranta & Treumer: "Modernising Public Procurement: The New Directive", 2014, DJØF publishing

Rasmussen & Mols: "Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson", 1993, Institute of Management University of Aarhus, Institut for Virksomhedsledelse

14.2. Artikler:

Tvarnø: U.2010B.190, "Offentligt-Privat Partnerskab (OPP) , Behov for en ny vejledning", 2010

Tvarnø: Partnering. En aftaleretlig udfordring, 2002

Parker & Hartley: "Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence", 2003

Van Den Hurk & Verhoest: "The Challenge of Using Standard Contracts in Public-Private Partnerships", 2014

Udbudsrådet: "analyse af transaktionsomkostninger ved udbud", 2011

Yuan, Bao & Verbeke: "Integrating CSR Initiatives in Business: An Organizing Framework", 2011

Knox & Maklan: "Corporate Social Responsibility: Moving Beyond Investment Towards Measuring Outcomes", 2004,

Margolis, Elfenbein & Walsh: "Does it pay to be good? A meta-analysis and redirection of research on the relationship between corporate social and financial performance", 2007

Eccles, Ioannou, & Serafeim: "The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance", 2013

Chi-Shiun Lai & andre: "The Effects of Corporate Social Responsibility on Brand Performance: The Mediating Effect of Industrial Brand Equity and Corporate Reputation", 2010

Hur, Kim & Woo: "How CSR Leads to Corporate Brand Equity: Mediating Mechanisms of Corporate Brand Credibility and Reputation", 2013

Goldberg: "Competitive Bidding and the Production of Precontract Information", 1977

14.3. Domme

C-368/10

C-243/89

C-120/78

C-324/98

C-87/94

C-16/83

C-26/03

C-107/98

C-225/98

C-31/87

C-513/99

Erhvervsstyrelsen (tidl. IT- og Telestyrelsen), Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og Forsvarsministeriet. Højesterets dom afsagt onsdag den 11. februar 2015, sag 110/2013

Østre Landsrets dom fra den 13. maj 2013 mod Erhvervsstyrelsen (tidl. IT- og Telestyrelsen), Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og Forsvarsministeriet, s. 379

14.4. Direktiver

Europa-parlamentets og rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«)

Europa-parlamentets og rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Europa-parlamentets og rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

14.5. Vejledninger

Kom (2001) 566

EU-kommissionen: "Grønbog om OPP", 2004 - (KOM(2004) 327 endelig)

Udbudsrådet: "analyse af transaktionsomkostninger ved udbud", 2011

EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994

EU-Kommissionen: "Sociale hensyn ved indkøb - En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb", 2011

2004/18/EF betragtning 1 & 46

Præambel til 2004/18/EF, pkt. 33

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Carl Otto Lenz fremsat den 12. september 1995, pkt. 89 – om sagen C-87/94

14.6. Andre

Vildbjerg Skole - <http://www.udbudsportalen.dk/Cases/OPS-projektkatalog/Vildbjerg-skole-i-Herning/>

DI Analyse: "Offentlig-privat samarbejde – redegørelse", 2015

<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Hvad-er-OPP#variationer>

<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Deponeringsregler>

<http://www.kfst.dk/opp>

CABI: Sociale klausuler i Holstebro, 2012 - <http://www.cabiweb.dk/media/1651/social-klausul-holstebro-29-6-12.pdf>

KPMG International: "The KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2013", 2013

<https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2013/12/kpmg-survey-corporate-responsibility-reporting-2013.html>

<http://www.kfst.dk/Tender/Fase-1/Hvad-indebaerer-traktatens-forpligtelse-til-gennemsigthed?tc=DD2F0B82F6DD4FB39976E7630D865DB9>

http://www.licitationen.dk/article/view/205447/klausuler_er_en_vej_til_flere_laerepladser#.VdsIJPbtIBc

<http://www.business.dk/transport/ryanair-image-styrtdykker-kunderne-er-ligeglade>

<http://www.irishtimes.com/news/ryanair-near-bottom-of-ethical-ranking-list-1.615902>

<http://corporate.ryanair.com/news/nyheder/150727-q1-profit-up-25-to-245m-higher-loads-as-traffic-grows-16-to-28m/?market=da>

<http://benandjerrysfoundation.org/>