

***Anvendelse af Strategisk Kontrahering på OPP-
kontrakter for opnåelse af Relational rents.***

Use of Strategic Contract on PPP contracts for obtaining
Relational rents.

*Camilla Uttenthal Månsson
&
Trine Sommer*

Kandidatafhandling på Cand.merc.jur
Copenhagen Business School
11. december 2015

Vejledere: Kim Østergaard og Lasse Henningsen

Anslag/sider: 229.303/109

Executive Summary

This thesis focuses on whether strategic contracting of a PPP contract can lead to sustainable competitive advantage, based on Jeffery H. Dyer & Singh's analytical framework. Furthermore, the thesis investigates whether procurement law sets limits to this.

The paper starts with an ex ante analysis of whether it is possible for the public party, through a competitive dialogue, to screen the market in order to identify the private party that forms the strategic fit through the complementary resources.

Next, the thesis focuses on whether the economic constraints of the PPP contract may bring about the necessary confidence and credibility in the relation, so that it is possible to achieve a sustainable competitive advantage. Trust and credibility can be built through relations-specific investments and knowledge sharing.

Subsequently, effective governance, ex post, will be analysed, including the form of governance that will be most effective for the regulation of this particular PPP contract. This form of governance must be able to handle subsequent events that the parties could not foresee ex ante, so that the PPP project can continue undeterred. One way of controlling how the governance can be used effectively, is through sharing of risks between the parties. The relationship must be strong enough to ensure that a change of contract is an option, but procurement law may put some limitations to this.

Finally, we analyse whether the PPP contract meets Dyer & Singh's four cumulative conditions for obtaining inter-organizational sustainable competitive advantage in the form of relational rents. This must be weighed against the transaction costs that the PPP contract entails.

Indholdsfortegnelse

Executive Summary	2
KAPITEL 1	6
Problemstilling	6
1.1 Indledning	6
1.2 Problemformulering	7
1.3 Synsvinkel	8
1.4 Afgrænsning	8
1.5 Metode	10
1.5.1 Erhvervsjuridisk metode	10
1.5.2 Juridisk metode	11
1.5.3 Økonomisk metode	13
1.5.4 Interdisciplinær metode	16
1.6 Struktur for afhandlingen	16
KAPITEL 2	19
Offentlig-Privat Partnerskab	19
2.1 Introduktion til Offentlig-Privat Partnerskab	19
2.1.1 Formål / Fordele ved OPP	20
DEL 1	24
Ex Ante	24
Screening	24
KAPITEL 3	25
Konkurrencepræget Dialog	25
3.1 Indledning	25
3.1.1 Udvælgelsesfasen	27
3.1.1.1 Komplementære Ressourcer	28
3.1.2 Dialogfasen	30
3.1.2.1 Fælles Mål	31
3.1.2.1.1 Business Plan	32
3.1.3 Transaktionsomkostninger ved konkurrencepræget dialog	35
3.2 Sammenfatning af Konkurrencepræget Dialog	36
KAPITEL 4	37
Tillid i Relationen	37
4.1 Indledning	37
4.2 Økonomiske Bindinger	39
4.2.1 Relationsspecifikke Investeringer	40
4.2.1.1 Nødvendigheden af en holdningsændring	42
4.2.1.1 Kvasi-renter og Truslen for Hold-up	44
4.2.1.1.1 Hold-up	44
4.2.1.2 Vidensdeling	45
4.2.1.2.1 Vidensdelingens rolle i forhold til virksomhedens vækst	48
4.2.1.2.1 Partnerspecifik Absorptionskapacitet	49
4.2.3 Sikkerhedsforanstaltninger i Kontrakten	51
4.2.3.1 Hardshipklausul	52

4.2.3.1 Genforhandling via Hardshipklausul versus Hold-up	54
4.3 Vedvarende Konkurrencemæssige Fordele ved Strategisk Kontrahering i OPP- relationen	54
4.3.1 Transaktionsomkostninger ved de Økonomiske Bindinger	56
4.4 Sammenfatning af Tillid i Relationen	56
KAPITEL 5	58
Sammenfatning af Del 1	58
DEL 2	60
Ex Post	60
Effective Governance	60
KAPITEL 6	61
Valg af Effektiv Styringsform	61
6.1 Indledning	61
6.2 Styringsformer	61
6.2.1 Transaktionsomkostninger ved den Effektive Styringsform	62
6.2.2 Initiativ til Værdiskabelse ved den Effektive Styringsform	64
6.2.3 Hvad er den mest Efficiente Styringsform for et OPP?	65
6.2.3.1 Konfliktåndterning	68
6.3 Sammenfatning af Valg af Effektiv Styringsform	69
KAPITEL 7	70
Efterfølgende Omstændigheder	70
7.1 Indledning	70
7.2 Efterfølgende Omstændigheder	70
7.2.1 Positive Efterfølgende Omstændigheder	71
7.2.3 Negative Efterfølgende Omstændigheder	71
7.2.3.1 Risikospørgsmålet	72
7.2.3.1.1 Risikoprofil	75
7.2.3.2 Efterfølgende Omstændigheder i Form af Parternes Misligholdelse	77
7.2.3.2.1 Former for Misligholdelse i OPP	78
7.2.3.2.2 Valg af Misligholdelsesbeføjelse i OPP-kontrakten	78
7.2.3.3 Efficiente Kontraktbrud	79
7.3 Sammenfatning af Efterfølgende Omstændigheder	80
KAPITEL 8	81
Ændring af Kontrakten	81
8.1 Indledning	81
8.2 Hovedreglen; Væsentlige Grundlæggende Ændringer i Kontrakten	81
8.2.1 Undtagelser	84
8.2.1.1 Ændringer i medfør af kontrakten	84
8.2.1.2 De minimis-reglen	85
8.2.1.3 Supplerende Bygge- og anlægsarbejder	85
8.2.1.4 Udskiftning af den oprindelige leverandør	86
8.2.1.5 Efterfølgende omstændigheder som en påpasselig ordregiver ikke kunne have forudset	87
8.3 Sammenfatning af Ændring af Kontrakten	88

KAPITEL 9	89
Konklusion på Del 2	89
KAPITEL 10.....	91
Relational Rents, Kvasi-renter og Transaktionsomkostninger	91
10.1 Indledning.....	91
10.2 Relational Rents og/eller Kvasi-renter	91
10.2.1 Komplementære Ressourcer	91
10.2.2 Relationsspecifikke Investeringer.....	92
10.2.3 Vidensdeling	93
10.2.4 Effektiv Styringsform.....	93
10.3 Relational Rents i forhold til Transaktionsomkostninger	94
10.3.1 Transaktionsomkostninger ex ante.....	95
10.3.2 Transaktionsomkostninger ex post.....	95
10.3.3 Totaløkonomi i OPP-projekter i forhold til et Almindeligt Entrepriseprojekt.....	96
10.4 Cost-Benefit Analyse	98
10.5 Sammenfatning af Relational Rents, Kvasi-renter og Transaktionsomkostninger	99
KAPITEL 11.....	100
Samlet Konklusion.....	100
Litteratur & Kildehenvisning	103
Bilag	109

KAPITEL 1

Problemstilling

1.1 Indledning

Offentlig-Privat Partnerskab (OPP) er en samarbejdsform, hvor en offentlig myndighed indgår et samarbejde med en privat leverandør til opførelse af et offentligt projekt. Samarbejdsformen er særlig attraktiv, da begrænsede offentlige midler, begrænser det offentlige råderum for finansiering af offentlige projekter. Med denne samarbejdsform har den offentlige sektor mulighed for at trække på privat finansiering. Ydermere bestræber OPP'et sig på at øge effektiviteten samt kvaliteten af de offentlige tjenester.¹ Flere EU-medlemsstater har fået kendskab til samarbejdets totaløkonomiske fordele.² Den øgede anvendelse kan ligeledes forklares med ønsket om i højere grad, at drage nytte af den private sektors know-how og arbejdsmetoder på det statslige område.³

Danmark har ikke været *first mover* inden for denne samarbejdsform, set i forhold til andre EU-medlemsstater.⁴ Storbritannien har stor succes med OPP-projekter og de har historisk set været et af de største markeder for Offentlig-Privat Partnerskab på verdensplan.⁵ Den danske interesse for OPP-projekter er dog stigende, men omfanget af disse samarbejder i Danmark kan stadig ikke måle sig med omfanget af projekterne i Storbritannien, idet sidstnævnte har gennemført over 600 OPP-projekter.⁶ Der var derimod ved udgangen af 2014 i Danmark registreret 30 OPP-projekter. Yderligere har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kendskab til

¹ Tvarnø C. D. & Østergaard K. (2013) *PPP versus PPPP, What is wrong in Denmark? Side 2.*

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2012) *Hovedkonklusioner angående de danske OPP-erfaringer.* Se yderligere Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber.*

³ Kommissionens Grønbog (2004) side 3, punkt 3.

⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har foretaget en undersøgelse af de danske OPP-erfaringer. (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2012) *Hovedkonklusioner angående de danske OPP-erfaringer.*)

⁵ EPEC (2012) *United Kingdom - PPP Units and Related Institutional Framework.* Side 5.

⁶ PPPForum, Industry body for public private partnerships delivering UK infrastructure.

10 OPP-projekter i 2015.⁷ En af årsagerne til Danmarks relativt få indgåede OPP-projekter i forhold til Storbritannien er, at Danmark ikke i samme omfang har været økonomisk presset og derfor ikke har været tvunget til at finde på nye løsninger. En anden væsentlig årsag er, at parterne generelt har været usikre på, hvem der skal bære risikoen for OPP-projekterne. Det vil sige, hvor meget de offentlige myndigheder skal gå ind i OPP-projekterne, samt hvor stor en del af ansvaret den private aktør skal bære.⁸ Derudover er den offentlige bygge- og anlægssektor i Danmark kommet under et gevaldigt pres, idet store bygge- og anlægsprojekter skyder frem, men der er tvivl i markedet om, hvorvidt de private leverandører har kapacitet nok, til at løfte disse tunge opgaver.⁹

Denne afhandling vil forsøge at gøre OPP-projekter endnu mere attraktive for de danske aktører, således at man forhåbentlig fremover vil se flere OPP-projekter i Danmark. Parterne skal åbne øjnene op for de totaløkonomiske fordele, samt de vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af en overnormal profit, der kan opnås ved denne samarbejdsform. Fokus i afhandlingen vil være på, hvorvidt brugen af strategisk kontrahering kan medvirke til opnåelse af den mest efficiente kontrakt for et OPP-projekt, således at der skabes en merværdi i kontraktforholdet.

1.2 Problemformulering

I denne afhandling ønskes følgende problemformulering besvaret:

Hvorledes er det muligt at udøve strategisk kontrahering gennem OPP, med udgangspunkt i at udvikle vedvarende konkurrencemæssige fordele, men hvor det ligeledes er nødvendigt at tage højde for, hvorvidt udbudsretten sætter nogle begrænsninger?

Med henblik på at besvare ovenstående spørgsmål, opstilles følgende problemstillinger:

1. Hvorledes kan strategisk kontrahering bidrage til at opnå den efficiente OPP-kontrakt?

⁷ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 27.

⁸ Greve C. (2015) *Det lysner for OPP-projekter i Danmark*.

⁹ Bygherre Foreningen (2014) *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked*. Side 3.

2. Hvilke juridiske begrænsninger/muligheder opstiller de udbudsretlige regler for håndteringen af OPP-kontrakten?
3. Hvorledes er det muligt at opnå relational rents i et OPP-samarbejde?
4. Hvorledes vil en overnormal profit i form af relational rents kunne betale sig i OPP-samarbejdet, i forhold til de transaktionsomkostninger der er forbundet med at opfylde Jeffrey H. Dyer & Harbir Singhs fire kumulative betingelser?

1.3 Synsvinkel

Denne afhandling tager sit udgangspunkt i det danske markeds udfordringer med indgåelse af OPP-projekter. Vi ønsker at klargøre, hvilke muligheder der opstår for en OPP-relation ved anvendelse af strategisk kontrahering, via proaktive samt reaktive bestemmelser. Ydermere belyses det, hvorvidt OPP-relationen kan generere interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, ved at opnå en overnormal profit i form af relational rents. Ud fra dette vil synsvinklen være på *relationen* mellem parterne i OPP'et. Afhandlingen vil ikke søge mod at ændre gældende ret, men derimod søge at vende OPP-parternes incitamenter om, således at der opstår incitamentsforenelighed. Juraen supplerer de økonomiske incitamenter gennem strategisk kontrahering. Dette bevirker, at parterne opnår denne incitamentsforenelighed, idet man ved brugen af strategisk kontrahering inddrager økonomiske bindinger, som udvikler den fornødne tillid og troværdighed i relationen.

For at den interorganisatoriske relation kan skabe vedvarende konkurrencemæssige fordele, samt opnå en overnormal profit i form af relational rents, kræves det at parterne går fra egennyttioptimering til en interorganisatorisk tankegang, således at der opstår incitamentsforenelighed. At anvende relationen som synsvinkel er interessant, idet samarbejdet består af både en offentligt myndighed samt en privat leverandør, som umiddelbart har to vidt forskellige differentieringsstrategier.

1.4 Afgrænsning

I denne afhandling analyseres det kontraktlige OPP-samarbejde.¹⁰ Det vil sige, at der er tale om to uafhængige juridiske enheder, som går sammen i et samarbejde om et givent offentligt

¹⁰ Kommissionens Grønbog (2004), side 9, punkt 21 formulerer: "*Begrebet kontraktuel OPP bruges om et partnerskab, der udelukkende bygger på et kontraktforhold mellem de forskellige aktører. Det dækker forskellige modeller, hvor en eller flere mere eller mindre omfattende opgaver overdrages til*

bygge- og anlægsprojekt. Ved at analysen fokuserer på det kontraktuelle OPP, afgrænses der fra at analysere et institutionelt OPP.¹¹ Denne afgrænsning skyldes, at vi i afhandlingen ønsker en kontraktform, hvor samarbejdet mellem den offentlige og den private sektor udelukkende bygger på et aftaleforhold, og dermed ikke en fælles ejet enhed. Med andre ord tager denne afhandling udgangspunkt i fordelene ved en privatfinansieret struktur, da OPP-projektets opførelse overdrages til den private part, herunder udformning, finansiering, gennemførelse, renovering samt vedligeholdelse.¹²

Ved etablering af et kontraktuelt OPP, er udgangspunktet, at udbudsdirektiverne skal overholdes i det tilfælde, hvor OPP-kontrakten falder inden for begrebet offentlig kontrakt.¹³ Denne afhandling vil fokusere på OPP'et som et nyanlæg, i forhold til en offentlig bygge- og anlægskontrakt.¹⁴ Det vil sige at vi afgrænser os fra en offentlig tjenesteydelseskontrakt samt en offentlig vareindkøbskontrakt.

En anden forudsætning for at udbudsloven samt direktivet finder anvendelse er, at OPP'ets værdi skal være over tærskelværdierne jf. forslag til udbudslovens § 6, stk. 1, litra 1.¹⁵ Afhandlingen tager ikke udgangspunkt i en konkret OPP-kontrakt, men analysen vil tage udgangspunkt i en kontrakt, hvis værdi er over tærskelværdierne.

den private partner, herunder udformning, finansiering, gennemførelse, renovering eller udnyttelse af et bygge- eller anlægsarbejde eller en tjenesteydelse.”

¹¹ Kommissionens Grønbog (2004), side 18, punkt 53 formulerer: *“Der er tale om institutionelle OPP'er, når der etableres en enhed, som ejes i fællesskab af den offentlige og den private partner. De offentlige myndigheder i medlemsstaterne gør især brug af denne model i forbindelse med forvaltning af offentlige tjenester på lokalt plan (f.eks. vandforsyning eller renovation.”*

¹² Kommissionens Grønbog (2004), side 9, punkt 21 - Denne privatfinansieringsmodel kaldes ofte for Koncessionsmodellen, da det er den private part er en direkte forbindelse til den private bruger, jf. punkt 22.

¹³ En offentlig kontrakt defineres i forslag til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 24 (som implementeret fra udbudsdirektivets art. 2, stk. 1, nr. 5) som værende *“gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører, og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.”*

¹⁴ Jf. forslag til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 23 (som implementeret fra udbudsdirektivets art. 2, stk. 1, nr. 6) er en Offentlig bygge- og anlægskontrakt en offentlig kontrakt om udførelse af eller projektering og udførelse af aktiviteter nævnt i bilag II til Europa-Parlamentets og Rådets a) direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65), b) udførelse af eller projektering og udførelse af bygge og anlægsarbejder, jf. nr. 5, eller c) udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, jf. nr. 5, der opfylder krav, som er specificeret af ordregiveren og har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering.

¹⁵ Som implementeret fra Udbudsdirektivet 2014/24/EU art. 4, stk. 1, litra a.

I et offentligt bygge- og anlægs OPP vil aftaleparterne kunne udgøre mere end to parter. Af hensyn til analysens omfang og struktur afgrænses der i denne afhandling fra, at der er tale om flere aftaleparter end to. Det vil sige, at afhandlingen tager udgangspunkt i relationen mellem én offentlig myndighed og én privat leverandør.¹⁶

EU-statsstøttere reglerne kan sætte begrænsninger for et OPP-projekt, vedrørende en efficient allokering af risikoen. Da OPP-samarbejdet er et længerevarende kontraktforhold er det tænkeligt, at den private leverandør kan opnå nogle økonomiske eller finansielle fordele, som denne ellers ikke ville få i et almindeligt konkurrencemarked. Statsstøttere reglerne vil ikke yderligere blive behandlet i denne afhandling, da afhandlingen fokuserer på et partnerskab og på hvilke midler parterne kan anvende (for eksempel fordeling af risikoen) for at dette OPP kan fungere.

1.5 Metode

1.5.1 Erhvervsjuridisk metode

Den erhvervsjuridiske metode vil udgøre rammen for denne afhandling. Ud fra denne metode integreres disciplinerne jura og økonomi. Denne metode inddrager virksomheden som analyseniveau frem for et samfundsmæssigt niveau. I denne afhandling vil analyseniveauet derfor være på relationen.¹⁷ Den erhvervsjuridiske metode er problemorienteret og vil tage udgangspunkt i juridiske og økonomiske problemstillinger, set ud fra OPP-relationens synspunkt. Ved disse problemstillinger skal der foretages valg, der vil optimere i økonomisk henseende, minimere risikoen for interessekonflikter, samt anvende juraen som et styringsinstrument for OPP-kontrakten.¹⁸

¹⁶ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 8 formulerer: “OPP-leverandøren er oftest et konsortium dannet af en række virksomheder, der tilsammen har de nødvendige kompetencer til at løse alle opgaver i et OPP-projekt. Der er typisk tale om en entreprenør, en driftsoperatør og en investor, men yderligere virksomheder kan være del af konsortiet afhængigt af hvilke opgaver, der indgår i OPP-kontrakten.”

¹⁷ Da analysen inddrager en offentlig part, er det dog også nødvendigt at have en samfundssynsvinkel, ud fra et velfærdsperspektiv. Fokus vil dog primært være på relationen.

¹⁸ Østergaard, K. (Julebog 2003) *Metode på cand.merc.jur. Studiet*. Side 281.

Retsdogmatikken kan siges at udgøre grundstenen i den erhvervsjuridiske metode. Til et selvstændigt videnskabeligt indhold er det nødvendigt, at inddrage økonomiske teorier i et samspil med retsdogmatikken.¹⁹

1.5.2 Juridisk metode

Den juridiske del af analysen gennemføres efter den retsdogmatiske metode, med henblik på at fastlægge gældende ret. Dette sker gennem systematisering, beskrivelse samt fortolkning og analyse af gældende ret.²⁰ Ved anvendelse af retsdogmatisk metode vil man komme frem til samme resultat som domstole og andre retsinstanser, ved den korrekte brug af retskilderne. Den korrekte anvendelse af retskilderne er ifølge Alf Ross, at man først analyserer ud fra retskilden *regulering*, dernæst *retspraksis*, så *retssædvaner* og til sidst *forholdets natur*.²¹

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i gældende dansk ret, samt forslaget til udbudsloven, fremsat den 7. oktober 2015 af erhvervs- og vækstministeren Troels Lund Poulsen, LFF 2015 19, hvilken er implementeret fra Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. Udbudsrettens bestemmelser anvendes, da der ikke er nogen særlig lovgivning vedrørende OPP'er. Dette bevirker, at det er de almindelige udbudsregler der skal håndtere de udfordringer som et OPP kan medføre.²² Den nye udbudslov træder i kraft d. 1. januar 2016, jf. forslag til udbudslovens § 196, stk. 1.²³

Sondringen mellem offentlig ret og privatret har altid eksisteret inden for den klassiske retssystematik.²⁴ Grunden til denne sontring skyldes, at tankegangen ikke er ens afhængig af, om man befinder sig inden for den offentlige ret eller privatretten. Dette betyder at

¹⁹ Østergaard, K. (Julebog 2003) *Metode på cand.merc.jur. Studiet*. Side 280.

²⁰ Nielsen, R. & Tvarnø, C. D. (2014) *Retskilder og Retsteorier*. Side 30.

²¹ Nielsen, R. & Tvarnø, C. D. (2014) *Retskilder og Retsteorier*. Side 34.

²² Opfølgning på Grønbogen fra 2005: ”Kommissionens meddelelse om partnerskaber mellem den offentlige og private sektor og om fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner, KOM(2005) 569 endelig, afsnit 2.3.” Skovgaard Ølykke, G. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 442.

²³ Kammeradvokaten (2015) *Ny udbudslov vedtaget*, formulerer: ”Det nye lovforslag, der netop er vedtaget, er i store træk en genfremsættelse af det tidligere lovforslag fra marts 2015.” Der er dog nogle ændringer, men de ændringer har ikke betydning for denne fremstilling. De bestemmelser i forslaget til udbudsloven som denne afhandling anvender vil derfor følge den nye udbudslovs bestemmelser.

²⁴ Sondringen findes helt tilbage til romerretten. Se yderligere Bangert, K. (1989) *Sondringen mellem offentlig ret og privatret: hovedtræk af den retshistoriske udvikling*.

anvendelsen samt fortolkning af en regel, kan være forskellig afhængig af, hvorvidt det er en offentligretlig eller privatretlig regel.²⁵

Den offentlige ret anses af Alf Ross som den del af juraen, hvor mindst én af parterne er en offentlig instans, det vil sige enten en stat, kommune eller lignende. Hvorimod privatretten er det retsforhold, hvori begge parter er private.²⁶

Sondringen mellem den offentlige ret og privatretten er med tiden blevet mere og mere uklar og har endda også fået en del kritik.²⁷ Dette skyldes at en lang række regler, som blandt andet de udbudsretlige og konkurrenceretlige, har grundlag inden for begge retsområder.

Sammenblandingen skyldes endvidere udviklingen i samfundets struktur. Samarbejdet mellem det offentlige og det private er intensiveret og derfor er det umuligt at følge klare linjer i reglernes anvendelse.²⁸ På denne måde har privatretten fået indflydelse på det offentligretlige område og vice versa. Der foreligger derfor et gråzoneområde, hvor offentlig ret og privatretten overlapper hinanden. Den gældende danske udbudsret beror på en fortolkning af elementer fra både offentlig ret og privatretten.²⁹ I dansk udbudsret er de kontrakter, som den ordregivende myndighed indgår, for eksempel omfattet af den almindelige privatretlige regulering. Udbudsdirektiverne gælder derfor uanset om medlemsstaterne vælger at henhøre offentlige kontrakter til privatretten eller den offentlige ret, jf. subsidiaritetsprincippet. EU-retten forholder sig derfor principielt neutralt til medlemsstaternes brug af sondringen mellem offentlig ret og privatret.³⁰ Danmark er et af de EU-lande, som har haft et privatretligt udgangspunkt på offentlige kontrakter, da de er omfattet af den almindelige kontraktret, der i et vist omfang er lovreguleret i for eksempel aftaleloven og købeloven, men som primært beror på domspraksis, litteraturen og forholdets natur.³¹ Kontrakter om offentlige anskaffelser, må selv om den ene kontraktpart er en

²⁵ Steinicke, M. (2007) *Offentlige myndigheder mellem offentlig og privat regulering*. Side 253.

²⁶ Ross, A. (1936) *Sondringen mellem privat og offentlig ret*. Side 113.

²⁷ Ross, A. (1953) *Ret og Retfærdighed*. Side 246 ff.

²⁸ Syddansk Universitet (2011) *Gråzoneområdet mellem offentlig og privat ret*.

²⁹ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 69.

³⁰ I sagen C-247/89, Kommissionen mod Portugal, Saml. 1991 I-3659, gjorde den Portugisiske regering gældende, at en indkøbsaftale faldt uden for det daværende indkøbsdirektiv, da aftalen var indgået i henhold til de privatretlige regler. Efter Portugals opfattelse omhandlede direktivet kun indkøbsaftaler, indgået i henhold til offentligretlige regler. Dette synspunkt afviste EU-domstolen.

³¹ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 69.

offentlig ordregiver, anses for formueretlige i aftalelovens forstand.³² Aftaleloven indeholder ingen eksplicitte regler om offentlige udbud. Derfor må de almindelige regler om kontraktindgåelse i aftalelovens kapitel 1 som udgangspunkt også gælde for offentlige udbud og dermed også for OPP.

I afhandlingen vil parternes aftalefrihed jf. aftalelovens § 1, stk. 1, nr. 1 samt DL 5-1-1 og 5-1-2, blive anvendt.³³ Det interessante i den juridiske del er, hvorvidt forslaget til udbudsloven eller udbudsretten generelt sætter nogle begrænsninger for at indgå et efficient OPP ud fra et privatretligt strategisk kontraherings synspunkt.

Udover ovenstående regulering anvendes retspraksis i form af EU-domme. Disse domme anvendes til at belyse gældende ret.

Almindelige betingelser for totalentreprise (ABT 93)³⁴ anvendes til udfyldning af OPP-kontrakten, da et bygge- og anlægs OPP er en udvidelse af totalentreprise begrebet. Derfor er det nærliggende at anvende disse praksisser, der er opsamlet i dette AB paradigme.³⁵

1.5.3 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse har til formål at berige den juridiske tankegang. Det vil sige, at den økonomiske teori påvirker den måde hvorpå OPP-kontrakterne bliver nedskrevet. Denne afhandlings teoretiske udgangspunkt i økonomisk henseende, er med fokus på Dyer & Singh som analyseramme.³⁶ Hertil inddrages kendte strategiteoretikere som Michael Porter og Jay Barney. Disse teoretikere har udviklet teorier som forklarer, hvorfor nogle virksomheder har en fremtrædende konkurrencemæssig position på markedet, via virksomhedernes strategier. Porter og Barney befinder sig dog i hver sin økonomiske skole, da Porters teori tager sit udgangspunkt i, at det er virksomhedernes eksterne omgivelser der medfører

³² Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 71.

³³ Tvarnø, C. D. (2014) *Negotiating Efficient PPP Contracts*. Side 1, formulerer: "The reason behind the freedom of contract is individual autonomy and public benefit. The contract is binding upon the parties and determines the rights and liabilities."

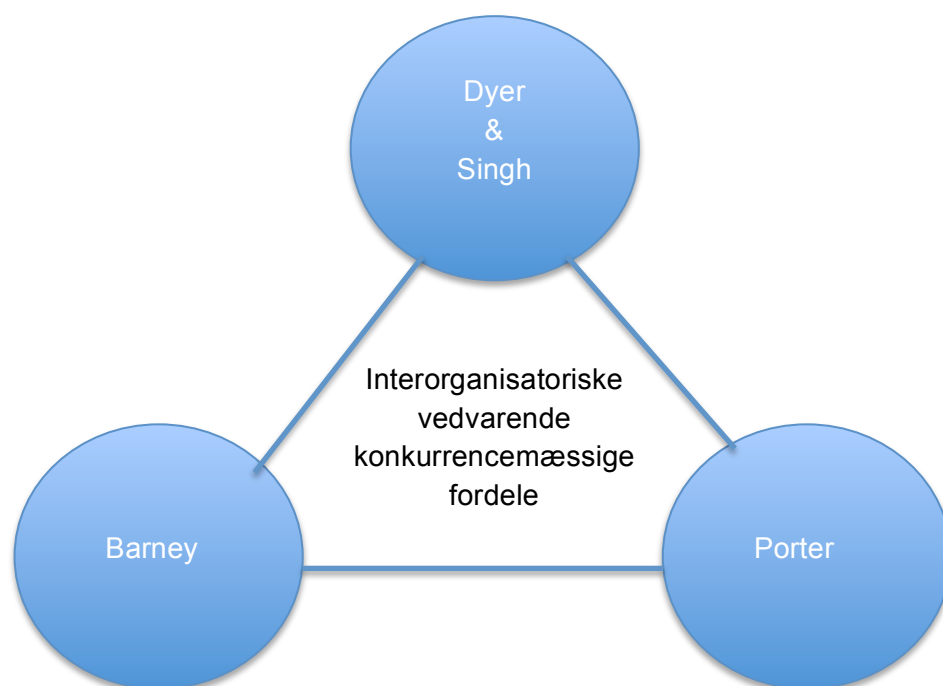
³⁴ CIR nr. 25226 af 22/12/1993, Gældende.

³⁵ Grønlund, M. M. & Christensen, R. M. Afhandling (2015) *Den Offentlige Bygherrers Efficiente Håndtering af Efterfølgende Omstændigheder i Totalentreprise*. Side 13.

³⁶ Dyer & Singh forbigår hele screeningsprocessen i deres artikel. Bent Petersen & Kim Østergaard har i deres artikel *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries* (2015) skrevet om denne screeningsproces. Denne afhandling vil koble denne screeningsproces sammen med udbudsreglerne om konkurrencepræget dialog.

konkurrencemæssige fordele, altså er denne teori dannet ud fra et brancheperspektiv. Barneys teori søger i stedet at rette fokus mod virksomhedens interne ressourcer, således at denne teori er ud fra et virksomhedsperspektiv og er ressourcebaseret. Grunden til at disse økonomer har så forskelligt et syn på teorien, skyldes, at Porters model udspringer af Harvard skolen, hvorimod den ressourcebaserede teori udspringer af den yngre Chicago-skole.³⁷

Porters og Barneys teorier anvendes typisk til at analysere de enkelte virksomheder og brancher isoleret set, hvorimod Dyer & Singhs teori tager udgangspunkt i det interorganisatoriske samarbejde. Ved at kombinere disse umiddelbart tre forskellige perspektiver og derved sammenfatte de respektive strategier til én samlet strategi, vil der efter vores opfattelse, kunne opnås interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele.



Ovenstående figur illustrerer forskellige måder at skelne en strategi på. Fælles for samtlige strategiteoretikere er, at de forklarer, hvorledes man opnår vedvarende konkurrencemæssige

³⁷ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 188.

fordele. Denne afhandling vil udvikle et økonomisk apparat, som indeholder elementer fra de tre anvendte strategier. Sammenkoblingen af disse tre strategier vil i denne afhandling ses i form af sammenførelsen af Dyer & Singhs relational rents-strategi (herunder Williamsons transaktionsomkostningsteori), Barneys ressourcebaserede strategi og ikke mindst Porters profitmaksimerings-strategi.

Dyer & Singhs strategi går ud på at få parterne væk fra en egenoptimerings-strategi, men hen imod en interorganisatorisk-strategi, for på denne måde at kunne udvikle interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele. Dyer & Singh analyserer blandt andet ud fra Williamsons teori om aktivspecifiteter. I afhandlingen vil Williamsons typer af aktivspecifiteter blive analyseret, men dog ud fra relationen, og derfor ikke ud fra et aktiv. Ikke alle typer af specifiteter vil blive analyseret, da ikke alle har relevans for OPP-relationen. Ydermere vil Williamsons transaktionsomkostningsteori blive anvendt til vurdering af, hvilken styringsform der er mest efficient for en OPP-kontrakt.

Barneys ressourcebaserede strategi indeholder en VRIO-model som forklarer, hvordan virksomheder opnår vedvarende konkurrencemæssige fordele, via virksomhedens ressourcer og kapabiliteter. I afhandlingen anvendes ikke Barneys VRIO-model direkte, da hans teori er baseret på ressourcer, hvorimod denne afhandling tager udgangspunkt i en analyse af vedvarende konkurrencemæssige fordele ud fra et relationsperspektiv. Derfor har vi udviklet en VRIN-model, hvor Barneys O, *organisation*,³⁸ er udskiftet med N, *non-substitutional*, som indebærer at relationen ikke skal kunne substitueres.

Porters profitmaksimerings-strategi anvendes i analysen om, hvorvidt parterne besidder eller kan opnå et fælles mål. I og med at det offentlige er blevet til en konkurrencestat vil det betyde, at der sker nogle krydsninger mellem det offentliges og det privates strategier og mål.

Udover ovenstående teorier anvendes Principal/Agent-teorien indirekte, i forsøget på at eliminere interessekonflikter og asymmetrisk information i OPP-relationen, både ex ante og ex post.

³⁸ "Hvilket drejer sig om, hvorvidt virksomheden er blevet organiseret på en sådan måde, at den kan få fuldt udbytte af sine ressourcer/kapabiliteter." Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 196.

1.5.4 Interdisciplinær metode

Den interdisciplinære metode udgør afhandlingens overordnede metodiske ramme og integrerer disciplinerne jura og økonomi. Det er herunder at økonomien for alvor beriger den juridiske tænkning.

Den interdisciplinære metode udgør afhandlingens opbygning, da analyserne ikke er delt op i enten en økonomisk analyse eller en juridisk analyse, men er integreret hele vejen igennem.

1.6 Struktur for afhandlingen

I denne afhandling vil det blive analyseret, hvorvidt strategisk kontrahering gennem proaktive og reaktive bestemmelser vil kunne bevirke, at en OPP-kontrakt bliver en mere attraktiv offentlig bygge- og anlægskontrakt på det danske marked frem for de traditionelle kontrakter. De proaktive bestemmelser vil bestå af en screeningsproces, relationsspecifikke investeringer, herunder vidensdeling mellem parterne, hvilket er med til at forebygge fremtidige interessekonflikter. Endvidere analyseres det hvorledes parterne ved et OPP-samarbejde gennem deres komplementære ressourcer kan opnå det strategiske fit, som i bedste fald kan medføre en vedvarende konkurrencemæssig fordel på markedet, inden for den offentlige bygge- og anlægssektor. Ydermere analyseres det hvilken styringsform der bedst kan håndtere dette. På denne måde analyseres både et ex ante samt et ex post perspektiv ud fra et OPP-samarbejde. Ex ante perspektivet skal medvirke til at OPP-relationen ex post undgår interessekonflikter, som kan føre til samarbejdets ophør.

Denne afhandling vil forsøge at analysere, hvorvidt brugen af strategisk kontrahering kan medføre interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i et OPP-samarbejde.

Dog er det vigtigt at holde sig for øje, at til trods for anvendelse af strategisk kontrahering i et OPP kan opnå interorganisatoriske fordele, er det altid relevant at overveje, om denne praksis er rentabelt på det pågældende projekt. *“Erfaringerne viser, at man for hvert projekt bør undersøge, om et partnerskab tilfører en merværdi i forhold til andre løsningsmodeller, f.eks. indgåelse af en mere klassisk kontrakt.”*³⁹

Strukturen for denne afhandling vil blive bygget op således;

Kapitel 1 - Omhandler afhandlingens emnevalg, problemstillingen, synsvinkel samt en redegørelse for de metoder der bliver anvendt i analysen. Ydermere er der en afgrænsning,

³⁹ Kommissionens Grønbog (2004) Side 4, punkt 5.

således at kun det relevante og dermed vigtige er medtaget i afhandlingen. Dette kapitel forsøger på denne måde at give læseren et overblik over, hvad afhandlingen indebærer.

Kapitel 2 - Definerer kort begrebet Offentlig-Privat Partnerskab (OPP) og fordelene herved. En definition af dette begreb finder vi nødvendig, da læsere af afhandlingen på denne måde har en mulighed for kort at blive sat ind i samarbejdsformens dimensioner og formål. Endvidere præsenteres Dyer & Singhs forskning i målet om at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele gennem fire kumulative betingelser.

DEL 1 - Ex Ante - Screening

Kapitel 3 - Undersøger hvorledes den offentlige myndighed gennem konkurrencepræget dialog - primært gennem udvælgelses- og dialogfasen - finder frem til netop den private leverandør der udgør det strategiske fit, gennem deres komplementære ressourcer. Dette er hele grundforudsætningen for samarbejdets eksistens og er derfor en yderst vigtig proces.

Kapitel 4 - Undersøger hvorvidt parterne efter at have fundet det strategiske fit, i forrige kapitel, kan udvikle et tillidsbånd i relationen og på denne måde få skabt en troværdighed. Det analyseres hvilke forpligtelser parterne med fordel kan nedskrive i kontrakten, primært gennem proaktive bestemmelser. Forpligtelserne vil bestå af nogle relationsspecifikke investeringer, samt af parternes pligt til vidensdeling. Det er specielt i dette kapitel, at brugen af strategisk kontrahering bliver interessant, da det er her det for alvor kommer i spil.

Kapitel 5 - Konklusion af del 1. Denne konklusion beskriver hvorvidt det har været muligt at løse adverse selection problemet ved de økonomiske bindinger parterne har foretaget ex ante. Her gives derfor svaret på, hvorvidt tilliden og troværdigheden i OPP'et kan skabes, idet der er tale om to vidt forskellige parter der indgår i samarbejdet.

DEL 2 - Ex Post - Effective Governance

Kapitel 6 - Analyserer hvilken styringsform parterne skal nedskrive i kontrakten ex ante, til brug for relationen ex post. På denne måde analyseres det, hvilken styringsform parterne skal vælge til håndteringen af OPP-samarbejdet.

Kapitel 7 - Tager udgangspunkt i, hvorvidt den valgte styringsform er den mest effiente for et OPP-projekt, således at denne forhindrer at efterfølgende omstændigheder ex post, ikke medvirker til samarbejdets fortsættelse.

Kapitel 8 - Søger at få afklaret hvilke ændringer der kan lade sig gøre i medfør af kontraktens bestemmelser, således at OPP-samarbejdet fortsætter, eller hvorvidt disse ændringer vil være væsentlige og grundlæggende ændringer af kontrakten således at udbudsretten vil sætte nogle begrænsninger herfor.

Kapitel 9 - Konklusion af del 2. Denne konklusion beskriver hvorvidt det er muligt at undgå moral hazard problemet, ved hjælp af den effektive styringsform. Her gives derfor svaret på, hvorledes valget af styringsformen er den mest effiente for OPP-projektet.

Kapitel 10 - Sammenfatning af fordelene ved ex ante og ex post analysen. Det vil sige en analyse af de gennemgåede fire kumulative bestemmelser, som tilsammen udvikler interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af en overnormal profit kaldet relational rents. Ydermere indeholder kapitlet en analyse af hvorvidt gevinsten ved at foretage denne OPP-relation kan opveje de transaktionsomkostninger, der er forbundet hermed.

Kapitel 11 - Dette kapitel udgør afhandlingens samlede konklusion.

KAPITEL 2

Offentlig-Privat Partnerskab

2.1 Introduktion til Offentlig-Privat Partnerskab

Der findes ingen generel EU-retlig samt en dansk definition af begrebet Offentlig-Privat Partnerskab (OPP),⁴⁰ dog kan det karakteriseres som et samarbejde, der er kendetegnet ved at alle projektets dele, det vil sige; design, projektering, etablering, drift og vedligeholdelse er samlet i én kontrakt mellem en offentlig myndighed⁴¹ og en privat aktør.⁴² I et OPP-projekt er der tale om, at den offentlige myndighed gennem konkurrencepræget dialog overlader byg- og anlægsherrerollen til en privat leverandør, der designer, projekterer, etablerer og vedligeholder driften af projektet over en årrække på typisk 15-25 år.⁴³ Totaløkonomisk set kræver det et godt samarbejdsklima og tillid, mellem den offentlige myndighed og den private leverandør.⁴⁴

Parternes roller er fordelt således, at det er den private leverandør der varetager alle opgaverne i OPP-projektet, og det er derfor også den private part, der står for driften og vedligeholdelsen af anlægget når dette er færdigbygget. Derimod er det den offentlige myndighed, der definerer målsætningerne med hensyn til den almene nytte, definerer kvaliteten af tjenesterne, prispolitikken og kontrollerer at målsætningerne overholdes.⁴⁵

⁴⁰ Kommissionens Grønbog (2004) side 3, punkt 1. Se yderligere Grønbogen side 5, punkt 8, hvor det gøres klart at *“Fællesskabsretten indeholder ingen specifikke regler om OPP'er. Det er dog fastslået, at en offentlig enheds ensidige eller kontraktuelle overdragelse af udøvelsen af en økonomisk aktivitet til tredjemand er underkastet de regler og principper, der kan udledes af traktaten, navnlig med hensyn til etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser (TEUF artikel 43 og 49)”*

⁴¹ Jf. forslag til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 28 som implementeret ved Udbudsdirektivet 2014/18 art. 2, stk. 1, nr. 1, er en offentlig myndighed blandt andet en kommune.

⁴² Jf. forslag til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 34 som implementeret ved Udbudsdirektivet 2014/18 art. 2, stk. 1, nr. 10, er en tilbudsgiver en økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud.

⁴³ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 7.

⁴⁴ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 10.

⁴⁵ Kommissionens Grønbog (2004) side 3, punkt 2.

Hvis et OPP projekt er privat finansieret, betyder det, at det er den private part i samarbejdet der står for finansieringen hele projektet igennem. Det vil sige, at den private leverandør skal betale for udgifter til anlægslån, drift og vedligeholdelse. Herefter betaler den offentlige part løbende for afskrivninger på anlægget, drift og vedligeholdelse til den private leverandør. Selve ejerskabet af anlægget vil ved denne finansieringsform typisk være privat i hele kontraktperioden.⁴⁶ Privat finansiering kan betyde større totaløkonomiske fordele, da denne finansieringsform medfører en incitamentsstruktur hos den private part og dermed sikres det, at OPP-projektets forløb er effektivt.⁴⁷ På denne måde medfører privat finansiering stærkere incitamenter for den private leverandør, end ved offentlig finansiering. Dette skyldes, at den private part *kun* vil modtage betaling samt få den forventede forrentning af investeringen, såfremt OPP-kontrakten gennemføres korrekt.⁴⁸

Til trods for at finansiering indgår i alle OPP-projekter, er *“OPP-modellen ikke en finansieringsmodel, men en organiseringsmodel.”*⁴⁹ Det vil sige, at finansieringen og ejerskabet af projektet ikke er et mål i sig selv, men er et middel til at opnå totaløkonomiske gevinster, i form af vedvarende konkurrencemæssige fordele.⁵⁰

2.1.1 Formål / Fordele ved OPP

Formålene og dermed også fordelene ved et OPP er, at skabe øget innovation og dermed vækst og beskæftigelse i private virksomheder, og samtidig opnå en mere effektiv offentlig sektor, der leverer velfærd.

En yderligere central fordel ved et bygge- og anlægs OPP er, at det er den samme private leverandør der varetager og er med i alle projektets processer - lige fra anlæg til drift og vedligeholdelse. På denne måde har den private part et overordnet overblik over de samlede

⁴⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013) *Barrierer for OPP ved kommuner og regioners bygge- og anlægsprojekter*. Side 12.

⁴⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvilke variationer af OPP forholder standardmodellen sig til?

⁴⁸ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 15.

⁴⁹ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 15.

⁵⁰ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 15.

omkostninger, hvor beslutninger og konsekvenser følges ad i samme tankegang. OPP-modellen samtænker derfor anlæg og drift, når vi taler om entrepriseretlige aftaler.⁵¹ På denne måde tilskyndes den private leverandør til at tænke totaløkonomisk og anvende innovative løsninger. For eksempel kan den private part have incitament til at anvende specifikke byggematerialer, hvis de på længere sigt kan give en besparelse i forhold til vedligeholdelsen. Det er således op til den private leverandør at vurdere, hvorvidt det er økonomisk efficient, at investere i de dyre materialer, i stedet for de mindre omkostningskrævende. OPP-leverandøren skal derfor agere strategisk og med betydelig omtanke for at få projektet gennemført tilfredsstillende, i forhold til pris, tid og kvalitet.⁵² Endvidere har OPP-leverandøren et incitament til at levere nyere og smartere løsninger, idet en mulig effektivisering og/eller besparelse kan give denne en økonomisk gevinst.⁵³ For eksempel vil en økonomisk gevinst ved effektivisering tilfalde den private leverandør. Udover dette kan konkurs kun tilkomme private virksomheder, hvis den totaløkonomiske adfærd mislykkes.⁵⁴

Ydermere er en anden væsentlig fordel ved samarbejdsformen OPP, at denne i forhold til et almindeligt totalentreprise har lavere transaktionsomkostninger på længere sigt. Transaktionsomkostningerne ved et OPP er højere i projektets opstartsfasen, men med tiden vil de blive langt mindre end ved et almindeligt totalentreprise projekt.⁵⁵

En tredje fordel ved et OPP er, at det er muligt at fordele risici mellem parterne. Dette foregår typisk ved, at den part, der har bedst mulighed for at påvirke sandsynligheden for, at en

⁵¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013) *Barrierer for OPP ved kommuner og regioners bygge- og anlægsprojekter*. Side 13.

⁵² Bygherre Foreningen (2014) *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked*. Side 3.

⁵³ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 23.

⁵⁴ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 12.

⁵⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvilke variationer af OPP forholder standardmodellen sig til? Se også Tvarnø C. D. & Østergaard K. (2013) *PPP versus PPPP, What is wrong in Denmark?* Side 3. Se yderligere Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 32.

begivenhed indtræffer, varetager risikoen herfor.⁵⁶ På denne måde opnår man et projekt, hvor risikoen varetages af den aktør, der bedst og billigst kan håndtere den. Eksempelvis påtager den private leverandør sig oftest risici for forsinkelser af nybyggeri og overskridelser af budgettet.⁵⁷ Det vil sige, at det især er de anlægs- og driftsrelaterede risici, som OPP-leverandøren bedst kan håndtere effektivt, i forhold til den offentlige myndighed. Dog betyder det ikke, at de risici som den private part i ringe grad har mulighed for at påvirke skal pålægges denne, da dette vil forværre en totaløkonomisk fordelagtighed.⁵⁸

Samlet set medfører et OPP-projekt en række fordele sammenlignet med et almindeligt entrepriseforhold. Dette skyldes at parterne hver især tilfører samarbejdet en række elementer; den private leverandør bidrager med innovationsskabende løsninger,⁵⁹ det offentlige opnår lavere udgifter, og samlet set udgør dette en samfundsøkonomisk gevinst, samtidig med at OPP-parterne har mulighed for at opnå et overnormalt afkast.⁶⁰ OPP-løsningen kan ses som en måde, hvorpå kontraktuelle problemstillinger kan håndteres, gennem skabelse af andre incitamenter, end traditionelle kontrakter gør.⁶¹

Formålet med denne afhandling er, at skabe mere fokus på den samlede gevinst ved OPP-samarbejdsformen. Som tidligere nævnt er der ikke indgået nær så mange OPP-projekter i Danmark, set i forhold til for eksempel England. Vores mål med denne afhandling er derfor,

⁵⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvad er fordelene ved OPP? Se også Tvarnø C. D. & Østergaard K. (2013) *PPP versus PPPP, What is wrong in Denmark?* Side 3.

⁵⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013) *Barrierer for OPP ved kommuner og regioners bygge- og anlægsprojekter*. Side 13.

⁵⁸ Disse kan eksempelvis være risici knyttet til tilstødende, eksisterende bygninger, myndighedsrelaterede risici eller risici knyttet til arkæologiske forhold. Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 17. For yderligere se samme analyse side 18.

⁵⁹ "OPP-projekter åbner generelt op for, at en OPP-leverandørs innovative kompetencer kan komme i spil. Dog er der snarere tale om smarte løsninger, der kan skabe merværdi end om egentlige nye løsninger." Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 23)

⁶⁰ Piening, A. & Nielsen, S. N. (2014) *Totaløkonomi og lange kontrakter - totaløkonomi i offentlige indkøb*. Slide 8.

⁶¹ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 441.

først og fremmest, at få de danske offentlige myndigheder til at se fordelene ved denne relationelle samarbejdsform, når store offentlige byggerier skal i udbud.

Jeffrey H. Dyer & Harbir Singh har i artiklen *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage* fokuseret på, hvorvidt aftaleparter ved at samarbejde kan opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele i form af en overnormal profit - *relational rents*.⁶² I denne artikel har Dyer & Singh fundet frem til, at hvis fire kumulative betingelser er opfyldt i relationen, så vil denne fordel være at opnå. Disse fire kumulative betingelser er henholdsvis; 1) *komplementære ressourcer*, 2) *relationsspecifikke investeringer*, 3) *vidensdeling* samt 4) *effektiv styringsform*.

Denne afhandling vil anvende Dyer & Singhs forskning som analyseramme for OPP-projekter, samt analysere hvorvidt strategisk kontrahering kan medføre at OPP'er kan opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af relational rents.

⁶² Definition af relational rents: “a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners.” Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*. Side 662.

DEL 1

Ex Ante

Screening

I afhandlingens første del vil den prækontraktuelle fase blive analyseret - nærmere bestemt hvilke bestemmelser der skal indgå i kontrakten. Screening fokuserer på selve relationen mellem parterne, samt på at identificere og sørge for, at den processuelle del af kontrakten bliver efficient opfyldt, således at et eventuelt adverse-selection (skjult viden) problem bliver løst.

Det karakteristiske ved adverse selection-problemet er, at det eksisterer før kontrakten mellem parterne indgås. Det har derfor karakter af et ex ante eller et prækontraktuelt problem. Ved adverse selection-problemet i et OPP-samarbejde har parterne i relationen endnu ikke, inden screeningsprocessen, haft mulighed for at eliminere eventuelle interessekonflikter, da muligheden for at generere tillid ikke har eksisteret. Problemet skyldes ofte den manglende troværdighed mellem parterne i OPP-relationen. Spørgsmålet er derfor, hvilke bestemmelser OPP-kontrakten skal indeholde, således at eventuelle interessekonflikter elimineres ex post, ved at der skabes tilstrækkeligt med tillid og troværdighed i OPP-relationen ex ante.

Ved denne ex ante position analyseres det, hvorvidt brugen af strategisk kontrahering i forbindelse med OPP-kontrakten kan medføre en løsning på ovenstående spørgsmål.

KAPITEL 3

Konkurrencepræget Dialog

3.1 Indledning

I dette kapitel er det relevant at undersøge, hvorledes den offentlige myndighed gennem konkurrencepræget dialog finder frem, til netop den private leverandør, der udgør det strategiske fit gennem deres komplementære ressourcer. For at den offentlige myndighed ønsker at indgå et samarbejde, skal der foreligge en interesse heri. Ved denne interesse spiller de komplementære ressourcer en særlig rolle, da det er disse ressourcer der gør, at parterne fra start vil være interesseret i at indgå i et samarbejde.⁶³ Jo mere parterne fra start udviser interesse i at indgå i et samarbejde, jo nemmere er det at udvikle tillid i relationen og på denne måde eliminere eventuelle interessekonflikter. Det vigtige er derfor, at den offentlige myndighed først og fremmest finder den private leverandør, som besidder komplementære ressourcer således at der opnås et strategisk fit, hvilket er hele grundlaget for et efficient samarbejde.

Ved OPP-kontrakter er udgangspunktet, at der foreligger aftalefrihed jf. aftalelovens § 1, stk. 1, 1. pkt. Dog er der en del betydelige begrænsninger i parternes aftalefrihed, da disse kontrakter henhører under EU-udbudsretten, som klart indeholder nogle formaliserede procedurer for, med hvem og hvordan en aftale skal etableres.⁶⁴ For at EU-udbudsretten kan anvendes ved et OPP bygge- og anlægsprojekt, skal der være tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis værdi er over direktivets tærskelværdier, jf. forslag til udbudslovens § 6, stk. 1, litra 1, jf. § 9.⁶⁵

⁶³ “Often, it is the public sector’s need of finance that results in a PPP *but as a supplement the private sector’s key competencies are usually more efficient in regard to the project compared with the public sector.*” Tvarnø C. D. & Østergaard K. (2013) *PPP versus PPPP, What is wrong in Denmark?* Side 15.

⁶⁴ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU’s Udbudsregler – i dansk kontekst.* Side 72.

⁶⁵ Som implementeret fra udbudsdirektivets artikel 4, stk. 1, nr. 1.

Det er Kommissionens opfattelse, at udbudsproceduren konkurrencepræget dialog, jf. udbudsdirektivets art. 30,⁶⁶ er særlig velegnet ved indgåelsen af offentlige kontrakter i forbindelse med etableringen af et kontraktuelt OPP, da denne må siges at være af kompleks karakter.⁶⁷ Konkurrencepræget dialog er en fordel ved OPP-projekter, da dette sikrer den offentlige myndighed en tæt dialog med de opfordrede deltagende tilbudsgivere, jf. § 69 i forslag til udbudsloven, og dermed medvirke til, at stort set ethvert forhold af projektet bliver afklaret - altså foretager parterne inden projektets begyndelse en screeningsproces. På denne måde er den konkurrenceprægede dialog med til at sikre det strategisk fit, gennem parternes komplementære ressourcer. Ydermere kan screeningsprocessen sikre de mest hensigtsmæssige kontraktvilkår ved at anvende strategisk kontrahering.⁶⁸

Konkurrencepræget dialog er i særdeleshed anvendelig ved OPP-projekter, da den offentlige myndighed starter udbuddet med relativt upræcise forestillinger om, hvad der skal ske, jf. forslag til udbudslov § 67, stk. 1, litra d. Den offentlige myndighed ejer en matrikel, hvorpå det er planlagt, at der skal opføres et offentligt byggeri. Det er således gennem dialog med potentielle private leverandører, at den offentlige myndighed finder den leverandør der kan opføre det pågældende byggeri.

Forslag til udbudslovens §§ 67-72⁶⁹ indeholder bestemmelser om forløbet af udbudsformen konkurrencepræget dialog. Nedenstående ex ante analyse lægger vægt på følgende overordnede to faser; 1) udvælgelsesfasen samt 2) dialogfasen. Begge faser er behjælpelige til at screene tilbudsgiverne og finde frem til den private leverandør, som tilsammen med den offentlige myndighed besidder det strategiske fit.

Spørgsmålet for nedenstående kapitel er således, hvorvidt den offentlige myndighed gennem en strategisk udbudsretlig screeningsproces kan finde frem til den aftalepart, der tilsammen med den offentlige part, besidder komplementære ressourcer, som udgør det strategiske fit, og som der på denne måde kan skabes målkongruens med. Dette er hele grundforudsætningen for OPP-samarbejdet og er derfor en yderst vigtig proces.

⁶⁶ Som implementeret i forslag til udbudslovens § 67, stk. 1.

⁶⁷ Kommissionens Grønbog (2004) Side 10, punkt 25.

⁶⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvilke udbudsformer kan anvendes i et OPP?

⁶⁹ Som implementeret fra Udbudsdirektivets art. 30.

3.1.1 Udvælgelsesfasen

Udvælgelsesfasen er den fase, hvor der foretages en prækvalifikation af et antal virksomheder, jf. § 69, jf. § 145 i forslag til udbudsloven, som derefter opfordres til at deltage i dialogen jf. § 69, stk. 2 i forslag til udbudsloven. I et OPP-projekt er det i denne fase, at den offentlige myndighed skal fastlægge, hvilken privat leverandør der besidder de ressourcer, der komplementerer den offentlige myndigheds ressourcer og dermed udgør et strategisk fit, som kan medføre en merværdi til OPP-samarbejdet.⁷⁰

Det kan være en fordel, hvis en offentlig myndighed tidligere har beskæftiget sig med samarbejdsformen OPP, da denne part dermed kender til den udbudsretlige screeningsprocessen, herunder den konkurrenceprægede dialog. Den offentlige myndigheds tidligere erfaringer har medført en erfaringsopsamling, der kommer dette nuværende OPP-projekt til gavn.⁷¹ Især fastlæggelse af de egnedetskriterier den private part skal opfylde, jf. § 140 i forslag til udbudsloven, kan blive skarpere, da den offentlige part her kan trække på tidligere erfaringer.

For at en privat leverandør skal gå videre fra udvælgelsesfasen til dialogfasen, er det vigtigt, at denne part opfylder nogle fastsatte egnedetskriterier. Disse kriterier omhandler den private parts egnethed til at udføre det pågældende projekt, ud fra økonomisk og finansiell formåen, samt teknisk og faglig formåen, jf. § 140, stk. 1 i forslag til udbudsloven.⁷² For at den offentlige part kan finde den leverandør der besidder de komplementære ressourcer, er den offentlige myndighed nødt til at sortere benhårdt blandt tilbudsgiverne. Ved almindelige obligationsretlige kontrakter står det parterne frit for at vælge, hvem de vil kontrahere med, jf. aftalefriheden. Ved OPP-projekter er denne aftalefrihed begrænset, hvilket medfører at flere danske virksomheder fravælges, grundet problemet med manglen på kapacitet. Det er ikke muligt for den offentlige ordregiver at nedsætte egnedetskriterierne for danske tilbudsgivere, da dette vil medføre diskrimination, jf. § 3, stk. 2 i forslag til udbudsloven.⁷³ Yderligere skal offentlige myndigheder overholde de EU-retlige principper om ligebehandling og ikke-

⁷⁰ When it comes to strategic contracting it is imperative that there, beyond any reasonable doubt, do not exist alternative candidates in the foreign territory that are better qualified and motivated than the appointed intermediary. Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 11.

⁷¹ Greve C. (2015) *Det lysner for OPP-projekter i Danmark*.

⁷² Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 58, stk. 1.

⁷³ Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 18, stk. 1 og 3. Denne bestemmelse er udledt af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 18.

forskelsbehandling af økonomiske aktører som foreskrevet, samt handle på en gennemsigtig måde, jf. forslag til udbudsloven § 2, stk. 1 og § 3, stk. 1.⁷⁴ Dette betyder, at det ikke står den ordregivende myndighed frit for selv at vælge, hvem denne ønsker at indgå et OPP-samarbejde med. EU-udbudsretten sætter således begrænsninger for den privatretlige aftalefrihed, da udbudsretten har til formål, *“at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler,”* jf. forslag til udbudslovens § 1.

For at danske leverandører i højere grad skal kunne deltage i EU-udbud kræver det, at den danske private finanssektor går ind og anerkender at de private leverandører har brug for finansiel støtte.⁷⁵ Det vil sige, at hvis ikke de private leverandører, med mangel på kapacitet, får støtte fra finanssektoren, vil de ikke komme videre i udbudsprocessen til dialogfasen, men derimod blive udelukket fra start.⁷⁶

3.1.1.1 Komplementære Ressourcer

At parterne besidder komplementære ressourcer er, som tidligere anført, grundforudsætningen for, at disse kan indgå i et vellykket OPP-samarbejde, samt en forudsætning for at skabe merværdi. Ydermere er det grundforudsætningen for at kunne udøve strategisk kontrahering i en OPP-kontrakt.⁷⁷ Dette skyldes at strategisk kontrahering forudsætter, at der foreligger en relation mellem parterne, hvilket der ikke ville gøre, hvis ikke parterne havde nogle komplementære ressourcer at samarbejde om. I praksis vil OPP-parterne generelt komplementere hinanden ved, at den offentlige part ejer en matrikel, som der skal opføres et bestemt bygge- og anlægsprojekt på. Det offentlige besidder ydermere arkitekter og andre byggesagkyndige som har udarbejdet en plan for selve byggeriets udseende og karakteristika. Den private leverandør komplementerer det offentliges ressourcer, ved at bidrage med konceptudvikling, design, projektering, udførelse af bygge- og anlægsprojektet, samt

⁷⁴ Som implementeret fra Udbudsdirektivet art. 18.

⁷⁵ Det er essentielt at der skal være tale om den private finanssektor, da offentlig støtte vil kunne være konkurrencebegrænsende jf. statsstøttere reglerne. Dette vil dog ikke blive nærmere belyst.

⁷⁶ Vi er godt klar over at fri bevægelighed i EU skal ses som positivt, men i denne afhandling er fokus på de danske tilbudsgivere samt på, hvorledes disse kan blive mere konkurrencedygtige, således at muligheden for at skabe arbejdspladser inden for landets grænser forøges.

⁷⁷ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 9.

vedligeholdelse og drift.⁷⁸ Det vil sige, at den offentlige myndighed har en byggegrund og planer for byggeriet og den private leverandør har ressourcerne til at dette kan opnås. Det kan på denne måde være fordelagtigt at organisere komplekse projekter som OPP, hvis OPP-leverandøren har en bedre viden til at håndtere kompleksiteten, end den offentlige myndighed har. Den offentlige myndighed kan på denne måde *“anvende OPP-modellen som en adgang til markedets ekspertise og viden om teknologi og bringe den private sektors kompetencer i forhold til kompleksitet i spil.”*⁷⁹

I udvælgelsesfasen er den offentlige myndighed dermed på udkig efter den private leverandør, som besidder de ressourcer som komplementerer den offentlige part rent økonomisk, finansielt, teknisk og fagligt. Når parternes ressourcer komplementerer hinanden, kan der opstå et strategisk fit i OPP-relationen, således at der udvikles en ideel situation, hvor der er gode forudsætninger, for at opnå *interorganisatoriske* vedvarende konkurrencemæssige fordele.⁸⁰ OPP-parterne kan kun opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, såfremt de besidder komplementære ressourcer, investerer i relationen gennem relationsspecificiteter og vidensdeling, samt vælger den mest efficiente styringsform for samarbejdet. Såfremt OPP-parterne ikke foretager økonomiske bindinger i relationen, så foreligger der et almindeligt kontraktforhold, hvor relationen ikke skaber nogle fælles fordele i form af relationel merværdi.

Ikke alle parter i et OPP-samarbejde vil nødvendigvis have succes med at kombinere deres komplementære ressourcer. Hvis ikke relationen opnår den ønskede synergieffekt,⁸¹ har denne derved ikke de ønskede fordele. Ved OPP-projekter er det derfor vigtigt at tage i betragtning, hvorvidt de komplementære ressourcer - sammen med investering i

⁷⁸ Greve C. (2015) *Det lysner for OPP-projekter i Danmark*.

⁷⁹ *“Eksempelvis indgår mange kommuner sjældent i større anlægsprojekter, hvorfor erfaringerne med eksempelvis skole- eller svømmehalsbyggerier er begrænsede. Omvendt er dette spidskompetencen for en række OPP-leverandører. Og i OPP-modellen med en privat byg- og driftsherre kan der derfor tilføres en styring og projektledelse, som ordregiver ikke nødvendigvis selv har forudsætningerne for at tilvejebringe.”* Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 22.

⁸⁰ Dyer & Singh anvender begrebet *interorganisatorisk* som værende et samarbejde mellem to virksomheder. Når de går sammen skabes interorganisatoriske konkurrencemæssige fordele gennem denne relation, som ikke vil kunne opnås af virksomhederne isoleret set. Denne interorganisatoriske konkurrencemæssige fordel opnås først når parterne bliver til én enhed med fælles mål.

⁸¹ Synergi er evnen til at to eller flere enheder eller virksomheder kan skabe større værdi ved at arbejde sammen end de kunne isoleret set.

relationsspecifikke investeringer samt deling af viden - er med til at udvikle en *vedvarende* konkurrencemæssig fordel, gennem strategisk kontrahering. Det ønskes gennem strategisk kontrahering, at få parterne til at investere i samarbejdet via proaktive bestemmelser, til forskel fra en traditionel kontrakt, hvor parterne *først* interagerer med hinanden hvis der opstår en tvist, som skal løses via reaktive bestemmelser. *“From the perspective of proactive law, traditional contracts are often reactive, focusing on legal problems and litigation instead of serving as a management tool and to foster collaboration between business partners, though the latter is crucial for success in today’s global and networked economy.”*⁸² Ved anvendelse af strategisk kontrahering, herunder proaktive bestemmelser, i OPP-kontrakten, kan parterne opnå den ønskede synergieffekt, da de opnår en større værdi samlet set, end hvis parterne havde opereret isoleret set. Denne merværdi opstår når parterne investerer i relationen, og på denne måde har mulighed for at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele.

3.1.2 Dialogfasen

Dialogfasen er den udbudsphase der kommer efter udvælgelsesfasen. Her fastlægges det, hvorledes den offentlige myndigheds behov i forhold til OPP-projektet bedst kan opfyldes, set ud fra de ressourcer parterne hver især besidder. Den offentlige myndigheds behov skal fastlægges tydeligt og præcist, således at OPP-leverandøren bliver klar over, hvordan et tilbud vil blive bedømt. En passende dialog mellem parterne er særligt vigtig i OPP-projekter, da eventuelle fejl og misforståelser har stor betydning for den mangeårige OPP-periode.⁸³ Under denne fase drøftes alle aspekter ved kontrakten med de udvalgte private leverandører, jf. forslag til udbudsloven § 70, stk. 2.⁸⁴ Dialogfasen har som det væsentligste formål, at etablere en hensigtsmæssig ramme for drøftelse af de potentielle private OPP-leverandørers oplæg, til løsning af projektet.⁸⁵ Den private leverandør vil udelukkende byde på et OPP-projekt, hvis denne vurderer, at budgettet, tidsplanen med mere er realistisk at opfylde.⁸⁶ Dette er med til,

⁸² Berger-Walliser G (2012) *The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the development of the Proactive Law Movement*. Side 23.

⁸³ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 10.

⁸⁴ Som implementeret fra Udbudsdirektivets art. 30, stk. 3.

⁸⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Udbud og kontrakt.

⁸⁶ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 12.

at dialogen sikrer de rigtige samarbejdsbetingelser, samt en effektiv udnyttelse af markedets ressourcer.⁸⁷

3.1.2.1 Fælles Mål

En af de store udfordringer i et OPP-samarbejde er, at parterne ikke kun skal besidde komplementære ressourcer, men de skal samtidig besidde en evne til at anerkende og udnytte hinandens komplementære ressourcer, for på denne måde at skabe vedvarende konkurrencemæssige fordele. En måde hvorpå de kan anerkende og udnytte hinandens komplementære ressourcer, er ved at udvikle strategier som sigter mod et fælles mål.

På nuværende tidspunkt tager ingen økonomiske teorier med i betragtning, at samspillet virksomheder imellem, via strategier, kan udvikle en vedvarende konkurrencemæssig fordel. Altså at et godt samarbejde via fælles mål, kan skabe merværdi i form af fællesoptimering - til forskel fra den klassiske egenoptimering - og derved forbedre den konkurrencemæssige position på markedet. Ved OPP-samarbejde er kernen netop, at der skal skabes højere fællesoptimering - samt interorganisatoriske fordele - frem for højere egenoptimering.

Det er relevant i en OPP-relation, hvorledes parterne er i stand til at udvikle strategier, således at disse strategier tilsammen søger at opnå et fælles mål.⁸⁸ Et fælles mål er essentielt for parterne i et OPP-samarbejde, da der er tale om to forskellige aftaleparter - hvad angår deres strategier. Et fælles mål kan i det ideelle OPP-samarbejde medføre vedvarende konkurrencemæssige fordele, da selve relationen bygger på dette fælles mål.

Den helt store udfordring består derfor i, at parterne gennem deres forskellige strategier skal finde et fælles mål. Udfordringen ligger således i at den private sektor har én bundlinje, hvorimod den offentlige sektor har to bundlinjer.⁸⁹ Den private leverandørs bundlinje/strategi er udelukkende af økonomisk karakter, da denne aktør søger mod profitmaksimering. Derimod er den offentlige myndigheds bundlinje/strategi af både økonomisk samt af politisk karakter. Dette betyder, at den offentlige part både ønsker at profitmaksimere, men samtidig

⁸⁷ Piening, A. & Nielsen, S. N. (2014) *Totaløkonomi og lange kontrakter - totaløkonomi i offentlige indkøb*. Slide 6.

⁸⁸ Bent Petersen og Kim Østergaard har i deres artikel *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries* (2015) udviklet kontrakt-dimensioner, hvor dimensionen *collaborative basis* omhandler strategi og mål.

⁸⁹ Piening, A. & Nielsen, S. N. (2014) *Totaløkonomi og lange kontrakter - totaløkonomi i offentlige indkøb*. Slide 6.

ønsker en velfærdsmaksimerings-strategi, i form af miljøhensyn af forskellig art; for eksempel ikke anvendelse af giftstoffer, minimering af ressourcer til opvarmning af bygningen med mere. Nyere forskning viser, at den offentlige parts strategi nærmer sig og bliver mere ens med den private parts strategi. Dette ses ud fra at den offentlige myndighed nu også inddrager en profitmaksimerings-strategi. Dette skyldes at den øgede konkurrence i den offentlige sektor medfører et behov for at agere strategisk, især på grund af større involvering af private virksomheder i produktionen af offentlige serviceydelser.⁹⁰ At den offentlige myndigheds strategi nærmer sig den private leverandørs strategi kan medvirke til, at et fælles mål er forholdsvis nemmere at opnå, da kulturerne hos de to aftaleparter, nu nærmer sig hinanden. Dog må det stadig pointeres, at den offentlige parts strategi er noget bredere end den private parts strategi. Dette betyder, at forholdet mellem parterne bliver meget komplekst, da parterne har forskellige måder at opnå det samlede mål på.

3.1.2.1.1 Business Plan

For at opnå et fælles mål er det oplagt, at OPP-parterne tilsammen udvikler en *business plan* for projektet, hvor de i kontrakten nedskriver fælles målet og i detaljer beskriver, hvorledes dette kan opnås - gennem hver parts strategier. Herunder bør parterne præcisere, hvilke ressourcer der skal anvendes, samt hvilke investeringer relationen skal bygge på. På denne måde inddrages et overvejende antal af proaktive bestemmelser i kontrakten frem for overvejende reaktive bestemmelser.

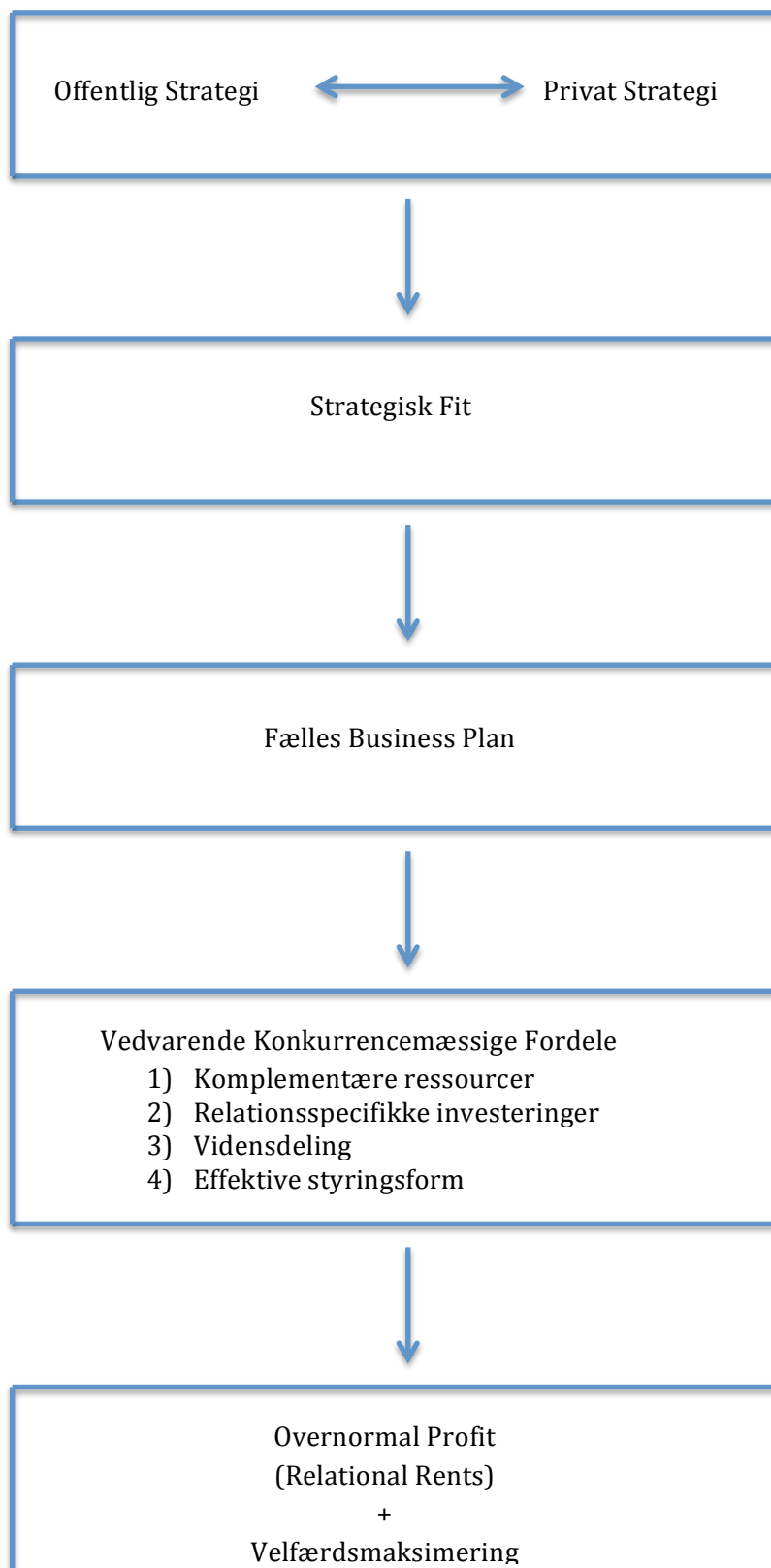
En sådan business plan forudsætter et strategisk fit mellem kontrahenternes komplementære ressourcer, idet en fælles målsætning ikke vil være nødvendig, hvis ikke parterne i sidste ende skal ende ud med et fælles byggeri. På denne måde anvendes parternes komplementære ressourcer, til at opnå et fælles mål, hvorimod det fælles mål ikke nødvendigvis medfører at parternes ressourcer er komplementære.⁹¹ Det er derfor en nødvendig proces, ved tilrettelæggelsen af et OPP-samarbejde, først gennem udvælgelsesfasen, at udvælge de mulige medkontrahenter, hvis ressourcer komplementerer den offentlige myndigheds ressourcer på tilstrækkelig vis, førend et fælles mål kan fastlægges.

⁹⁰ Her henvises til Froholdt, M. Phd. afhandling (2013), *Strategi i den offentlige sektor; En kortlægning af styringsmæssig kontekst, strategisk tilgang, samt anvendte redskaber og teknologier for udvalgte danske statslige styrelser*. Side 4.

⁹¹ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 13.

Ved et OPP-projekt er det overordnede mål for parterne, at man ved dette interorganisatoriske samarbejde vil opnå en overnormal profit. Udover at opnå en overnormal profit, vil parternes strategier sigte mod at OPP-projektet skal stå færdigt til tiden, samt at byggeriet skal opfylde de fastlagte krav, således at målet om velfærdsmaksimering ydermere opfyldes.

Figuren nedenfor illustrerer, hvorledes parterne gennem deres forskellige strategier og komplementære ressourcer kan udarbejde en fælles business plan.



Efter dialogfasen udvælger den offentlige myndighed den private leverandør, der udgør det strategiske fit via de komplementære ressourcer. Ved konkurrencepræget dialog bliver den offentlige bygge- og anlægskontrakt tildelt den økonomiske aktør, som fremlægger det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. forslag til udbudslovens § 72, jf. § 162, stk. 1, nr. 3.⁹²

3.1.3 Transaktionsomkostninger ved konkurrencepræget dialog

Transaktionsomkostningerne ved brugen af den konkurrenceprægede dialog er høje, da det er en omfattende udbudsproces at skulle screene den private part der sikrer det strategiske fit.⁹³

Førend den offentlige myndighed iværksætter en udbudsprocedure, er det oplagt at der foretages nogle markedsundersøgelser, jf. forslag til udbudslovens § 39. Det er en fordel for den offentlige myndighed at foretage grundige undersøgelser, således at det er den rigtige udbudsstrategi der bliver valgt.⁹⁴ Dog vil sådanne markedsundersøgelser være tids- og ressourcekrævende og medfører således høje transaktionsomkostninger for den offentlige part.⁹⁵

En vigtigt tilføjelse er, at hvis den private leverandør har været en hjælp for den offentlige myndighed ved disse markedsundersøgelser, da skal ordregiveren træffe passende foranstaltninger for at undgå at konkurrencen fordrejes, jf. forslag til udbudslovens § 39, stk. 2, samt de forenede sager C-21/03 og C-34/03 Fabricom.⁹⁶

Efter disse markedsundersøgelser iværksætter den offentlige myndighed, som analyseret ovenfor, en udbudsprocedure i form af en konkurrencepræget dialog. Hele denne udbudsfase er transaktionsomkostningstungt for både den offentlige myndighed samt den private part, da

⁹² Som implementeret fra udbudsdirektivets artikel 29, stk. 7.

⁹³ “PPP project respondents estimate that they have spent considerably more resources in the procurement process than they expected” Tvarnø C. D. & Østergaard K. (2013) *PPP versus PPPP, What is wrong in Denmark?* Side 3.

⁹⁴ Bygherre Foreningen (2014) *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked*. Side 2.

⁹⁵ Disse markedsundersøgelser er undersøgelser der tages i brug for at vurdere behovet for det pågældende bygge- og anlægsprojekt. For eksempel kan markedsundersøgelsen have karakter af, at der foreligger en vurdering af, hvor mange grønne arealer der for eksempel skal være ved et skolebyggeri. Eller ved en stor kontorbygningens opførelse, kan det være relevant at vurdere om antallet af parkeringspladser lever op til kravet.

⁹⁶ I Fabricom fastslog Domstolen, at en person som har udført visse forberedende arbejder kan have opnået en konkurrencemæssig fordel, men princippet om ligebehandling kræver, at personen behandles på samme måde som enhver anden bydende, så den private leverandør skal have mulighed for at godtgøre at denne ikke har opnået en konkurrencemæssig fordel jf. proportionalitetsprincippet.

parterne i denne fase afholder mange ressourcer, samt tid, på udbuddet. Den private leverandør har yderligere omkostninger forbundet med at skulle udforme det tilbud, som står så stærkt, at det bliver valgt i udvælgelsesfasen. Endvidere har den offentlige part også udgifter til blandt andet rådgivere, analyser og kalkulationer. Sammenfattende må det udledes, at der er høje transaktionsomkostninger forbundet med processen vedrørende konkurrencepræget dialog.

3.2 Sammenfatning af Konkurrencepræget Dialog

Sammenfattende kan det konkluderes, at grundforudsætningen for en OPP-kontrakt er, at parterne besidder komplementære ressourcer. Hvis ikke parterne har komplementære ressourcer at samarbejde om, vil der ikke foreligge en forudsætning for skabelse af en egentlig relation. Hvorvidt parterne besidder dette, klarlægges igennem en udvælgelsesfase, hvor den offentlige myndighed gennem egnedetskriterierne screener tilbudsgiverne for mulige aftaleparter. Gennem udvælgelsesfasen opnås et strategisk fit, til brug for den fremadrettede strategiske OPP-relation.

Dialogfasen er yderligere en fase hvor den offentlige myndighed fortsat screener de mulige OPP-kontrahenter. I denne fase fastsættes først parternes fælles mål, som de skal opnå gennem deres differentierede strategier. Et fælles mål er essentielt, da der er tale om to forskellige aftaleparter, som skal søge hen mod en fælles løsning.

Transaktionsomkostningerne ved den konkurrenceprægede dialog er høje, da en screeningsproces er en omfattende proces for både den offentlige myndighed samt den private leverandør.

KAPITEL 4

Tillid i Relationen

4.1 Indledning

Dette kapitel fokuserer på, hvorvidt parterne efter at have fundet det strategiske fit kan udvikle et tillidsbånd i relationen. *“The efficient PPP is dependent on (...) a well-functioning interrelationship between the parties.”*⁹⁷ Fokus i dette kapitel er derfor på, hvilke forpligtelser parterne med fordel kan nedskrive i kontrakten, primært gennem proaktive bestemmelser,⁹⁸ for at tilliden i OPP’et kan opstå. I denne fase kan parterne udnytte aftalefriheden efter aftalelovens § 1, stk. 1, nr. 1. Den OPP-kontrakt parterne indgår, er bindende for parterne, jf. Danske Lov⁹⁹ 5-1-1 og 5-1-2. Det vil sige, at OPP-parterne frit kan vælge hvilke bestemmelser de ønsker at have med i kontrakten, uden at udbudsretten sætter begrænsninger herfor,¹⁰⁰ men hvor de fællesskabsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed nødvendigvis må overholdes.¹⁰¹ Under opbyggelsen af tillid i relationen befinder OPP-samarbejdet sig i fasen efter tildelingen af OPP-kontrakten. Den offentlige myndighed har på dette stadie tildelt kontrakten til den private leverandør, på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem kvalitet og pris, jf. forslag til udbudsloven § 72, jf. § 162, stk. 1, nr. 3.¹⁰² Det er i denne fase at parterne bliver enige om, hvilke specifikke bestemmelser der skal nedfældes i OPP-kontrakten, jf. aftalelovens § 1, stk. 1, 1. pkt., dog med hensyn til de udbudsretlige principper.¹⁰³

⁹⁷ Tvarnø, C. D. (2014) *Negotiating Efficient PPP Contracts*. Side 6.

⁹⁸ *“Aiming for a long-term relationship Provisions about knowledge exchange communication and relation specific investments, considering it is a long-term relationship, will in the essence have to be proactive in order to secure the dynamics of the relationship.”* Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 8.

⁹⁹ Kong Christian den Femtis Danske Lov af 15. April 1683 som ændret ved lov nr. 336 af 14.5. 1992, lov nr. 469 af 30.6. 1993, lov nr. 383 af 22.5 1996 og lov nr. 522 af 6.6.2007.

¹⁰⁰ Parterne kan nu anvende aftalefriheden, da denne kontrakten nu befinder sig uden for udbudsrettens anvendelsesområde og således ikke som sådan sætter begrænsninger.

¹⁰¹ Kommissionens Grønbog (2004) side 15, punkt 44.

¹⁰² Som implementeret fra udbudsdirektivets artikel 29, stk. 7.

¹⁰³ Ligestilling, proportionalitet, gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling jf. forslag til udbudslovens § 2, stk. 1 og § 3, stk. 1 som implementeret fra art. 18 i udbudsdirektivet.

Det er vigtigt at der udvikles tillid i relationen, da denne tillid er grundlaget for, at interessekonflikter kan elimineres. Foruden dette vil der forekomme asymmetrisk information og risikoen for disse konflikter vil stige. Ydermere er det en af forudsætningerne for, at OPP-samarbejdet kan opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, at parterne udvikler et tillidsbånd i relationen. På denne måde bliver samarbejdet så stærkt, at der opnås en troværdighed imellem parterne. Parterne kan på grund af tillid i relationen anvende proaktive bestemmelser i OPP-kontrakten, gennem økonomiske bindinger og på denne måde bliver relationen stærkere ved brugen af strategisk kontrahering. Det er ikke en forudsætning for strategisk kontrahering, at parterne har opbygget tillid, men det er en fordel. De proaktive bestemmelser danner en forudsætning for, at tilliden kan opstå gennem de økonomiske bindinger parterne foretager. Proaktive bestemmelser er *positive* bestemmelser, som søger at forhindre eventuelle fremtidige tvister, igennem et opbygget tillidsbånd *ex ante*. Derimod er reaktive bestemmelser *negative* bestemmelser, da disse først vil blive anvendt ved tvister.

Forskere har hævdet, at tillid reducerer transaktionsomkostningerne forbundet med overvågning og tilmed har forbedret parternes ydelse i samarbejdet.¹⁰⁴ Det er derfor vigtigt at parterne i et OPP-projekt fokuserer på, at få inkorporeret den fornødne tillid, i forhold til at udvikle interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af relational rents.

Det særlige ved et OPP-samarbejde er, at det er to vidt forskellige aftaleparter, der indtræder i relationen. Parterne har i starten af dialogfasen fundet frem til et fælles mål for OPP-samarbejdet, men derudover vil der ikke være noget der binder parterne til relationen, medmindre de investerer i økonomiske bindinger i form af strategisk kontrahering ved indgåelsen af OPP-kontrakten. Hvis ikke der opstår et tillidsbånd og troværdighed mellem parterne, vil samarbejdet godt kunne have kontraktmæssig karakter af en OPP-kontrakt, men set i praksis vil samarbejdet nok *kun* kunne ses som en traditionel offentlig bygge- og anlægskontrakt, uden en egentligt bunden relation mellem parterne. Der vil med andre ord kun foreligge en proforma kontrakt.

¹⁰⁴ Barney, J. B. & Hansen, M. H. (1995) *Trustworthiness as a source of competitive advantage*. Side 175-190. Se yderligere Sako, M. (1991) *The role of "trust" in Japanese buyer-supplier relationships*. Side 449-474.

Spørgsmålet er derfor, hvorledes man gennem økonomiske bindinger kan opnå den fornødne tillid, der fører til interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form relational rents.

4.2 Økonomiske Bindinger

For at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele kræves det, at begge parter i et OPP-samarbejde bidrager til relationen, hvilket sker gennem deres gensidige investeringer som fastlagt i de strategiske proaktive bestemmelser. Disse relationsspecifikke investeringer er et udtryk for de *forpligtelser* parterne kan skabe, via proaktive bestemmelser i kontrakten. De proaktive bestemmelser, bestående af økonomiske bindinger, skal være så tilpas stærke, ex ante, at samarbejdet kan fortsætte, uagtet hvilke efterfølgende omstændigheder der måtte komme, ex post. Det vil sige, at de proaktive bestemmelser skal være ufravigelige og irreversible, således at parterne ikke ser en bedre løsning, end at blive i OPP-relationen. De investeringer parterne foretager, skal have så vidtrækkende konsekvenser, at netop denne OPP-relation ikke kan fortsætte, hvis den ene part træder ud af aftalen. Altså sker der sam-specialisering, hvilket betyder at parterne ikke kan substitueres af andre parter.

Det overordnede mål med strategisk kontrahering er at opnå vedvarende konkurrencemæssige fordele, som fører til en værdiskabelse¹⁰⁵ i form af relational rents- hovedsageligt igennem økonomiske bindinger - med det formål at udvise engagement og dermed udvikle troværdighed og tillid i samarbejdet. *“Strategic contracting is about mutual commitment to dedicated, long-term collaboration.”*¹⁰⁶

Den ideelle OPP-kontrakt indeholder følgende: *“Ideally, the contract should align the interests of the parties by putting in place the right incentives.”*¹⁰⁷ Dog er der nogle udfordringer herved, da interessekonflikter kan opstå i et OPP-samarbejde ex post, særligt på

¹⁰⁵ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 7.

¹⁰⁶ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 18.

¹⁰⁷ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 3.

grund af kontraktens lange levetid. Disse interessekonflikter kan elimineres ex ante, ved at parterne udviser commitment gennem investeringer i relationen og dermed opnår den fornødne tillid og troværdighed i samarbejdet.

4.2.1 Relationsspecifikke Investeringer

Økonomiske bindinger kan i en OPP-kontrakt udmøntes i relationsspecifikke investeringer, som parterne hver især foretager i relationen. Disse udgør de formelle sikkerhedsforanstaltninger. En sikkerhedsforanstaltning medfører, at parternes incitamenter til at investere i relationen vil stige, da der foreligger en garanti for, at begge parter skal foretage disse investeringer gennem de proaktive bestemmelser i kontrakten. Relationsspecificitet anvendes til at forklare, at der findes langsigtede *bindinger* mellem transaktionsparterne - altså at parterne har investeret i hinanden og dermed i relationen. Det vil sige *“jo flere aktivspecifikke investeringer parterne foretager i forhold til hinanden, desto større bliver bindingerne mellem dem.”*¹⁰⁸ Ved relationsspecificitet er der derfor ikke tale om anonyme markedsrelationer, men derimod er der tale om to parter, der i dette tilfælde gennem et OPP-projekt, har valgt at samarbejde. For parterne medfører relationsspecifikke investeringer, at OPP-samarbejdet er det bedste valg, og at det næstbedste alternativ - altså at udskifte en kontrahent - vil være mindre attraktivt og omkostningsfuldt, da parterne har investeret i samarbejdet og derfor opnået kvasi-renter ved relationen via disse økonomiske bindinger. Williamson siger om dette: *“Relationer mellem agenter ændrer sig over tid. Inden investeringer i specifikke aktiver er foretaget, vil en agent typisk have flere alternative transaktionspartnere, men efter specifikke investeringer er foretaget, ændres denne situation. Over tid vil der således være en tendens til, at specificiteten øges mellem interagerende agenter, hvorfor de bliver låst fast.”*¹⁰⁹ Williamson kalder denne form for commitment for *den fundamentale transformation*.¹¹⁰

En måde hvorpå relationsspecifikke investeringer kan ses i et OPP-samarbejde er, at samarbejdsparterne investerer i det *fysiske* OPP-samarbejde. Dette kan for eksempel ske ved at den private leverandør foretager kapitalinvesteringer, for således at kunne skræddersy bestemte processer til den offentlige myndigheds behov. Den private part kan for eksempel

¹⁰⁸ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 146.

¹⁰⁹ Sornn-Friese, H. (2010) *Hvad er en Virksomhed*. Side 111-112.

¹¹⁰ Sornn-Friese, H. (2010) *Hvad er en Virksomhed*. Side 111-112.

investere i maskiner, værktøj, materialer eller lignende for at imødekomme den offentlige myndigheds specifikationskrav. Grundet manglen på privat kapacitet¹¹¹ vil det være en fordel at det offentlige engagerer sig i de fysiske investeringer. Dette kan for eksempel ske i form af maskiner med mere. Et forslag kan være, at det offentlige har ejerskabet over en bestemt maskine imens byggeprocessen er i gang og derved afholder omkostningerne forbundet med dette. Når OPP-projektet så er færdigt kan den private virksomhed købe den pågældende maskine til den nedskrevne værdi. Ydermere kan en fysisk investering i relationen bestå af en fælles database, hvori alt information omkring samarbejdet og projektet kan forefindes og eventuelle spørgsmål hurtigere kan besvares online. Dette bevirker tilmed at tilliden og troværdigheden i relationen øges, da parterne ikke får mistanke om tilbageholdende eller skjult information, fra den anden parts side. Dette skyldes blandt andet, at den offentlige part får indblik i hvad der foregår på byggepladsen, da denne part ikke selv er med i den daglige byggeproces.

Udover ovenstående fysiske investeringer kan investeringer i samarbejdets *tidsperspektiv* ligeledes medføre, at tilliden vokser i relationen. Dette skyldes at et OPP-byggeprojekt er meget afhængig af, hvornår det endelige byggeri står færdigt. Ud fra den private parts strategi er det vigtigt, at parterne har foretaget tidsspecifikke investeringer, da det fulde afkast først udbetales, når byggeriet står færdigt - dog må man formode at der sker successive betalinger undervejs fra den offentlige myndighed til den private leverandør.¹¹² Ud fra parternes fælles mål er det vigtigt at byggeriet står færdigt til aftalt tid, da det er med til at skabe interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, da de relationsspecifikke investeringer bliver opfyldt korrekt. For den offentlige myndighed betyder det ydermere, at der skabes velfærd for de borgere, der skal benytte sig af det nye byggeri. Udover dette får parterne frigivet ressourcer til brug for andre projekter og/eller processer, hvis tidsrammen overholdes eller i bedste fald forbedres. I og med at begge parter strategier er afhængige af tiden i OPP-samarbejdet gennem det fælles mål, vil de begge have incitament til at investere i dette tidsperspektiv. På denne måde opstår tilliden og troværdigheden da parterne er sikre på, at de hver især opfylder disse tidsspecifikke proaktive bestemmelser i kontrakten.

¹¹¹ Bygherre Foreningen (2014) *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked*. Side 3.

¹¹² Jf. ABT 93 § 22, stk. 4. Se Byggestyrelsen (2015) *Offentlig-Privat Partnerskab*. Se yderligere Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 14.

Udover at parterne investerer i det fysiske samt det tidsmæssige perspektiv, kan parterne yderligere investere i det *humane* samarbejde ved at erhverve sig færdigheder, know-how og/eller kompetencer, som er målrettet til relationen mellem parterne. Den viden der er relevant for parterne i et OPP-samarbejde at få kendskab til, er hinandens præferencer, arbejdsprocedurer, know-how og systemer. En måde hvorpå parterne kan investere i humane specificiteter, er ved at udarbejde vidensdelingsrutiner.¹¹³ Ud fra denne vidensdelingsrutine udvikler parterne en effektiv kommunikation mellem sig, hvilket kan skabe en høj grad af tillid og troværdighed i relationen. Den offentlige part kan engagere sig mere i hele processen ved at stille bygningsingeniører, arkitekter og andre med teknisk baggrund i den offentlige virksomhed til rådighed for den private samarbejdspart. Ydermere reduceres kommunikationsfejl, hvilket selvsagt vil styrke kvaliteten, samt minimere risikoen for forsinkelser i processen. At udarbejde vidensdelingsrutiner kræver et tæt samarbejde, samt villighed fra begge parter til at bruge tid og kræfter på samarbejdet.

Sammenfattende er det nødvendigt, at parterne investerer i relationen bestående af noget humant, fysisk samt tid, for at disse investeringer tilsammen medfører økonomiske bindinger i OPP-kontrakten. Investeringer i disse bindinger udgør tilsammen parternes *interorganisatoriske* forpligtelser, som skal nedfældes i proaktive bestemmelser i OPP-kontrakten. På denne måde udvikles tilliden mellem parterne ex ante, igennem disse gensidige forpligtelser. Tilliden opstår blandt andet ved at den ene medkontrahent kan se gennem den anden medkontrahents investeringer, at denne engagerer sig i OPP-samarbejdet og vise versa. Det vil sige, at jo flere investeringer parterne foretager, jo større vil forpligtelserne være i relationen og tilliden og troværdigheden vil vokse. Vi anbefaler derfor at der i OPP-kontrakten skal foreligge en høj grad af relationsspecifikke investeringer.

4.2.1.1 Nødvendigheden af en holdningsændring

En formodning er, at de problemer der hidtil har været i Danmark ved privat finansierede OPP-projekter er, at den offentlige part ikke har været involveret nok i hele processen, men derimod må siges at have *skubbet* projektet over på den private part alene, efter

¹¹³ Vidensdeling vil blive analyseret for sig selv nedenfor, da dette afsnit er omfattende, og har brug for megen analyse.

kontraktindgåelsesfasen.¹¹⁴ Denne måde at samarbejde på, må karakteriseres som et traditionelt kontraktforhold mellem parterne, og dermed ikke et relationelt kontraktuelt OPP. For at opnå en OPP-kontrakt, hvor tillid og troværdighed er det essentielle, må det således være nødvendigt, at den offentlige part både engagerer sig i etableringsfasen, således at parterne rent faktisk har et strategisk samarbejde, frem for et rent proforma samarbejde. Ved at anvende strategisk kontrahering gennem proaktive bestemmelser, vil dette dilemma blive løst, da begge parter nu via den strategiske kontrakt er bundet økonomisk via nogle relationelle forpligtelser. Det vil sige, at de proaktive bestemmelser blandt andet skal bestå af nogle bindinger, i form af investeringer i OPP-relationen. I forhold til den private parts mulige mangel på kapacitet kan det være vanskeligt for denne part at investere i disse relationsspecifikke investeringer. Derfor kan det være en fordel, at parterne prækontraktuelt går ind og fastsætter vægtninger for, hvor meget parterne hver især har kapacitet til at investere i OPP-samarbejdet. Således at fordelingen eventuelt er, at den offentlige myndighed investerer med 60 %, hvorimod den private part investerer med 40 %. På denne måde er der stadig mulighed for investeringer i OPP-relationen, til trods for den manglende kapacitet hos den ene part. En forholdsvis mindre investering i relationen vil altid være at foretrække frem for ingen investering i relationen.

Ovenstående investeringer må tilsammen siges, at udgøre de interorganisatoriske investeringer parterne foretager i relationen. Ved disse relationsspecifikke investeringer opnår parterne en integration, således at parterne vil nærme sig til at udgøre én samlet enhed, i målet om at udføre et godt stykke offentligt entreprisarbejde. Den samlede enhed har de samme mål og får også skabt et sæt fælles værdier og rutiner. Idet parterne investerer i OPP'et, giver de hver udtryk for, at de ønsker at forblive heri. Grundet dette engagement vil de relationsspecifikke investeringer medføre, at tilliden samt troværdigheden blandt parterne udvikles.

Udbudsretligt kan der opstå visse begrænsninger ved, at parterne nærmer sig det interorganisatoriske og dermed vil nærme sig til at udgøre én samlet enhed. Dette kan medvirke til, at udbudsloven ikke skal anvendes, da der kommer til at foreligge en ren inhouse-situation. Ved en in-house situation kan kontrakten dermed tildeles uden en

¹¹⁴ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 7.

udbudsprocedure, jf. forslag til udbudslovens § 12. Juridisk set vil parterne dog fortsat være to adskilte juridiske enheder, som gennem de relationsspecifikke investeringer vil skabe en så stærk relationen, at selve *samarbejdet* kan ses som værende interorganisatorisk. Det vil sige, at det dermed er relationen der bliver interorganisatorisk, ikke selve de juridiske enheder.

4.2.1.1 Kvasi-renter og Truslen for Hold-up

De relationsspecifikke investeringer parterne foretager ex ante, medfører et afkast ex post i form af kvasi-renter. *“Kvasi-renten er forskellen mellem et aktivs værdi i dets bedste og næstbedste anvendelse.”*¹¹⁵ Det vil sige, at når OPP-parterne foretager relationsspecifikke investeringer, bliver bindingerne mellem parterne så store, at en af parterne ikke kan udskifte den anden part. Dette skyldes, at samarbejdet ikke kan fortsætte, hvis ikke begge kontrahenter indgår i samarbejdet.

Ved disse investeringer vil kvasi-renten i samarbejdet være positiv, hvorimod kvasi-renten vil være nul, hvis der ikke foreligger nogen relationsspecifikke investeringer. OPP-parterne opnår dermed kvasi-renter, hvis de investerer aktivt i relationen.

Spørgsmålet er derfor hvilke konsekvenser de økonomiske bindinger kan have ex post i OPP-samarbejdet.

4.2.1.1.1 Hold-up

En af de mere alvorlige konsekvenser økonomiske bindinger kan have på OPP-relationen er truslen for hold-up. Hvis kvasi-renten ved de relationsspecifikke investeringer i OPP-samarbejdet bliver for høj eller er ulige fordelt, vil der være sandsynlighed for, at en af parterne laver et hold-up, for at forsøge genforhandling af kontrakten, således at denne part opnår en større bid af den samlede værdi. Konsekvenserne af at den ene part i et OPP-samarbejde truer med hold-up er i værste tilfælde, at den opbyggede tillid og troværdigheden vil lide skade. Ydermere vil en konsekvens af en hold-up trussel være, at parterne vil forsøge at medtage uhensigtsmæssigt mange reaktive bestemmelser i kontrakten, for at sikre at denne adfærd ikke opstår igen. Dette vil samtidig medføre at transaktionsomkostningerne øges ved genforhandling af kontrakten.¹¹⁶ Derudover vil de relationsspecifikke investeringer, herunder vidensdeling, mellem parterne blive reduceret på grund af mistilliden.¹¹⁷

¹¹⁵ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 146.

¹¹⁶ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 147.

¹¹⁷ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 147.

I OPP-relationen er det dog højst usandsynligt at parterne vil havne i en hold-up situation, da parterne gennem de proaktive bestemmelser vedrørende relationsspecifikke investeringer, herunder vidensdeling, har fået opbygget et stærkt tillidsbånd, som har skabt den fornødne troværdighed. I en traditionel OPP-relation vil truslen for hold-up forekomme. Men i og med at denne OPP-kontrakt via strategisk kontrahering har lavet de økonomiske bindinger der sikrer tillid og troværdighed, så bliver truslen for hold-up elimineret, eller i hvert fald gjort mindre.

Hvis en trussel mod hold-up alligevel skulle forekomme, kan en genforhandling via en hardshipklausuls bestemmelser være et hjælpemiddel til at løse denne konflikt, frem for en genforhandling i hold-up situationen.

4.2.1.2 Vidensdeling

Ved anvendelse af strategisk kontrahering til etablering af en OPP-kontrakt, er en yderligere økonomisk binding som parterne kan nedfælde i kontrakten, via proaktive bestemmelser, at parterne investerer i at dele viden imellem sig. Ved vidensdeling opnår parterne en højere grad af interorganisatorisk følelse, hvilket er med til at sikre en højere fælles nytte. *“The higher the degree of information shared, the larger is the possibility to achieve joint utility.”*¹¹⁸

Vidensdeling må karakteriseres som de uformelle sikkerhedsforanstaltninger. De uformelle sikkerhedsforanstaltninger er et supplement til de formelle sikkerhedsforanstaltninger. Disse sikkerhedsforanstaltninger sørger for, at parterne føler sig sikre, da de giver parterne en garanti for, at deres økonomiske investeringer rent faktisk fører til hensigten¹¹⁹, og derved udvikler den fornødne tillid og troværdighed i OPP-relationen. Undersøgelser foretaget af Powel et al. (1996) viser, at en virksomheds samarbejdspartner i mange tilfælde viser sig at være den vigtigste kilde til nye ideer og information, og dette resulterer ofte i præstationsfremmende teknologi og innovationer.¹²⁰

Dyer & Singh definerer en vidensdelingsproces som værende: *“a regular pattern of interfirm interactions that permits the transfer, recombination, or creation of specialized*

¹¹⁸ Tvarnø, C. D. (2014) *Negotiating Efficient PPP Contracts*. Side 12.

¹¹⁹ Hensigten er dermed en gevinst i form af profitoptimering og velfærd.

¹²⁰ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*. Side 665.

knowledge."¹²¹ Det vil være det optimale for OPP-relationen, at parterne udvikler regelmæssige mønstre, gennem rutiner, som skaber deling af parternes viden på en effektiv og kompetent måde. Ved anvendelsen af strategisk kontrahering åbnes der op for fordelene ved at dele viden i relationen, gennem indførelsen af de proaktive bestemmelser i OPP-kontrakten. I disse proaktive bestemmelser skal der nedfældes hvordan, hvor hyppigt, samt hvor meget parterne er forpligtet til - via kontrakten - at dele viden med den samarbejdende part. Den vigtigste kilde til vidensdeling er hyppig dialog i OPP-relationen. Via dialog sker udvekslingen af viden mellem OPP-parterne, og dermed investeres der humant i relationen, hvilket er med til at skabe den fornødne tillid og troværdighed.

For at OPP-relationen kan fungere på efficient vis, er det vigtigt at udvikle vidensdelingsprocesser og rutiner, således at vidensdelingen bliver inkorporeret i parternes interorganisatoriske hverdagsrutiner. Dialogen omkring vidensdeling skal blandt andet bestå af OPP-parternes respektive informationer,¹²² samt parternes know-how.¹²³

Den *information* som vil skabe værdi i relationen, ved deling af viden, kan for eksempel være kendskab til hinandens præferencer, arbejdsprocedure og/eller systemer. For eksempel kan den private part sende kvartalsregnskaber til den offentlige myndighed, således at der udvikles den fornødne tillid til, at den private part fortsat har likviditet og ressourcer, til den fremadrettede proces. Ydermere vil det være en god ide, at den private leverandør fremsender et budget over OPP-projektet, således at den offentlige myndighed kan danne sig et overblik over, hvorledes projektet skrider frem, samt om de økonomiske budgetmæssige rammer overholdes. Den information den offentlige part skal dele med den private part for at skabe værdi i relationen, er for eksempel arkitekter og andre byggesagkyndiges plan for selve byggeriets udseende og karakteristika, således at den private part ikke er i tvivl om, hvordan de bedst opfylder den offentlige myndigheds behov. Dette kan ske gennem gentagne møder

¹²¹ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizationl Competitive Advantage*. Side 665.

¹²² *Information* defineres i artiklen som fakta, aksiomatiske udsagn samt symboler. Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizationl Competitive Advantage*. Side 665.

¹²³ *Know-how* kan defineres som en tavs viden, som er særlig komplekst og som er vanskelig at kodificere og dermed også vanskeligt at efterligne og overføre. Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizationl Competitive Advantage*. Side 665.

mellem den private part og den offentlige parts arkitekter, rådgivere med videre. Det vil sige, at hvis en nøgleperson bliver ramt af sygdom eller på anden måde bliver uarbejdsdygtig, så kan de andre repræsentanter sagtens arbejde videre med OPP-projektet, da denne nøglepersons viden er delt i organisationen. Det relevante i denne sammenhæng er, at jo mere information der deles mellem parterne, jo mere vokser tilliden, da ingen part kan få et indtryk af at der foreligger asymmetrisk information.

Information er en forholdsvis let viden at dele mellem parterne, da det for eksempel kan lægges ud på en fælles database, som både den offentlige part samt den private part har adgang til. På denne måde kan informationer blive let tilgængelige i OPP-relationen. At dele information i relationen kan lette hverdagen og forståelsen for de medarbejdere, der til dagligt medvirker i OPP-samarbejdet. Delingen af informationer i relationen, skal som nævnt nedfældes i proaktive bestemmelser i OPP-kontrakten, ex ante, således at parterne løbende foretager denne deling, ex post.

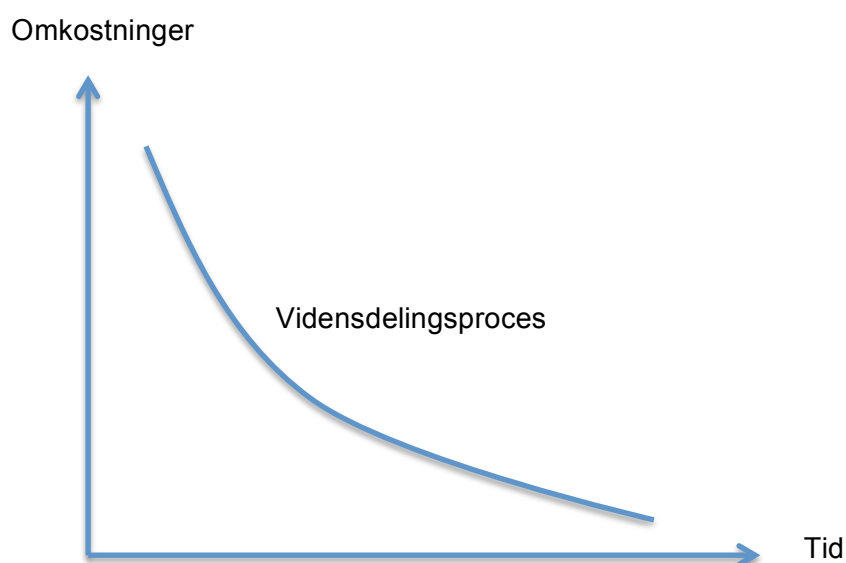
Know-how er, i modsætning til information, en noget mere kompleks viden og er derfor mere vanskelig at overføre - både verbalt samt skriftligt - i OPP-relationen, da der er tale om tavs viden. *Know-how* er ikke en viden som er alment tilgængeligt for den anden OPP-medkontrahent, men er derimod en viden, som med fordel kan deles for at udvise tillid og troværdighed i OPP-samarbejdet. Forskning viser, at de samarbejdspartnere der er bedst til at overføre *know-how* imellem sig, har størst tendens til at opnå en interorganisatorisk vedvarende konkurrencemæssig fordel, i forhold til de virksomheder, som ikke formår at dele *know-how* imellem sig.¹²⁴ Til deling af *know-how* er det vigtigt at få inkorporeret rutiner i OPP-relationen, som således sikrer, at denne deling finder sted, da *know-how*, som nævnt, ikke er en størrelse der er til at tage og føle på, men derimod er en del af virksomhedens immaterielle aktiver. En rutinebaseret vidensdeling af *know-how* kan blandt andet bestå af møder, den offentlige myndighed kan bruge tid på byggepladsen og deltage i byggemøder med byggerådgiveren, samt korrespondance af parternes tidligere erfaringer.

¹²⁴ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*. Side 665.

4.2.1.2.1 Vidensdelingens rolle i forhold til virksomhedens vækst

Da virksomheder over tid oparbejder vidensrutiner, vil hver virksomhed udvikle en virksomhedsspecifik kundskabsbase.¹²⁵ Økonomen Edith Penrose er af den opfattelse¹²⁶ at en virksomheds grænser for vækst skal søges internt i virksomheden og ikke i dens omgivelser.¹²⁷ Penrose er således af den opfattelse, at så længe parterne i et OPP-samarbejde fortsætter deres vidensdelingsrutiner, så er der ingen grænser for deres interorganisatoriske vækst.

Udover Penroses ressourcebaserede virksomhedsteori har andre økonomer ved hjælp af en læringskurve påvist, at erfaringer - og dermed viden - spiller en relevant rolle ved en virksomheds vækst.¹²⁸ På denne måde refererer læringskurven¹²⁹ til de konkurrencemæssige fordele man ved et OPP-projekt kan opnå, ved at dele viden og erfaringer og gøre disse til rutiner.



¹²⁵ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 111.

¹²⁶ Modsat neoklassisk teori, som er af den opfattelse at virksomhedens grænser skal ses eksternt ud fra dens omgivelser.

¹²⁷ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 112.

¹²⁸ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 109.

¹²⁹ Inspiration til læringskurve-teorien er fundet i Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 109. Vi har dog ændret teorien således at den illustrerer omkostninger ved læring over tid i forhold til en relation.

Ud fra ovenstående figur udledes det, at transaktionsomkostningerne i starten af vidensdelingsprocesserne er høje. Dette skyldes at de to aftaleparter skal inkorporere disse rutiner for vidensdeling i deres arbejdsgange. Med tiden falder transaktionsomkostningerne, da parterne ikke længere skal bruge deres ressourcer på at indføre nye tiltag og lære disse at kende, men derimod har indarbejdet rutiner, således at der frigøres nye ressourcer, til nye udfordringer.

Ovenstående betyder for OPP-samarbejdet, at parterne investerer i hinanden, og derved genereres der en binding som medfører tillid og sikkerhed. Ved tillid opnås en bedre fællesskabsfølelse og dermed et bedre samarbejde, og mange tvister kan undgås på længere sigt. På denne måde omkostningsminimerer man også samarbejdet i forhold til eventuelle tvister. Dog er det vigtigt at pointere, at transaktionsomkostningerne ved at udvikle disse vidensdelingsprocesser kan være ret omfattende.

4.2.1.2.1 Partnerspecifik Absorptionskapacitet

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at vidensdelingsprocesser kan være efficiente og at disse kan være med til at udvikle et godt samarbejde, samt generere relational rents. Vidensdelingsprocesser er dog ikke et efficient værktøj, hvis ikke parterne har den fornødne kapacitet og ikke mindst vilje til at kunne absorbere den viden de får ned i rutiner. Dette medfører, at vidensdelingsprocesser ikke er efficiente, hvis den viden den ene part får af den anden part bare går til spilde. Det er vigtigt at sikre sig, at både deling af information, men i høj grad også know-how, rent faktisk bliver udnyttet på optimal vis, således at OPP samarbejdet opnår vedvarende konkurrencemæssig fordele. Et vigtigt element i vidensdelingsprocessen er derfor, hvor gode parterne er til at absorbere den viden de får til rådighed, samt at udvikle evnen til at genkende værdifuld viden. Et element ved vidensdeling er derfor den *partnerspecifikke absorptionskapacitet*. Om det siger Dyer & Singh følgende: “*The greater the partner-specific absorptive capacity is, the greater the potential will be to generate relational rents through knowledge sharing.*”¹³⁰ Partner-specifik absorptionskapacitet refereres i artiklen som ideen om, at en virksomhed har udviklet en evne til at genkende værdifuld viden fra en bestemt samarbejdspartner.

¹³⁰ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*. Side 666.

Det er som tidligere nævnt svært at *måle* know-how, og det kan derfor også være svært at vurdere, hvorvidt parterne har udnyttet den viden de har modtaget korrekt, og på denne måde udnyttet den optimalt. Ifølge Dyer & Singh er det partner-specifikke absorptionsniveau en funktion af ”1) *the extent to which partners have developed overlapping knowledge bases and* 2) *the extent to which partners have developed interaction routines that maximize the frequency and intensity of sociotechnical interactions.*”¹³¹ Det vil sige, at hvis parterne har formået at udvikle overlappende vidensbaser, samt har lavet efficiente rutiner, der gør at parterne udveksler viden hyppigt, så vil vidensdelingen være en succes, og dermed medføre til opnåelse af relational rents.

Ydermere må det også tages i betragtning, at for at denne vidensdeling kan blive absorberet i rutiner kræves det, at parterne på forhånd har nogle vidensdelingsprocesser som ikke er dybt forskellige. Kulturelle forskelle kan øge risikoen for at parterne ikke kan absorbere den viden de deler, og dermed vil den kumulative betingelse - vidensdeling - ikke blive opfyldt. Dog kan man sikre dette på forhånd gennem konkurrencepræget dialog, da parterne her screener hinanden ved den konkurrenceprægede dialog, for at finde den mest perfekte part til OPP samarbejdet, der passer ind i det strategiske fit. Ydermere sikres absorberingen af viden gennem den fælles businessplan, hvori parterne forpligtes til at arbejde efter nogle strategier, som i sidste ende vil føre til samme mål. Uden vidensdeling vil målet om opnåelse af relational rents ikke være en mulighed.

Ud fra ovenstående kan det sammenfattes, at det er vigtigt at udvikle rutinerede vidensdelingsprocesser, da parterne således har et hjælpeværktøj til at få overført viden korrekt. Vidensdelingsprocesser kan for eksempel foregå via deling af information gennem en fælles database. Ydermere kan vidensdeling foregå gennem møder mellem den offentlige og den private part, således at den offentlige part - selvom denne ikke er med til udførelsen af byggeriet - får indblik i arbejdsprocesser og medarbejdernes viden. Den offentlige part kan således dele deres know-how med den private part, i form af tidligere erfaringer med offentlige byggeprojekter. På denne måde opstår der symmetrisk information i OPP-relationen, da parterne ved præcist hvad den anden part foretager sig. Ydermere medfører

¹³¹ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*. Side 665.

denne symmetriske information gennem investeringer i hinandens viden, den fornødne tillid og troværdighed i OPP-samarbejdet via gennemsigtigheden. Ved tillid opnås en interorganisatorisk relations-følelse som danner rammen for et efficient samarbejde, hvorved interessekonflikter kan undgås ex post. Vidensdelingsprocesser kan være efficiente og kan være med til, at udvikle et godt samarbejde samt generere relational rents. Vidensdelingsprocesser er dog ikke et efficient værktøj, hvis ikke parterne har den fornødne kapacitet og ikke mindst vilje til, at kunne absorbere den viden, samt få viden arbejdet ned i rutiner. Hvis parterne har formået at udvikle overlappende vidensbaser, samt har lavet efficiente rutiner, der gør at parterne udveksler viden hyppigt, så vil vidensdelingen være en succes, og dermed medføre til opnåelse af relational rents.

Den originale Principal-Agent teori indeholder to elementer 1) asymmetrisk information og 2) en interessekonflikt. OPP-relationen kan løse begge problemstillinger, da der opstår symmetrisk information gennem vidensdeling og interessekonflikten elimineres via tillid og troværdighed i relationen.¹³²,¹³³

4.2.3 Sikkerhedsforanstaltninger i Kontrakten

Umiddelbart burde den opbyggede tillid og troværdighed i relationen mindske behovet for sikkerhedsforanstaltninger. Men da OPP-projektet strækker sig over en lang årrække, kan der opstå nogle uforudsete efterfølgende omstændigheder ex post, som kan medføre mistillid. Ydermere er mennesket af natur både begrænset rationelt og vil altid i visse situationer handle opportunistisk. Dette værende både ex ante og ex post, og det kan ikke som sådan forudses på forhånd, hvem der vil handle opportunistisk og hvem der ikke vil.¹³⁴ Dette vil sige, at til trods for den opbyggede tillid og troværdighed der ligger i OPP-samarbejdet, ved at parterne

¹³² Jf. forslag til udbudslovens § 4 skal ordregiver træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud ex ante. På denne måde sikrer udbudsretten, at der ikke vil forekomme interessekonflikter under udbudsprocessen ex ante.

¹³³ Essensen i et OPP-samarbejde er parternes tillid til hinanden, altså at der ikke foreligger en interessekonflikt. På denne baggrund er der derfor åbnet op for muligheden for asymmetrisk information, da parterne stoler på hinanden. Denne asymmetriske information spiller derfor ingen rolle, da parterne ved at den anden part altid vil handle interorganisatorisk korrekt. Ved eliminering af interessekonflikten eliminerer man derfor samtidig behovet for symmetrisk information og yderligere også omkostninger forbundet med kontrol af information. På denne måde opnår man en OPP-kontrakt som sikrer, at den ene part hele tiden har tillid til den anden parts handlemåde, og derved medfører relational rents i incitamentskontrakten.

¹³⁴ Sornn-Friese, H. (2010) *Hvad er en Virksomhed*. Side 106.

foretager økonomiske bindinger, kan man aldrig være helt sikker på, om opportunistisk adfærd kan forekomme, til trods for de sikkerhedsforanstaltninger man har foretaget. Dog vil det i alle tilfælde mindske graden af opportunisme, hvis man i OPP-kontrakten nedfælder nogle økonomiske gidsler. Fordi et OPP-projekt er en langvarig proces, kan parterne med fordel indbygge en vis form for sikkerhedsforanstaltning i kontrakten. En relevant sikkerhedsforanstaltning i OPP-kontrakten er en reaktiv bestemmelse, hvor den ene part er bundet til at betale en kompensation til den anden, i tilfælde af at den ene part har handlet opportunistisk, og imod kontraktens bestemmelser, således at OPP-relationen lider skade. Med denne klausul er der i kontrakten indbygget et økonomisk gidsel, som modvirker at parterne vil handle opportunistisk, da dette rent økonomisk ikke vil kunne betale sig. En sådan klausul er en commitment-anordning som for eksempel kan have karakter af en selvrisiko, der skal give den ene part incitament til at handle forsvarligt, sammenlignet med den situation, hvor denne part ikke er omfattet af denne selvrisiko og derfor ikke har incitament til at handle forsvarligt i forhold til relationen. En selvrisiko kan have karakter af en betaling ved forsinkelse i opførelsesfasen fra den private side, således at denne part skal stå til ansvar for eventuelle forsinkelser. I driftsfasen kan en selvrisiko bestå i, at den private part er forpligtet til at tegne nogle forsikringer, som skal sikre selve bygningen og ansvaret for denne.¹³⁵

4.2.3.1 Hardshipklausul

I aftalefriheden ligger en frihed til, at kontrahenterne til enhver tid kan genforhandle kontrakten. Dette kan være nødvendigt, set i forhold til efterfølgende omstændigheder, da de forhold der er gældende på kontraktindgåelsestidspunktet ændrer sig over tid.¹³⁶ Ved at kontrakten indeholder et reaktivt vilkår om genforhandling, sørger man for at kontrahenterne har en pligt til at vise loyalitet overfor hinanden og dermed at opnå et resultat, som kontrahenterne ikke havde opnået uden for kontraktforholdet.

Denne mulighed for genforhandling skal nedskrives i en hardshipklausul indeholdt i kontrakten. Klausulen anvendes i de tilfælde, hvor efterfølgende omstændigheder gør aftaleforpligtelsen væsentlig mere byrdefuld for en medkontrahent. Hvis aftalen kun er blevet noget mere byrdefuld, og derved ikke væsentlig mere byrdefuld, vil der ikke være grundlag

¹³⁵ Byggestyrelsen (2013) *OPP Kalvebod Brygge: OPP kontrakt*. Side 23-24.

¹³⁶ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret 1*. Side 192.

for at kontrakten skal tilpasses.¹³⁷ Et eksempel på en væsentlig mere byrdefuld omstændighed kan være, at priserne på byggematerialer stiger uventet højt eller af miljøhensyn ved vedligeholdelse. Dette betyder dog ikke, at aftalen er umulig at opfylde, men pålægger parterne en uventet byrde.

Ved at indbygge et sikkerhedsnet i form af en hardshipklausul, kan disse uforudsete hændelser genforhandles loyalt inden de vil ødelægge relationen.¹³⁸ En hardshipklausul medfører, at der i OPP-kontrakten ex ante nedskrives, at kontrahenterne har en forpligtelse til at udvise loyalitet overfor hinanden ved en eventuelt efterfølgende omstændighed, og dermed være klar på at genforhandle kontraktens indhold i forhold til netop det problem der er opstået. En hardshipklausul anvendes i de tilfælde, hvor kontrahenterne ikke ønsker at stoppe samarbejdet ved at påberåbe sig force majeure, aftalelovens § 36 eller forudsætningslæren i forbindelse med en efterfølgende omstændighed. Ved i stedet at anvende en hardshipklausul kan samarbejdet lettere fortsætte ufortrødent, uden at tilliden og troværdigheden lider skade. Det vil sige, at hardshipklausulen nedskrives ex ante i form af en reaktiv bestemmelse, som bliver taget i brug ved en efterfølgende omstændighed i relationen, ex post.

Til forskel fra force majeure adskiller hardship sig ved, at den uventede omstændighed der indtræder ikke er fysisk umuligt at opfylde. Ydermere adskiller det sig ved, at en af parterne befinder sig i en situation, hvor omkostningerne ikke kan karakteriseres som økonomisk force majeure. Ved at medtage en hardshipklausul i kontrakten, kan aftalen helt eller delvist bortfalde eller kontrakten kan tilpasses nye forhold.¹³⁹ Klausulen skal være udformet således, at kontrahenterne ved hvornår der er tale om hardship, samt hvilke retsvirkninger der kommer efterfølgende.¹⁴⁰

Ved at indbygge denne hardshipklausul i OPP-kontrakten øges parternes incitament til at foretage økonomiske bindinger, i form af relationsspecifikke investeringer, herunder

¹³⁷ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret 1*. Side 195.

¹³⁸ Udformningen af hardshipklausuler rummer en række udfordringer. Af hensyn til afhandlingens omfang vil vi ikke gå nærmere i dybden med udformningen af en hardshipklausul. Vi vil i stedet henvise til Rune Meldgaard Christensen og Casper Majgaard Grønlunds afhandling *Den Offentlige Bygherres Efficiente Håndtering af Efterfølgende Omstændigheder i Totalentreprise*, side 64 n. og frem, hvor de har udarbejdet et eksempel på en hardshipklausul i en totalentreprisekontrakt.

¹³⁹ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret 1*. Side 194.

¹⁴⁰ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret 1*. Side 194.

vidensdeling, da dette sikrer, at parterne har en garanti for, at samarbejdet ikke unødigt vil ophøre, hvis der skulle opstå omstændigheder der gør at tilliden og troværdigheden lider last.

4.2.3.1 Genforhandling via Hardshipklausul versus Hold-up

Ovenfor i analysen argumenterer vi for, at genforhandling via en hardshipklausul er en fornuftig reaktiv bestemmelse at medtage i kontrakten. Herudover argumenterer vi også for, at genforhandling ved hold-up er en dårlig situation for parterne. Derfor er spørgsmålet, om genforhandling kan opdeles som en positiv eller en negativ omstændighed, eller om genforhandling vil have samme virkning på relationen uanset hvad.

Grundlaget for genforhandling i juridisk perspektiv via en hardshipklausul må siges at stå i direkte kontrast til grundlaget for genforhandling ved hold-up, som i økonomisk perspektiv ses som negativ. Forskellen på de to situationer må udledes som værende en positiv genforhandling versus en negativ genforhandling. Den positive genforhandling må siges at være genforhandlingen ved hardship klausulen, da denne genforhandling er genstand for parternes ønske om et fortsat positivt fremadrettet samarbejde. Genforhandling gennem den økonomiske hold-up situation ses som værende genstand for en negativ genforhandling, da situationen udspringer af opportunistisk adfærd, hvilket vil medføre mistillid og dermed splitte samarbejdet. På denne måde kan det udledes, at genforhandling ved en hardshipklausul er forskellig fra genforhandling ved en hold-up situation, da en hardshipklausul medfører at samarbejdet lettere kan fortsætte, hvorimod genforhandling ved en hold-up situation ofte betyder, at samarbejdet i værste tilfælde må afsluttes. Det må dog pointeres, at der i begge genforhandlingssituationer vil forekomme høje transaktionsomkostninger, da begge situationer kræver dialog og nytænkning og en genforhandling af kontrakten.

4.3 Vedvarende Konkurrencemæssige Fordele ved Strategisk Kontrahering i OPP-relationen

Anvendelse af strategisk kontrahering til etablering af OPP-kontrakten, i form af ovenstående økonomiske bindinger, kan medføre vedvarende konkurrencemæssige fordele, hvis disse bindinger medfører at parternes relation bliver særligt værdifuld.

Jay Barney har udviklet en teori der udleder hvorledes virksomheder opnår konkurrencemæssige fordele.¹⁴¹ Denne teori anvendes partielt nedenfor.

I OPP-projekter medfører parternes komplementaritet, at selve relationen bliver *sjældent* og ikke kan findes på et sekundært marked. Parternes komplementære ressourcer vil være at finde andetsteds, da private entreprisearbejder samt offentlige udbud inden for bygge- og anlæg er hyppigt forefindende, og er derfor ikke sjældent. Medmindre parterne har investeret i selve relationen - gennem relationsspecifikke investeringer samt vidensdeling. Det der adskiller et OPP-samarbejde fra et almindeligt entrepriseforhold er netop, at parterne investerer i hinanden. Relationen bliver dermed stærk, hvilket kan føre til interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele og dermed opnår relationen den ønskede sjældenhed. Det strategiske fit der opstår via de komplementære ressourcer, økonomiske bindinger, tilliden og troværdigheden medfører, at selve samarbejdet bliver unikt og derfor kun findes i denne specifikke relation mellem disse to aftaleparter.

Et andet karakteristika ved OPP-relationen er, at projektet bliver *udeleligt*, da et OPP-projekt ikke vil kunne bestå udelukkende af den ene medkontrahent. Ved et almindeligt kontraktforhold uden yderligere bindinger vil samarbejdet let kunne deles, da byggeprojektet ikke bygger på en relation, men derimod på egenoptimering. Ved at parterne komplementerer hinanden gennem deres ressourcer og investerer i relationen bliver samarbejdet interorganisatorisk, hvilket medfører en udelelighed. Relationens sjældenhed og udelelighed medfører at samarbejdet *ikke kan efterlignes* af potentielle konkurrenter. Det er netop på grund af relationens stærke karakter, at et OPP-samarbejde har et forspring (i form af interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele) i forhold til konkurrenterne. Dette skyldes at relationen er immobil da OPP-samarbejdets viden og erfaring ikke kan efterlignes, men er noget konkurrerende virksomheder selv skal opbygge over tid i en relation med en anden aftalepart. Dette er med til at gøre OPP-samarbejdet af kompleks karakter. Ved et OPP-projekt, hvor der ikke er foretaget investeringer i relationen - som hidtil set i nogle tilfælde i Danmark - kan OPP-samarbejdet nemt substitueres af andre aftaletyper, da det unikke ved det strategiske OPP-projekt er selve fokus på samarbejdet i relationen. Manglen på et reelt samarbejde, vil udelukke OPP'et i at opnå en interorganisatorisk *vedvarende*

¹⁴¹ Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. Side 195.

konkurrencemæssig fordel, men det vil kun i bedste tilfælde kunne opnå en *temporær* konkurrencemæssig fordel.¹⁴²

Sammenfattende medfører ovenstående at medkontrahenternes relation i OPP-projektet bliver *værdifuldt*, da det opnår en sjældenhed og udelelighed, som gør det umiddelbart svært for konkurrenter at efterligne og substituere relationen. Dette er et element som sammen med de yderligere kumulative betingelser kan medføre interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af relational rents.

4.3.1 Transaktionsomkostninger ved de Økonomiske Bindinger

Til trods for de store vindinger ved merværdi, ved at parterne investerer i økonomiske bindinger, er det en omkostningskrævende proces at parterne skal foretage disse bindinger. Der er omkostninger forbundet med investeringer i relationen, både i form af humane, fysiske samt tidsmæssige relationsspecifikke investeringer. Ydermere er der transaktionsomkostninger forbundet med at parterne skal dele viden og derved eliminere asymmetri. Yderligere transaktionsomkostninger foreligger i, at parterne er nødsaget til at nedskrive sikkerhedsforanstaltninger i kontrakten, i form af reaktive bestemmelser, og derved bliver omkostningerne forbundet med kontraktudfærdigelsen højere. Sammenfattende kan det derfor udledes, at der er høje transaktionsomkostninger *ex ante*, forbundet med at parterne foretager økonomiske investeringer i relationen, samt er nødsaget til at medtage nogle reaktive sikkerhedsforanstaltninger, for at opbygge tillid i relationen.

4.4 Sammenfatning af Tillid i Relationen

I et OPP-samarbejde er det essentielt, at parterne skal investere i relationen og dele viden mellem sig. Ved at indføre sådanne proaktive bestemmelser bliver kontrakten af strategisk karakter frem for traditionel karakter. Proaktive bestemmelser styrker tilliden og troværdigheden i samarbejdet gennem økonomiske bindinger, hvilket medvirker til at behovet for de reaktive bestemmelser bliver mindre. Ud fra denne tankegang vil en ideel OPP-kontrakt medføre følgende: *“Ideally, the contract should align the interests of the parties by*

¹⁴² Ved opfyldelse af at relationen er værdifuld og sjælden, jf. Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*, side 197, figur 9.3. VRIO-modellen og konkurrencemæssige fordele – efter Barney, J. B. (1991) *Firm resources and sustained competitive advantage*. Side 99-120.

putting in place the right incentives.”¹⁴³ Grundet menneskets begrænsede rationalitet er man dog nødsaget til at nedfælde nogle reaktive sikkerhedsforanstaltninger i OPP-kontrakten.

Ud fra ovenstående analyse udledes det, at tilliden i relationen skal være så stærk, at den skaber den fornødne troværdighed i OPP-samarbejdet. Tillid og dermed også troværdighed opnås som analyseret gennem økonomiske bindinger. Disse økonomiske bindinger skal være så tilpas stærke ex ante, at samarbejdet kan fortsætte, uagtet hvilke efterfølgende omstændigheder der måtte komme ex post. Det vil sige, at proaktive bestemmelser skal være ufravigelige og irreversible, således at parterne ikke ser en bedre løsning, end at blive i OPP-relationen. De investeringer parterne foretager skal have så vidtrækkende konsekvenser, at netop denne OPP-relation ikke kan fortsætte, hvis den ene part træder ud af aftalen.

¹⁴³ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 3.

KAPITEL 5

Sammenfatning af Del 1

Ex Ante Screening

Formålet med ex ante analysen var, at eliminere adverse-selection problemet prækontraktuelt. Ved adverse selection-problemet i et OPP-samarbejde har parterne i en OPP-relation endnu ikke haft mulighed for at eliminere eventuelle interessekonflikter, da muligheden for at skabe tillid ikke har eksisteret. Problemet skyldes ofte den manglende troværdighed mellem parterne i OPP-relationen. Spørgsmålet var derfor, hvilke bestemmelser OPP-kontrakten med fordel kan indeholde, således at eventuelle interessekonflikter elimineres, ex post, ved at der skabes tilstrækkeligt med tillid og troværdighed i OPP-relationen.

For at besvare ovenstående spørgsmål var det først og fremmest nødvendigt, at analysere hvorvidt den offentlige myndighed gennem konkurrencepræget dialog kan finde netop den private leverandør, der udgør det strategiske fit gennem parternes komplementære ressourcer - hvilket er grundforudsætningen for OPP-projekter. Hvorvidt parterne besidder dette klarlægges igennem en udvælgelsesfase, hvor den offentlige myndighed gennem egnedskriterierne screener tilbudsgiverne for mulige aftaleparter. Gennem udvælgelsesfasen opnås et strategisk fit, til brug for den fremadrettede OPP-relation. Efter udvælgelsesfasen kommer dialogfasen, hvor den offentlige myndighed fortsat screener de mulige OPP-kontrahenter. Her fastsættes først parternes fælles mål, idet et fælles mål er essentielt for parterne når de skal søge hen mod en fælles løsning.

Ud fra denne analyse må det konkluderes, at den første kumulative betingelse i målet om at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele - komplementære ressourcer - anført af Dyer & Singh, må siges at være opfyldt, da dette er grundforudsætningen for at OPP-projekter kan eksistere.

Efterfølgende var det relevant at analysere hvorvidt parterne, efter at have fundet det strategiske fit, kan udvikle et tillidsbånd i relationen. Fokus var derfor på, hvilke forpligtelser parterne med fordel kan nedskrive i kontrakten, primært gennem proaktive bestemmelser, for at tilliden i OPP'et opnås. Ved sådanne proaktive bestemmelser bliver OPP-kontrakten således af strategisk karakter. En ideel OPP-kontrakt kan opnå følgende: *“Ideally, the contract should align the interests of the parties by putting in place the right incentives.”*¹⁴⁴ De økonomiske bindinger parterne med fordel kan foretage er investeringer i relationen og i vidensdeling. Disse økonomiske bindinger skal være så tilpas stærke, ex ante, at samarbejdet kan fortsætte, uagtet hvilke efterfølgende omstændigheder der måtte komme, ex post. De økonomiske bindinger medfører symmetrisk information gennem vidensdeling og interessekonflikten elimineres via tillid og troværdighed opbygges i relationen. På denne måde elimineres adverse-selection problemet.

Ud fra denne analyse må det konkluderes, at anden og tredje kumulative betingelser i målet om at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele - relationsspecifikke investeringer samt vidensdeling - anført af Dyer & Singh, må siges med fordel at kunne opfyldes, da dette vil medvirke til, at parterne udvikler et tillidsbånd.

¹⁴⁴ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 3.

DEL 2

Ex Post

Effective Governance

I afhandlingens anden del vil det post-kontraktuelle blive analyseret - nærmere bestemt hvorledes de kontraktuelle bestemmelser bliver anvendt ved efterfølgende omstændigheder, ex post. Effective Governance skal modvirke moral hazard (skjulte handlinger), hvilket er kendetegnet ved, at der er tale om handlinger, som foretages efter kontrakten mellem parterne er indgået, altså er der tale om efterfølgende omstændigheder.

Effective governance fokuserer på at forhindre at konflikter fører til samarbejdets ophør. Til dette anvendes primært nedskrevne proaktive bestemmelser i kontrakten ex ante, i et forsøg på fra starten, at løse en række udfordringer. I OPP-relationen kan der opstå et behov for at kontrakten yderligere indeholder reaktive bestemmelser, som for eksempel hardshipklausuler i tilfælde af at en konflikt opstår ex post.

Ved denne ex post analyse ønskes det at analysere, hvorledes strategisk kontrahering ex ante medvirker til samarbejdets succes ex post. Det er yderst relevant at få klarlagt, hvilken styringsform der er mest effektiv. Uden en effektiv styringsform til håndtering af efterfølgende omstændigheder vil OPP-samarbejdet ophøre og der vil således ikke være mulighed for at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele. Brugen af korrekt effective governance er dermed den sidste kumulative betingelse der skal opfyldes, for at OPP'et kan opnå en overnormal profit i form af relational rents.

KAPITEL 6

Valg af Effektiv Styringsform

6.1 Indledning

I dette kapitel analyseres valget af styringsformen. Det er vigtigt at udlede den styringsform som er mest effektiv, således at der er mulighed for at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele. Uden en effektiv styringsform vil OPP-samarbejdet risikere at ophøre, i tilfælde af efterfølgende omstændigheder. Den tilvalgte styringsform spiller en relevant rolle i forhold til, hvorledes strategisk kontrahering ex ante, medfører at OPP'et bliver en succes ex post. Parterne fastlægger, ex ante, hvilken styringsform de ønsker skal regulere OPP-samarbejdet, ex post.

6.2 Styringsformer

Dyer & Singh skelner mellem to klasser der hver især kan medvirke til effective governance; 1) *tredjeparts-håndhævelse* og 2) *selv-håndhævelse*. Den første kategori må siges at udgøre nødvendigheden af en juridisk kontrakt. Den anden styringsform er derimod ikke afhængig af en juridisk kontrakt, men det er parterne selv der afgør, hvorvidt der er sket en overtrædelse af aftalen. Transaktionsomkostningerne ved tredjeparts-håndhævelse er højere end ved styringsformen selv-håndhævelse, da enhver konflikt skal håndteres og løses af en tredjepart ud fra den juridiske kontrakt.¹⁴⁵ Indenfor selv-håndhævelses klassen inddrages derimod sikkerhedsforanstaltninger i aftalen, som i tilfælde af en konflikt giver mulighed for at parterne selv finder en løsning. Inden for denne klasse skelnes der yderligere mellem de *formelle sikkerhedsforanstaltninger* samt de *uformelle sikkerhedsforanstaltninger*. Som analyseret tidligere i ex ante analysen, består de formelle sikkerhedsforanstaltninger blandt andet består af de relationsspecifikke investeringer, hvorimod de uformelle sikkerhedsforanstaltninger blandt andet består af vidensdeling i relationen, som er et supplement til de formelle sikkerhedsforanstaltninger.

I et OPP-projekt, der er så omfattende, komplekst og langvarigt, vil det være naturligt for kontrahenterne at vælge styringsformen tredjepartshåndhævelse. Men gennem brugen af

¹⁴⁵ Williamson, O. E. (1991b) *Strategizing, economizing, and economic organization*. Side 75-94.

strategisk kontrahering, ex ante, er der nu opbygget et tillidsbånd i relationen og der er således åbnet op for muligheden for at inddrage selv-håndhævelse-styringsformen. Netop fordi der er foretaget økonomiske bindinger som har genereret tillid og troværdighed i relationen kan parterne forhandle sig frem til en efficient fælles løsning for OPP'et. En blanding af begge styringsformer - altså en hybrid¹⁴⁶ - vil være den optimale løsning ved et OPP-projekt, og dermed være den mest effektive styringsform. Hvis denne styringsform anvendes kan dette medvirke til opnåelsen af interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele gennem opnåelse af relational rents i form af en overnormal profit. En effektiv styringsform medvirke til at generere relational rents ved enten 1) at sænke transaktionsomkostningerne, eller 2) give parterne incitament til at engagere sig i værdiskabelsesinitiativer, såsom at kombinere hver deres komplementære ressourcer, investere i relationsspecifikke investeringer herunder dele viden.

6.2.1 Transaktionsomkostninger ved den Effektive Styringsform

Lavere transaktionsomkostninger ses ved, at kontraheringsomkostningerne samt overvågningsomkostningerne er lavere. Ydermere er OPP-aftalerne inkomplette og der er ingen tidsbegrænsninger.

Kontraheringsomkostningerne ved hybrid-styringsformen, herunder elementer fra selv-håndhævelse, bliver lavere, da tillid og troværdighed i relationen medfører at OPP-parterne ikke har behov for at skrive alle detaljer ned i OPP-kontrakten. Kontrahenterne har derfor ikke behov for en lang uddybende kontrakt, da de stoler på at selv-håndhævelses-styringsformen løser eventuelle tvister. Ved udelukkende anvendelse af tredjeparts-håndhævelse vil kontraheringsomkostningerne være høje da denne styringsform er baseret på en kontrakt, hvor alle detaljer er nedskrevet for at en tredjepart (voldgiftsdommer) kan løse eventuelle konflikter ud fra OPP-parternes vilje i kontraktens bestemmelser. Som Dyer & Singh rigtigt slår fast: *“contracts is likely to be less effective than self-enforcing agreements at controlling opportunism because they fail to anticipate all forms of cheating that may occur.”*¹⁴⁷ Ved at anvende en hybrid af styringsformerne åbnes der op for muligheden for, at

¹⁴⁶ Bent Petersen og Kim Østergaard foreslår i artiklen *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*, (2015) side 19, at ved et samarbejde må det anbefales, at anvende styringsformerne som en hybrid, for at opnå effective governance.

¹⁴⁷ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizationl Competitive Advantage*. Side 670.

parterne gennem de proaktive bestemmelser, og derigennem opnåelse af den fornødne tillid ikke har behov for, at hver en detalje skal nedskrives i OPP-kontrakten, men selv kan håndtere de konflikter der eventuelt måtte opstå.

For det andet medfører hybridstyringsformen, herunder elementer fraselv-håndhævelsesstyringsformen, at omkostninger til overvågning i OPP-relationen er lavere. Dette skyldes at tilliden er udviklet i relationen, hvilket resulterer i at parterne hovedsageligt ikke vil handle opportunistisk, da de nu har interorganisatoriske mål og forventninger til samarbejdet. I dette OPP-samarbejde behøver parterne ikke i samme grad, at investere i overvågning for at sikre aftalens opfyldelse. Dette vil medføre reducerede kontrolomkostninger, herunder interne ressourcer, samt eksterne ressourcer til eventuelle rådgivere. Kort sagt reducerer tillid dermed overvågningsomkostningerne samt konflikter og har dermed en positiv effekt på præstationen.

For det tredje er hybridstyringsformen, herunder elementer fra selv-håndhævelsesstyringsformen, særlig velegnet til OPP-aftaler, da disse aftaler er inkomplette kontrakter, og dermed ikke lige så transaktionsomkostningstunge ex ante, som komplette kontrakter. Denne styringsform tillader med andre ord parterne at justere OPP-aftalen gennem genforhandling - via en hardshipklausul - så de i tilfælde af uforudsete omstændigheder kan reagere herpå og tilpasse aftalen og samarbejdet herefter, således at aftalen ikke falder sammen i tilfælde af, at den ene part pludselig står overfor en efterfølgende omstændighed, som denne ikke kan overkomme. Parterne har dermed mulighed for at allokere risikoen imellem sig, således at de sikrer OPP-samarbejdets overlevelse i tilfælde af uforudsete efterfølgende omstændigheder. Dog er det relevant at holde sig for øje, at transaktionsomkostningerne ex post kan være høje ved inkomplette kontrakter, da der kan være behov for hyppige ændringer *i medfør af* kontrakten.¹⁴⁸

For det fjerde indebærer udelukkende anvendelse af tredjeparts-håndhævelsesstyringsformen en tidsbegrænsning, da bestemmelserne i kontrakten har en udløbsdato. Ved at inddrage elementer fra selv-håndhævelsesstyringsformen, medfører dette omkostninger forbundet med

¹⁴⁸ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 13.

recontracting, idet valget af en inkomplet OPP-kontrakt giver parterne mulighed for at genforhandle kontrakten undervejs, således at tiden ikke vil spille en negativ rolle, idet bestemmelserne kan tilpasses til den tid de skal anvendes i. Niveauet af transaktionsomkostningerne opvejes dog af, at OPP-samarbejdet kan bestå, i stedet for at der ved en bestemmelse der var tidsbegrænset vil ske ophævelse af kontrakten og dermed er den offentlige myndighed tvunget til at gå i nyt udbuds omkring OPP'et. På denne måde vil der ved brugen af selv-håndhævelses-styringsformen være lavere transaktionsomkostninger forbundet med genforhandling af kontrakten til sammenligning med at OPP'et skal i nyt udbud.

6.2.2 Initiativ til Værdiskabelse ved den Effektive Styringsform

Som nævnt ovenfor opfordrer hybrid-styringsformen, herunder særligt elementer fra selv-håndhævelses-styringsformen parterne til, at foretage flere initiativer til værdiskabelse gennem deres forpligtelser i relationen via de økonomiske bindinger. At dele viden, udveksle ressourcer, foretage relationsspecifikke investeringer med videre er et resultat af, at parterne ex ante foretager økonomiske bindinger i relationen gennem proaktive bestemmelser. Parternes forpligtelser til OPP-samarbejdet medfører at de engagerer sig i OPP'et. Dette bevirker at de har en troværdig forsikring om, at de vil blive belønnet for at foretage disse initiativer til værdiskabelse, da dette vil medføre interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, som ses gennem en overnormal profit i form af relational rents.

Tilliden, troværdigheden samt sikkerhedsforanstaltningerne medfører, at parterne foretager flere initiativer til at skabe værdi i OPP'et. Dette skyldes at parterne føler sig sikre på, at initiativerne bliver taget seriøst og man føler sig sikker i relationen. Ydermere er transaktionsomkostningerne ved hybridstyringsform lavere end ved udelukkende anvendelse af tredjeparts-håndhævelse; *"In order to achieve relational rents the point of view is that private ordering is superior to third-party ordering since the former private ordering implies lower transaction costs."*¹⁴⁹ Dette skyldes at kontraheringsomkostningerne samt overvågningsomkostningerne er lavere, OPP-aftalerne er inkomplette og der er ingen tidsbegrænsninger.

¹⁴⁹ Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizationl Competitive Advantage*. Side 669.

6.2.3 Hvad er den mest Efficiente Styringsform for et OPP?

I ovenstående analyse har fokus været på, hvorvidt hybrid-styringsformen udgør fordele i en OPP-kontrakt. Ved et OPP-samarbejde er det, som analyseret ex ante, et mål at opnå en så stærk relation, således at eventuelle tvister, opstået ved efterfølgende omstændigheder, kan løses parterne imellem, altså via selv-håndhævelse-styringsformen. Hvis de økonomiske bindinger ved en OPP-relationen ikke er stærke - det vil sige ikke kan regulere en efterfølgende konflikt på efficient vis - er tredjeparts-håndhævelse-styringsformen en nødvendighed. Det vil sige at anvendelsen af en hybrid mellem disse to styringsformer ved en OPP-kontrakt er at foretrække, da parterne på denne måde i starten selv har mulighed for, gennem selv-håndhævelses-styringsformen, at regulere en eventuel konflikt uden indblanding af fra en tredjemand. På denne måde risikerer tilliden og troværdigheden ikke at lide skade ved tredjepartsindblanding. Tredjeparts-håndhævelse kan dog blive en nødvendighed, hvis OPP-parterne gennem selv-håndhævelse ikke kan komme til enighed. På denne måde styrer tilliden og troværdigheden som parterne har fået opbygget ex ante - gennem de økonomiske bindinger - effective governance ex post.

Til supplement af Dyer & Singhs analyse vedrørende effective governance anvendes Williamsons model for den efficiente styringsform, da denne har fokus på, at der i forhold til graden af parternes relationsspecificitet samt transaktionsomkostningerne forbundet med OPP-projektet, skal vælges den korrekte styringsform.¹⁵⁰ Williamson argumenterer for, at *“når transaktioner er usikre og komplekse, forekommer hyppigt og kræver relations- og transaktionsspecifikke investeringer, er det mest hensigtsmæssigt at organisere dem internt i virksomheden.”*¹⁵¹ I et OPP-projekt vil der forekomme hyppige transaktioner mellem parterne og ud fra Williamsons teori, vil det derfor være mest nærliggende at anvende reguleringsformen *forenet regulering*, da denne regulering generelt reducerer søge- og informations-, forhandlings- og håndhævelsesomkostninger.¹⁵²

Ifølge Williamsons teori anses Dyer & Singhs hybrid mellem selv-håndhævelses- og tredjeparts-håndhævelses-styringsformen som en hybrid mellem den trilaterale- og den bilaterale regulering. Regulering via en hybridløsning repræsenterer ifølge Williamson en

¹⁵⁰ Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. Side 79.

¹⁵¹ Sornn-Friese, H. (2010) *Hvad er en Virksomhed*. Side 107.

¹⁵² Sornn-Friese, H. (2010) *Hvad er en Virksomhed*. Side 108.

række forskellige længerevarende former for samarbejde¹⁵³ - i dette tilfælde et OPP-samarbejde.

Den *trilaterale regulering* kan sammenlignes med Dyer & Singhs tredjepartshåndhævelse. Denne regulering forudsætter en mellem til høj grad af relationsspecificitet samt en høj grad af transaktionsomkostninger. Som analyseret ex ante, foreligger der ved et OPP-samarbejde høj grad af relationsspecificitet. Ved denne regulering vil transaktionsomkostningerne være høje, da konfliktløsning vil indebære inddragelse af en tredjepart.

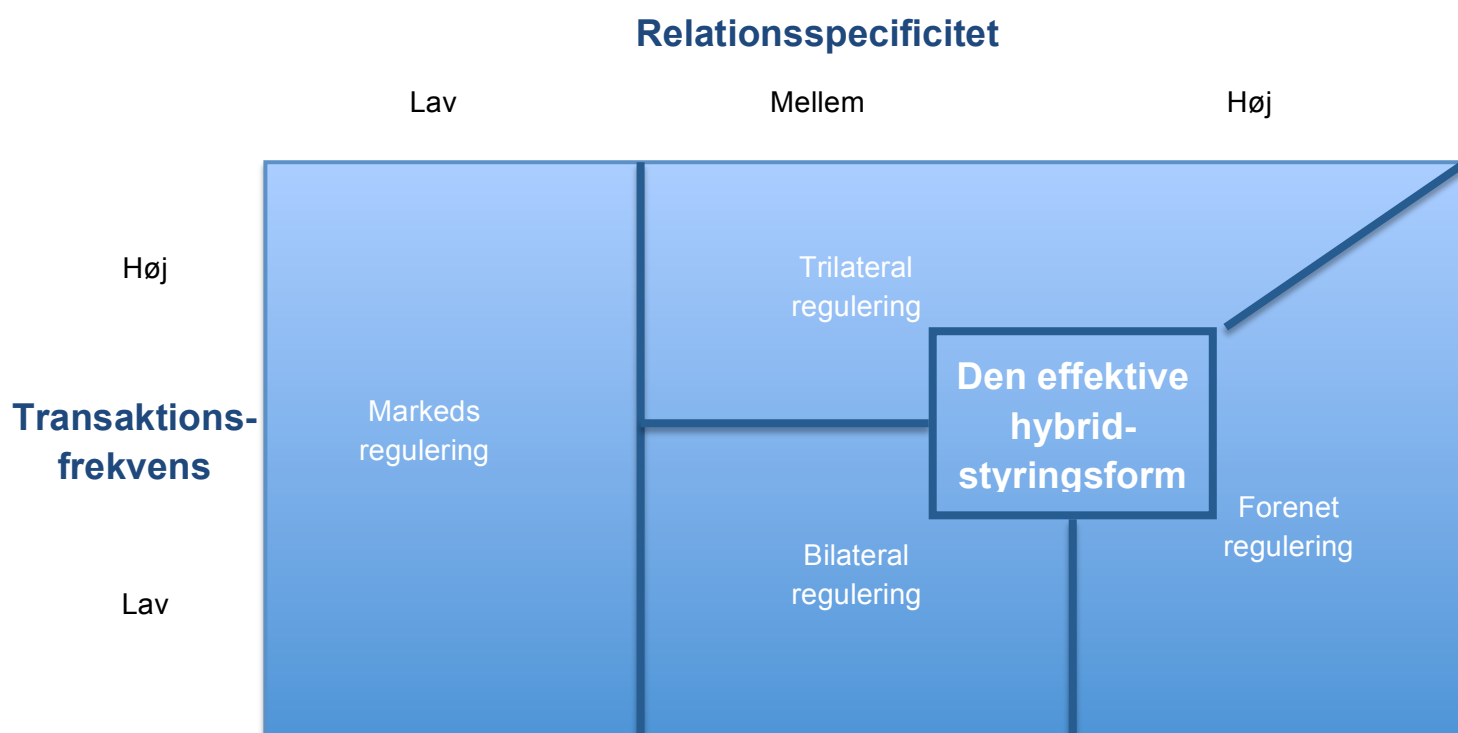
Den *bilaterale regulering* kan sammenlignes med Dyer & Singhs selvhåndhævelse. Denne regulering forudsætter en mellem grad af relationsspecificitet samt en lav grad af transaktionsomkostninger. Ved denne regulering vil transaktionsomkostningerne være lave, da konfliktløsning foretages internt i relationen.

Den mest efficiente organiseringsstruktur i OPP-projekter falder under Williamsons *hybridløsning*, hvori det langvarige samarbejde styres gennem den bilaterale regulering støttet op på den trilaterale regulering i tilfælde af, at parterne ikke kan nå til enighed. Men da et optimalt OPP ud fra vores analyse medfører en høj grad af investeringer i relationsspecificiteter og en lav grad af transaktionsomkostninger forbundet med hybridløsningen, er vi nødsaget til at inddrage Williamsons *forenede regulering*. Set ud fra Williamsons model er denne styringsform forbundet med en *hierarkiløsning*. Denne hierarkiske løsning er den efficiente styringsform, i det tilfælde at der investeres i meget specialiserede aktiver. Ud fra vores ex ante analyse vil et optimalt OPP indeholde høj grad af investeringer, hvilket fører til, at den investering parterne foretager ikke vil have en attraktiv værdi i en alternativ anvendelse. Som tidligere anført er det essentielt, at parterne opnår et stærkt interessefællesskab, da dette reducerer opportunistisk adfærd og medfører et integreret værdisæt, og til dette er den hierarkiske styringsform særdeles velegnet. Denne styringsform kan sammenlignes med Dyer & Singhs selv-håndhævelse-styringsform, hvilket indebærer, at eventuelle tvister løses effektivt internt i OPP-relationen.

Ud fra ovenstående vil en *hybridløsning* mellem Dyer & Singh og Williamsons reguleringsformer være at foretrække ved styringen af en OPP-kontrakt. Dette skyldes, at denne hybrid er den mest efficiente styringsform til regulering af eventuelle opståede

¹⁵³ Williamson, O. E. (1996) *Transaction cost economics and the Carnegie connection*, Side 149-155.

efterfølgende omstændigheder. En optimal OPP-kontrakt vil ud fra vores analyse indeholde mange elementer og har derfor behov for en hybrid reguleringsform. Dette skyldes, at flere af de nuværende reguleringsformer indeholder elementer, som er nødvendige at inddrage til skabelse af den efficiente styringsform, for netop denne OPP-kontrakt. Det har derfor været relevant at anvende dele fra den *trilaterale* (tredjeparts-håndhævelse), den *bilaterale* (selv-håndhævelse) samt den *forenede regulering* således at der på denne måde udvikles en *ny*, men efficient styringsform for vores optimale OPP. Denne nye styringsform vil ligge som en hybridløsning, hvilket er illustreret af figuren nedenfor.



6.2.3.1 Konfliktåndtering

Når der opstår en konflikt i OPP-samarbejdet, er parterne via hardshipklausulen bundet til at prøve at finde en fælles løsning. Bent Petersen og Kim Østergaard¹⁵⁴ har udarbejdet et forslag til, hvorledes parterne i kontrakten kan nedfælde en konfliktåndteringsstrategi. Denne konfliktåndteringsstrategi anvender hybrid-styringsformen.

- **Niveau 1 - Konflikten opstår:** Under dette niveau går konfliktåndteringen ud på, at parterne selv skal løse konflikten imellem sig via selv-håndhævelse.
- **Niveau 2 - Styregruppe:** Under dette niveau skal en gruppe som er udpeget allerede ved kontraktindgåelsestidspunktet forsøge at løse tvisten. Denne gruppe består af repræsentanter fra begge parter, som ofte består af projektledere, og der er derfor stadig tale om selv-håndhævelse.
- **Niveau 3 - Inddragelse af mægler:** Hvis det ikke er muligt at løse konflikten ud fra ovenstående to niveauer, gennem selv-håndhævelse, kan parterne søge hjælp via en uafhængig tredjemand som har kendskab til byggebranchen og som er udpeget af parterne. Dette niveau nødvendiggør tredjeparts-håndhævelse.
- **Niveau 4 - Voldgift:** Under dette niveau kan parterne gå til en voldgiftsret¹⁵⁵ for at få løst konflikten via tredjeparts-håndhævelse. Under dette niveau kan konfliktåndteringen medføre at samarbejdet vil ophøre, da det her kan være tvivlsomt hvorvidt OPP-parterne ønsker at fortsætte samarbejdet, da tilliden og troværdigheden her har lidt stor skade.

Denne konfliktåndteringsstrategi pointerer nødvendigheden af en hybrid-styringsform. Denne strategi anvender netop den effektive styringsform for OPP, da niveau 1 til 2 anvender

¹⁵⁴ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 20-21.

¹⁵⁵ Jf. ABT 93 § 47 er det ved lov fastlagt at tvister mellem parterne ved bygge- og anlæg skal stilles for en voldgiftsret.

selvhåndhævelse (bilateral regulering samt forenet regulering) hvorimod niveau 3 til 4 anvender tredjepartshåndhævelses-styringsformen (trilateral regulering)

6.3 Sammenfatning af Valg af Effektiv Styringsform

Sammenfattende må en hybrid-styringsform således være at foretrække i et OPP-samarbejde, da parterne igennem selv-håndhævelse har mulighed for selv at løse eventuelle tvister inden tredjeparts-håndhævelse anvendes. Ydermere er transaktionsomkostningerne ved denne styringsform lavere og initiativet til værdiskabelse forøges. En hybrid-styringsform er netop mulig i et OPP da parterne, ex ante, foretager økonomiske bindinger, hvilket medfører tillid og troværdighed i relationen, ex post, som åbner op for muligheden for inddragelse af selv-håndhævelses-styringsformen. På denne måde opnår parterne den efficiente styringsform for et OPP-projekt.

Det er vigtigt, at finde frem til netop den styringsform som er mest effektiv for OPP-projektet, da der ellers ikke vil være mulighed for at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af relational rents. Foruden en effektiv styringsform vil samarbejdet risikere at ophøre i tilfælde af uforudsete efterfølgende omstændigheder, som en inefficient styringsformen ikke kan håndtere.

KAPITEL 7

Efterfølgende Omstændigheder

7.1 Indledning

Dette kapitel tager udgangspunkt i, hvorvidt den valgte styringsform, som bliver fastlagt ex ante, medvirker til at efterfølgende omstændigheder ex post ikke forhindrer samarbejdets fortsættelse. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt den valgte styringsform sammen med de økonomiske bindinger i OPP-kontrakten er stærke nok til at forhindre, at en efterfølgende omstændighed vil føre til ophævelse. I så fald vil den valgte styringsform være den mest effektive for OPP-samarbejdet.

7.2 Efterfølgende Omstændigheder

Ved anvendelsen af hybrid-styringsformen i en OPP-kontrakt på strategisk vis, skal kontrahenterne fra starten af OPP-samarbejdet være opmærksomme på, at efterfølgende omstændigheder kan opstå og der skal derfor i kontrakten tages stilling til, hvilken kontrahent der i de givne situationer er nærmest til at bære risikoen for en opstået begivenhed. OPP-kontrahenterne vil på grundlag af aftalefrihed have mulighed for at allokere risici i kontrakten, ex ante, afhængig af hvem der er nærmest til at bære denne risiko, jf. aftalelovens § 1, stk. 1.¹⁵⁶

For parterne i en OPP-aftale er det ikke altid muligt at forudse enhver efterfølgende omstændighed der måtte komme, da der både kan være tale om selvforskyldte omstændigheder og/eller udefrakommende omstændigheder.¹⁵⁷ Det er derfor en fordel for de begrænset rationelle OPP-parter at indgå en inkomplet kontrakt, således at kontrakten kan håndtere eventuelle efterfølgende omstændigheder. De transaktionsomkostninger der er forbundet med de reaktive bestemmelser der nedfældes i kontrakten i forbindelse med forudsigelige samt uforudsigelige risici er høje. Det vil sige at, hvis omkostningerne ved at

¹⁵⁶ Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26.8.1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

¹⁵⁷ Østergaard, K. (2014) *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv*. Side 7.

lave en komplet kontrakt ex ante er større end omkostningen ved at løse en konflikt grundet en inkomplet kontrakt ex post, vil den inkomplette kontrakt være at foretrække. På denne måde har parterne mulighed for at bøje kontrakten i den mest efficiente retning, således at samarbejdet ikke ophører.

7.2.1 Positive Efterfølgende Omstændigheder

I tilfælde af uforudsete positive gevinster i form af efterfølgende omstændigheder, er det en mulighed at parterne har allokeret gevinsten i kontrakten på forhånd via reaktive bestemmelser. Derfor vil de positive efterfølgende omstændigheder kunne udfærdiges i en komplet bestemmelse, men de vil indgå i en inkomplet kontrakt i sammenhæng med de negative efterfølgende omstændigheder.

Parterne kan via en reaktiv bestemmelse med fordel fastlægge, hvorledes udbyttet skal fordeles. Allokeringen kan for eksempel ske således, at den part der investerer mest i de relationsspecifikke investeringer opnår den største gevinst og vise versa. Et eksempel herpå er, at hvis den offentlige part investerer 40 % i human-specificitet, hvorimod den private investerer 60 % i human-specificitet, så fordeles gevinsten herefter.

7.2.3 Negative Efterfølgende Omstændigheder

ABT 93 regulerer efterfølgende omstændigheder alene i forhold til de negative efterfølgende omstændigheder, hvorimod de positive efterfølgende omstændigheder i form af gevinster ikke reguleres efter denne lov.

I tilfælde af uforudsete negative efterfølgende omstændigheder i form af en meromkostning, er det ikke altid muligt for parterne at have allokeret risikoen i kontrakten på forhånd via reaktive bestemmelser. Parterne har behov for, når en meromkostning opstår, at kunne fordele risikoen mellem sig - først og fremmest til den part der er nærmest til at bære denne. Men hvis ikke denne part har kapacitet til dette, så kan den anden part overtage denne risiko.

Ved disse negative efterfølgende omstændigheder er det særligt relevant at relationen har opbygget et tillidsbånd. Dette skyldes, at ved denne stærke relation kan elementer fra selv-håndhævelse-styringsformen anvendes, da parterne har den fornødne tillid og troværdighed til løsningen. I tilfælde af at relationen ikke er stærk nok til en specifik negativ efterfølgende omstændighed er inddragelse af tredjeparts-håndhævelse en nødvendighed.

7.2.3.1 Risikospørgsmålet

I en kontrakt vil risiko altid være til stede. I OPP-kontrakten kan der ex ante tages stilling til, hvorledes risikoen minimeres eller hvilken part der er bedst egnet til at bære den pågældende risiko.¹⁵⁸

Til afklaring af risikospørgsmålet er hybrid-styringsformen at foretrække, herunder elementer fra selv-håndhævelse, da parterne selv via en hardshipklausul kommer frem til en efficient løsning, frem for at tvisten skal afgøres af en voldgiftsret. I tilfælde af negative uforudsete omstændigheder kan parterne reagere og tilpasse aftalen og samarbejdet herefter, således at OPP-projektet ikke ophører i tilfælde af, at den ene part pludselig står overfor en meromkostning, som denne ikke har kapacitet til. Parterne har derfor mulighed for at allokere risikoen imellem sig, således at de sikrer OPP-samarbejdets overlevelse i tilfælde af negative uforudsete efterfølgende omstændigheder.

Risikospørgsmålet bliver behandlet af Bent Petersen og Kim Østergaard, som en af fem kontraktuelle dimensioner - herunder *commercial risk allocation*.¹⁵⁹

“*The economic argument for risk allocation is that a strategically stipulated contract should allocate a risk to the party most capable of bearing the risk.*”¹⁶⁰ Allokeringen skal nedskrives i kontrakten ex ante i en reaktiv bestemmelse. Økonomisk set kan det udledes, at risikoen må fordeles til den part der bedst kan håndtere den. Denne kontrahent har - eller burde have - den nødvendige information, til at kunne påvirke omstændigheden på den mest omkostningseffektive måde. Det er derfor den part, der bedst håndterer en given risiko, der også kan håndtere den billigst. Det vil sige, at den offentlige myndighed betaler en

¹⁵⁸ Se yderligere anbefalinger fra *store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked bygherrernes udfordringer og handlemuligheder* (2014) side 2, hvor det bliver anbefalet at risikoområder skal afdækkes på forhånd og alternativer skal undersøges med henblik på at reducere risikoen.

¹⁵⁹ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 14.

¹⁶⁰ Shavell, S. (1979) *Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship*. Se også Triantis, G. G. (2000) *Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts*. Fra: Bouckaert B and de Geest (Eds.) (2000) *Encyclopedia of Law and Economics*. (Cheltenham, UK: Edward Elgar.) For yderligere se Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 14.

risikopræmie til OPP-leverandøren for at denne påtager sig ansvaret med risikoen.¹⁶¹ Juridisk set er der ud fra den økonomiske tankegang tale om, hvem der er den stærke part i aftaleforholdet og hvem der er den svage part, eller om parterne er lige positioneret.

I forhold til OPP-kontrakter er det svævende om der foreligger en svag eller stærk kontrahent ligesom i forbrugeraftaler, eller om der foreligger to stærke kontrahenter, som i kontrakter mellem erhvervsdrivende. Umiddelbart burde OPP-kontrakten ses som en kontrakt mellem to erhvervsdrivende, hvor begge kontrahenter er stærke, men afhængig af hvor man befinder sig i samarbejdets levetid, så skifter kontrahenterne position. I kontraktindgåelsesfasen - udbudsfasen - er det den offentlige myndighed der har den stærke position i forhold til den økonomiske aktør. Dette skyldes at det er den offentlige myndighed der sidder med forhandlingspositionen og skal vælge medkontrahenten, jf. forslag til udbudsloven § 72, stk. 1. I den efterfølgende byggefase kan rollerne være byttet om, idet det nu må forventes, at det er den private leverandør, der besidder information omkring projektets udførelse, i form af valg af materialer, know-how, kontrakt til underleverandører, interne ressourcer med videre. I tilfælde af at der opstår en negativ efterfølgende omstændighed vil det være nærliggende, at det er den private leverandør der bærer risikoen for denne, da det som argumenteret ovenfor, er denne part der besidder den stærkeste position. Yderligere må det forventes, at det er denne part, der bedst kan påvirke og/eller forudse en pågældende omstændighed, for eksempel i forbindelse med materialevalg som kan være sundhedsfarligt, da det er denne part som til daglig har hands-on med projektet. I tilfælde af, at denne part ikke har den fornødne kapacitet til at bære den pågældende risiko, vil det være efficient for OPP-relationen, at den offentlige part går ind og påtager sig en del/eller hele ansvaret for denne risiko. En risiko parterne med fordel kan placere hos begge parter er for eksempel en bygnings energiforbrug. Det kan være vanskeligt at forudsige energiforbruget for en OPP-leverandør, hvis der ikke på forhånd er klare og præcise forudsætninger om forbruget.¹⁶²

¹⁶¹ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 16.

¹⁶² "Hvis en folkeskoles elevtal eksempelvis ikke er kendt på forhånd, vil det udgøre en risiko for OPP-leverandøren at påtage sig risici i forhold til energiforbrug. Omvendt vil OPP-leverandøren kun have et stærkt incitament til at vælge en energieffektiv bygning, hvis OPP-leverandøren er med til at bære omkostningerne i forbindelse med energiforbruget i drifts- og vedligeholdelsesfasen. I praksis er der således et antal danske projekter, hvor risici vedrørende en bygnings forbrug er delt mellem ordregiver og OPP-leverandør." Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved*

En fordel ved at OPP-samarbejdet ex ante har opbygget en så stærk relation er derfor, at der er mulighed for at fordele risikoen imellem parterne, således at den offentlige kontrahent kan tage ansvar for en risiko, på trods af, at denne ikke er den nærmeste til at bære denne. *“Strategic contracting pursues a risk allocation that reflects the risk preferences of the contract parties.”*¹⁶³ Ved at fordele risikoen til den part der bedst kan bære den, til trods for at denne part ikke er nærmest til at bære denne risiko medfører, at begge parter har samme incitament til at deltage i projektet. Dette skyldes at parterne ex ante har fastsat et fælles mål og foretaget økonomiske bindinger.

For at fordelingen af risikoen kan lade sig gøre i praksis, kræves det, at denne risikofordeling nedskrives i kontrakten i en reaktiv bestemmelse. For at imødekomme, at parterne ex ante i udbudsprocessen skal fastsætte de betingelser der skal indgå i kontrakten, således at alle de deltagende parter har konkurreret på samme grundlag, og at der derfor ikke har foreligget forskelsbehandling og mangel på ligestilling.

Ydermere er risikoallokeringen med til at signalere engagement i relationen: *“Lastly, taking risk is also a signal of commitment to the relationship and this signaling value has to be taken into the equation of an optimal risk allocation”*¹⁶⁴ Det signalerer engagement overfor den anden part at dennes medkontrahent i OPP’et frivilligt påtager sig en risiko, som ellers ikke ville tilfalde denne part. Det styrker tillidsbåndet i relationen og bevirker til at der opstår større villighed til at investere yderligere i relationen.

Som tidligere nævnt, synes der ikke at være mangel på offentlige OPP-projekter, sådan som markedet ser ud nu. Undersøgelser fra *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked - bygherrernes udfordringer og handlemuligheder* (2014) dokumenterer, at den offentlige myndighed ikke engagerer sig i selve byggeprocessen, samt ikke er villig til at påtage sig risiko. De private leverandører ønsker til gengæld mere dialog, således at de er med til at tilrettelægge og præge projektet, samt en klar risikoafklaring. Undersøgelsen tyder derfor på, at det især er den offentlige myndigheds mangel på engagement i samarbejdet der skal forbedres. Der skal med andre ord ske en holdningsændring hos den offentlige part, således at

Offentlig-Private Partnerskaber. Side 17. Se yderligere bilag I, som indeholder en oversigt over den typiske risikofordeling i OPP-projekter.

¹⁶³ Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries*. Side 16.

¹⁶⁴ Spence, M. (1973) *Job Market Signaling*. Side 355–374.

denne signalerer engagement ved frivilligt at påtage sig en risiko og således tilpasser sig det forandrede marked. Ifølge Byggestyrelsens undersøgelse¹⁶⁵ er styrkeforholdet ved udbud forskubbet da de store entreprenørvirksomheder i Danmark ikke har den fornødne kapacitet, og derfor er konkurrencen for de store entreprenørvirksomheder meget lav. En løsning på dette problem ved OPP-projekter er som sagt, at allokeringen af risici skal tilpasses mellem parterne, således at den private leverandør ikke pålægges hele risikoen. På denne måde kan der åbnes op for større konkurrence, da flere virksomheder derved rent kapacitetsmæssigt kan deltage i OPP-udbuddet. Dette vil medføre, at efficient håndtering af risikoen vil være i fokus, og den rette håndtering kan gøre OPP-projektet mindre omkostningstungt. Det vil sige, at den offentlige myndighed er nødsaget til at påtage sig en risiko, og ikke blot skubbe den over på den private part i OPP'et.

7.2.3.1.1 Risikoprofil

Den originale principal-agent teori antager, at principalen er risikoneutral og at agenten er risikoavers.^{166,167}

Rent teoretisk vil det i et OPP-projekt være mest naturligt at risikoen ligger hos den private leverandør, da det er denne part som står for finansieringen af projektet. Og det er den private part der med sit bud på pris og kvalitet har forestået beregningerne. I et OPP-samarbejde ændres denne antagelse, da risikoen fordeles til den part der bedst kan bære denne. Det vil sige, at risikoen først ligger hos den private leverandør, men i tilfælde af, at den private part ikke kan bære den pågældende risiko, kan den offentlige myndighed gå ind og påtage sig denne risiko. Gennem investeringer i relationen ex ante, har parterne opnået så stærkt et tillidsbånd i OPP-relationen, at OPP-projektets eksistens og opnåelse af det fælles mål er dybt afhængig af begge parter overlevelse. Samarbejdets ophør på grund af en parts manglende økonomiske betalingsevne, er derfor ikke en realitet, da parterne vil gøre alt for at samarbejdet fortsætter - selvom det bevirker at den ene part skal overtage en risiko fra den anden. Den offentlige myndighed vil dermed hellere påtage sig risikoen end at samarbejdet ophører. Ydermere kan den offentlige myndighed bedre påtage sig en risiko, da denne kan

¹⁶⁵ Bygherre Foreningen (2014) *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked*. Side 10-13.

¹⁶⁶ Eisenhardt, K. M. (1989) *Agency Theory: An Assessment and Review*. Side 57-74.

¹⁶⁷ Efter denne oprindelige teori vil den offentlige myndighed være risikoneutral, hvorimod den private leverandør vil være risikoavers.

sprede risikoen ud på forskellige projekter.¹⁶⁸ Dette giver således incitament til, at OPP-parterne skal dele risikoen, i stedet for at den private skal påtage sig det hele.¹⁶⁹ Med hensyn til fordelingen af risiko er det afgørende at forstå, at det for parterne i OPP'et ikke kan betale sig at bære så lille en risiko som overhovedet muligt. Dette skyldes, at den part som ikke påtager sig risikoen skal kompensere medkontrahenten for den risiko denne part tager.¹⁷⁰

Den omstændighed at den offentlige myndighed frivilligt påtager sig en risiko fra den private part, vil ikke medføre at denne bliver mere risikoavers. Dette skyldes at denne myndighed, som nævnt ovenfor, har en stor risikospredning og dermed påvirker en risiko ikke denne part i så stort et omfang som ellers vil være tilfældet for den private part. En yderligere faktor der indikerer den offentlige myndigheds risikoneutralitet er, at asymmetrien er elimineret ex ante. Den offentlige myndighed har derfor fuldt overblik over projektets fremgang og er dermed mere villig til at påtage sig en eventuel risiko.¹⁷¹

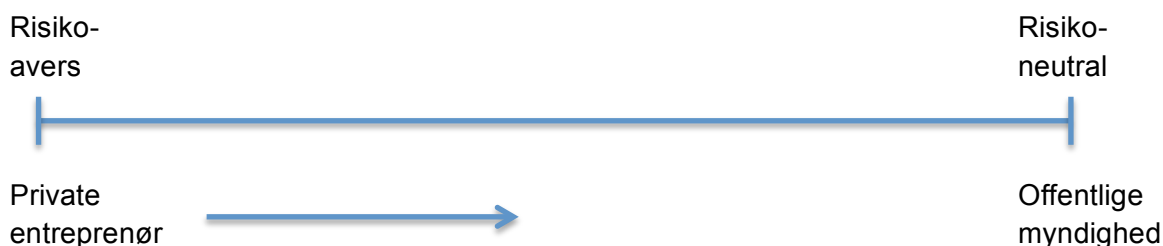
Dette samarbejde omkring fordelingen af risikoen vil betyde, at den private leverandør går fra at være yderst risikoavers grundet blandt andet mangel på kapacitet, til at have en mindre grad af risikoaversion. Dette skyldes, at den private part føler sig sikker på, at den offentlige myndighed vil gå ind og påtage sig den pågældende risiko, i det tilfælde, at den private part ikke har kapacitet til dette. Dette er illustreret af figuren nedenfor.

¹⁶⁸ Lando, H. (2011) *How to Allocate Risk in a Large Construction Project - A theoretical framework applied to central contract terms*. Side 13.

¹⁶⁹ Set fra et overordnet perspektiv er staten den ultimative principal. Men da denne ikke direkte selv indgår OPP-aftaler med en privat leverandør, foretages dette gennem en offentlig myndighed, jf. forslag til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 28, der agerer som statens agent. Da den offentlige myndighed skal ses som en del af staten, har denne mulighed for at sprede sin risiko bredere end en privat virksomhed har mulighed for. Dette skyldes at staten er en stor juridisk enhed, der har mange projekter igang, på denne måde kan et tab fordeles ud på et stort antal skatteydere. Lando, H. (2011) *How to Allocate Risk in a Large Construction Project - A theoretical framework applied to central contract terms*. Side 13.

¹⁷⁰ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 16.

¹⁷¹ Lando, H. (2011) *How to Allocate Risk in a Large Construction Project - A theoretical framework applied to central contract terms*. Side 13 ff. Se også Engel, E. m.fl. (2007) *The basic public finance of public-private partnerships*. Samt Iossa, E. m.fl. (2012) *Risk allocation and the costs and benefits of public-private partnerships*. Side 442-474.



Omkostningerne ved risikofordelingen vil afhænge af ovenstående figur. Den omstændighed at den offentlige myndighed er overvejende risikoneutral vil betyde, at denne parts påtagelse af risiko ikke er lige så omkostningsfuldt, som hvis den private part påtager sig en risiko, da disse er overvejende risikoaverse. Det er derfor efficient for OPP'et at den offentlige myndighed påtager sig en del af risikoen, ved genforhandling ved en hardshipklausul, da de samlede omkostninger på denne måde bliver lavere.¹⁷² På denne måde øges værdien af OPP-kontrakten, hvilket resulterer i, at grænsen for det efficiente kontraktbrud forrykkes, idet parternes gensidige bindinger gør det uhensigtsmæssigt at bryde kontrakten, så parterne vil derfor gøre meget før kontraktbrud bliver en mulighed.

7.2.3.2 Efterfølgende Omstændigheder i Form af Parternes Misligholdelse

Negative efterfølgende omstændigheder består ikke udelukkende af risikospørgsmålet. Et andet element der kan opstå, er parternes misligholdelse af OPP-kontrakten. Ved misligholdelse skal det forstås, at der er sket ikke-opfyldelse af aftaleretlige løfter.¹⁷³ Misligholdelse vil grundet parternes fælles interesser sjældent forekomme, da begge parter har interesse i at samarbejdet skal fortsætte ufortrødent. Som tidligere argumenteret for, er mennesker både begrænset rationelle og kan dermed i visse tilfælde handle opportunistisk, og man kan aldrig fuldstændig være sikker på, at denne adfærd er komplet elimineret til trods for de sikkerhedsforanstaltninger parterne har foretaget i OPP-relationen. Derfor er det ligeledes

¹⁷² Et spørgsmål som kan opstå ved den offentlige myndigheds hjælp ved risiko er, om det ikke ville være mere rentabelt at lade den offentlige myndighed påtage sig hele risikoen, da denne er risikoneutral og på denne måde ændre finansierings måden til offentlig finansiering. Vores antagelse er, at det er den offentlige myndighed der i størst omfang skal igennem en holdningsændring, da det som nævnt tidligere er denne part der mangler engagement i forhold til at ville påtage sig en risiko.

¹⁷³ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret I*. Side 174.

væsentligt at tage højde for, hvorvidt den efficiente styringsform kan håndtere denne form for efterfølgende omstændigheder.

7.2.3.2.1 *Former for Misligholdelse i OPP*

En misligholdelse kan for eksempel bestå i en *faktisk mangel*, en *retsmangel* eller i *forsinkelse*. Hvis en ydelse helt udebliver eller at ydelsen bliver præsteret senere, end det er aftalt parterne imellem, foreligger der en misligholdelse i form af forsinkelse.¹⁷⁴ Ud fra parternes fælles mål er det vigtigt, at byggeriet står færdigt til aftalt tid, da det er med til at generere interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele. I og med at begge parter strategier er afhængige af tiden i OPP-samarbejdet gennem det fælles mål, vil de begge have incitament til at investere i dette tidsperspektiv. Dette kan ligeledes ses i praksis, da Konkurrence- og forbrugerstyrelsen har foretaget en undersøgelse (2012) omkring danske erfaringer med OPP projekter. Alle OPP-anlæg, der var taget i brug, var klar til aftalt tid eller tidligere og derudover blev de gennemført uden større prisændringer.¹⁷⁵ Udfra ovenstående vil det være usandsynligt at en sådan misligholdelse vil forekomme, men som det er analyseret, så kan nogle parter handle opportunistisk og derfor tages der stilling til håndteringen af denne misligholdelse.

7.2.3.2.2 *Valg af Misligholdelsesbeføjelse i OPP-kontrakten*

Ved et OPP-samarbejde vil kontrahenterne i første omgang forsøge at gå uden om de såkaldte misligholdelsesbeføjelser.¹⁷⁶ Det vil sige, at i en OPP-relation vil det være at foretrække, at samarbejdet skal bestå, desuagtet at der foreligger en misligholdelse. En gennemtvungelse af misligholdelsesbeføjelser vil ikke i praksis tjene parternes interesser, da OPP-projekter som nævnt er et langsigtet kontraktforhold. Kontrahenterne vil derfor foretrække at bevare samarbejdet, fremfor at anvende deres juridiske ret til misligholdelsesbeføjelserne.¹⁷⁷ Til trods for at kontrahenterne gerne vil undgå at anvende misligholdelsesbeføjelser i tilfælde af tvister, kan man komme ud for situationer, hvor det bliver en nødvendighed. Det er den situation,

¹⁷⁴ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret I*. Side 174.

¹⁷⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2012) *Hovedkonklusioner angående de danske OPP-erfaringer*.

¹⁷⁶ Ved et OPP-kontraktforhold består misligholdelsesbeføjelserne for parterne i enten et krav om naturalopfyldelse, alternativt afhjælpning, omlevering, i at der sker ophævelse eller en form for økonomisk kompensation.

¹⁷⁷ Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret I*. Side 190.

hvor der ikke er udsigt til at samarbejdet kan fortsætte, på grund af for store uoverensstemmelser. Ved at anvende en misligholdelsesbeføjelse i et samarbejde, vil det ofte betyde afslutningen på kontrahenternes samarbejde.

I et OPP-samarbejde vil det være at foretrække at anvende misligholdelsesbeføjelsen *afhjælpning*. Derfor vil det være relevant at nedfælde en klausul i kontrakten, som tilsigter at den misligholdende part skal afhjælpe den pågældende misligholdelse inden for 30-50 dage. Hvis parterne via denne klausul får indskrevet retten og pligten til afhjælpning vil ophævelsesadgangen forskubbes og muligheden for naturalopfyldelse indtræder. Dette kan medføre en forhåbning om, at samarbejdet kan fortsætte og at kontrahenterne derfor ikke får skabt en dyb kløft imellem sig. Kontrahenterne vil derfor undgå splittelse, da det vil medføre at alle dets transaktioner har været spildte og processerne for at generere relational rents skal starte på ny med en ny kontrahent - hvis de vil opnå det mål, de forsøgte at realisere med aftalen.

I det tilfælde at der stadig foreligger væsentlig misligholdelse efter forsøg på afhjælpning, må der for den lidte kontrahentens side være ophævelsesadgang samt erstatningspligt i det omfang dette er retligt muligt. Ved ophævelsesadgang vil det altid være at foretrække, at dette kun sker i tilfælde af det efficiente kontraktbrud.

7.2.3.3 Efficiente Kontraktbrud

Teorien om det efficiente kontraktbrud foreskriver, at såfremt omkostningerne for den private leverandør er højere end den værdi, som den offentlige myndighed får ud af projektet, så vil det være efficient at bryde OPP-samarbejdet.¹⁷⁸ Da parterne har foretaget økonomiske bindinger, indskrevet en hardshipklausul med pligt til genforhandling med mere, vil værdien for den offentlige myndighed i det fleste tvister være højere end de omkostninger der er for den private part. På denne måde *forrykkes* derfor grænsen for, hvornår et kontraktbrud vil være efficient. Det vil sige, at gennem alle de økonomiske bindinger parterne har foretaget sig, opstår der et fælles mål som medfører, at parterne har incitamentsforenelighed. Ydermere kan den offentlige myndighed overtage en del af byrden, i form af risikofordelingen, og dermed vil omkostningerne for den private part sjældent overstige værdien for den offentlige. Dog er det vigtigt at pointere, at jo mere risiko den offentlige myndighed skal påtage sig, jo flere omkostninger har denne part og dermed falder værdien tilsvarende. Derfor vil det i et OPP-projekt være tænkeligt, at parterne i perioder vil opleve at værdien er lavere end

¹⁷⁸ Derved opnår parterne en kaldor-hicks efficient situation.

omkostningerne. Men ved at opveje det i forhold til hvad parterne kan opnå på længere sigt (relational rents), så ønsker især den offentlige myndighed ikke at skulle ophøre dette samarbejde og bruge flere omkostninger på en ny screeningsfase, samt omkostninger til at skabe den fornødne tillid og troværdighed i en ny relation i form at økonomiske bindinger. Det vil sige, at OPP-parterne grundet den stærke relation skal *langt ud*, før de vil overveje om et kontraktbrud vil være en efficient mulighed.

7.3 Sammenfatning af Efterfølgende Omstændigheder

Ud fra ovenstående må det konkluderes, at OPP-relationen skal være så stærk, at hybrid-styringsformen kan håndtere en efterfølgende omstændighed, således at samarbejdet kan fortsætte ufortrødent. Som et særligt hjælpemiddel til at håndtere de efterfølgende omstændigheder nedskrives der en hardshipklausul i kontrakten, som forpligter parterne til at genforhandle i tilfælde af at en negativ efterfølgende omstændighed skulle indtræde. En fordel ved denne genforhandling, og generelt ved et OPP-samarbejde er, at parterne har mulighed for at trække på hinandens ressourcer og dermed fordele risikoen imellem sig via selv-håndhævelse. På denne måde kan den offentlige part gå ind og overtage en risiko, hvis den private part har mangel på kapacitet. Ved ovenstående tiltag, vil grænsen for det efficiente kontraktbrud forrykkes. På denne måde sikres samarbejdets fortsatte eksistens.

En gennemtvingelse af misligholdelsesbeføjelser vil ikke tjene parternes interesser, da OPP-projekter er et langsigtet kontraktforhold. Kontrahenterne vil derfor foretrække at bevare samarbejdet, grundet de økonomiske bindinger parterne har investeret i ex ante. Misligholdelsesbeføjelsen *afhjælpning* vil være at foretrække, da relationen ved afhjælpning bagefter kan fortsætte ufortrødent. Derfor vil det være relevant at nedfælde en klausul i kontrakten, som siger at den misligholdende part skal afhjælpe den pågældende misligholdelse inden for 30-50 dage. Parterne har via denne klausul forskubbet ophævelsesadgangen og muligheden for naturalopfyldelse.

Ud fra ovenstående må det konkluderes, at hybrid-styringsformen, og herunder særligt selv-håndhævelses-styringsform, er særdeles anvendelig til at forhindre, at efterfølgende omstændigheder medfører samarbejdet ophør. Dette skyldes, at parterne via en hardshipklausul har pligt til at genforhandle på egen hånd, førend inddragelse af tredjeparts-håndhævelse bliver en nødvendighed.

KAPITEL 8

Ændring af Kontrakten

8.1 Indledning

Grundet OPP-parternes begrænsede rationalitet, samt projektets lange levetid kan der i medfør af den inkomplette kontrakt opstå et ønske om, at der foretages ændringer af OPP-kontrakten, såfremt denne skal tilpasses den nuværende situation. Den offentlige myndighed kan have svært ved på forhånd at specificere sine behov i udbudsmaterialet, og der kan derfor opstå et behov for at ændre elementer i kontrakten efter indgåelsen.

Fokus i dette kapitel vil derfor være på at få afklaret, hvilke ændringer der kan lade sig gøre i medfør af kontraktens bestemmelser.¹⁷⁹ Således at OPP-samarbejdet fortsætter eller hvorvidt disse ændringer vil være væsentlige og grundlæggende i kontrakten, således at udbudsretten sætter nogle begrænsninger herfor. Det vil sige, hvornår sætter udbudsretten grænser for, hvorledes OPP-relationen kan fortsætte.

8.2 Hovedreglen; Væsentlige Grundlæggende Ændringer i Kontrakten

Forslag til udbudslovens § 178, stk. 1¹⁸⁰ fastslår, at den offentlige myndighed ved ændringer i de væsentlige grundlæggende elementer i OPP-kontrakten skal gennemføre et nyt udbud. Kriterierne i § 178, stk. 2 er et udtryk for en kodificering af EU-Domstolens retspraksis i Pressetext-dommen, hvor EU-Domstolen blandt andet har udtalt, at *“en ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage,”* jf. C-454/06 Pressetext, præmis 35.

Når der opstår en konflikt via en efterfølgende omstændighed i samarbejdet ex post, som parterne ikke har taget stilling til ex ante, er parterne nødsaget til at forsøge at finde en fælles

¹⁷⁹ Disse reaktive bestemmelser nedskrives i kontrakten ex ante, og vil ved en tvist have behov for *tredjepartshåndhævelse*. Dette skyldes at en ændringsklausul skal være så klar, præcis og entydig at en tredjepart skal kunne støtte ret på denne klausul.

¹⁸⁰ Som implementeret fra udbudsdirektivets artikel 72, stk. 4 og 5.

løsning. Ved at parterne finder frem til en *ny* løsning på et opstået problem, må OPP-kontrakten i nogle tilfælde skulle ændres. Parternes aftalefrihed¹⁸¹ vil i denne situation være indskrænket, da offentlige udbudsregler, som nævnt fastslår, at ændring af væsentlige grundlæggende elementer i aftalen skal føre til et nyt udbud, jf. forslag til udbudslovens § 178, stk. 1 og stk. 2.

En væsentlig grundlæggende ændring af en OPP-kontrakt kan for eksempel være, at man midt i OPP-processen ændrer finansieringen fra at være privat, til at være offentlig. Dette skift kan komme på tale, hvis parterne midt i OPP-forløbet indser, at den private leverandør ikke har den fornødne kapacitet til at have ejerskab over projektet. Parterne kan dermed foretage et skift i ejerskabet, således at dette overgår fra den private leverandør til den offentlige myndighed. Dette ejerskifte medfører, at den private leverandør kun står for finansieringen af byggeriet i anlægsfasen hvorimod den offentlige part nu står for finansieringen af vedligeholdelsesfasen samt driftsfasen.¹⁸² På denne måde ændres den økonomiske balance i OPP-relationen, til fordel for den private leverandør, jf. § 178, stk. 2, nr. 2 i forslag til udbudsloven.¹⁸³ I dette tilfælde er der, som nævnt, tale om en væsentlig grundlæggende ændring af kontrakten, hvilket medfører at OPP-projektet igen skal i udbud. Ved et nyt udbud er den offentlige myndighed forpligtet til at handle i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, og denne kan derfor ikke uden videre *bare* genvælge den private leverandør, som hidtil har været medkontrahenten i OPP-projektet. Dette skyldes, at det vil fortolkes som direkte tildeling af en kontrakt uden en retmæssig udbudsprocedure er fulgt, jf. § 2 i forslag til udbudsloven.

¹⁸¹ Efter aftalelovens § 1, stk. 1, 1 pkt.

¹⁸² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Finansiering.

¹⁸³ Bemærkningerne til lovforslaget § 178 Stk. 2, nr. 2, indebærer, *“at ændringer i aftalens balance til fordel for leverandøren vil være at anse som en ændring af grundlæggende elementer. Hermed menes balancen mellem ydelse og modydelse, og omfatter enhver ændring, der kan have økonomisk betydning, så som ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse. Ændringer foretaget til fordel for ordregiveren er ikke omfattet af denne bestemmelse. Ændring af en kontrakt til fordel for ordregiveren vil dog kunne udgøre en ændring af grundlæggende elementer, hvis omstændighederne herfor er til stede.”* I vores afhandling analyseres parternes økonomiske gevinster i forhold til relationen. Det vil sige, at den offentlige myndighed opnår en gevinst i relationen ved at overtage den private parts risici, til trods for at denne part nu har omkostninger forbundet med den påtagede risiko. Derfor kan parternes økonomiske gevinster og tab ikke adskilles og ændringer i aftalens balance kan derfor ikke kun ses til fordel eller ulempe for den ene part.

En anden væsentlig ændring af den oprindelige OPP-kontrakt kan være, at den offentlige myndighed udover det oprindelige bygge- og anlægsprojekt yderligere ønsker et tilknyttet projekt opført. Dette tilknyttede ekstra projekt kan for eksempel være, at udover det oprindelige bygge- og anlægsprojekt, så ønsker den offentlige part nu et tilknyttet parkareal, parkeringshus eller lignende. Denne ændring medfører en betydelig udvidelse af OPP-kontraktens anvendelsesområde, jf. § 178, stk. 2, nr. 3 i forslag til udbudsloven samt bemærkningerne til lovforslagets § 178 Stk. 2, nr. 3,¹⁸⁴ og kræver derfor at projektet igen skal i udbud.

Ved sådanne væsentlige ændringer af grundlæggende elementer i OPP-relationen, som analyseret ovenfor, vil der være tale om ændringer som bevirker, at kontrahenterne ikke nødvendigvis kan fortsætte i relationen. Idet at udbudsreglerne sikrer, at offentlige kontrakter og procedurer er gennemsigtige og at der sker ligebehandling af tilbudsgiverne, jf. forslag til udbudslovens § 2, stk. 1,¹⁸⁵ disse principper sikrer mod konkurrenceforvridning. Den offentlige myndighed er derfor tvunget til at indlede et nyt udbud, og ligeledes tvunget til at vælge den kontrahent, der opfylder kriterierne for tildeling bedst muligt, jf. § 72, stk. 1, jf. § 162, stk. 1, nr. 3 i forslag til udbudsloven. Dermed er det ikke sikkert at de samme kontrahenter vil kunne fortsætte OPP-projektet.

Når der opstår ændringer af grundlæggende elementer i OPP-kontrakten bliver det her klart, at den offentlige EU-udbudsret kan sætte nogle begrænsninger for parternes aftalefrihed. Til forskel fra en ren privatretlig kontrakt må man her tage stilling til, om ændringer løbende i kontrakten har konsekvenser for samarbejdets fortsættelse.

¹⁸⁴ ”At betydelige udvidelser af en kontrakts eller rammeaftales anvendelsesområde vil være at anse som en ændring af grundlæggende elementer. Hermed menes udvidelser både i omfang eller art. Udvidelsen skal være betydelig, hvilket indebærer, at ændringen skal være større end værdierne i § 180, og tilstrækkelig stor til, at ændringen efter en konkret vurdering anses for parternes vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer. Til vurdering heraf skal det undersøges, om de øvrige betingelser i stk. 2, nr. 1-4, er opfyldt. Det er således ikke udelukket, at en udvidelse af en kontrakts anvendelsesområde, der er større end værdierne i § 180 kan tillades uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure i henhold til denne lov,” jf. bemærkningerne til lovforslaget § 178 Stk. 2, nr. 3.

¹⁸⁵ Se også C-545/06 Presstetext-dommen.

8.2.1 Undtagelser

Det er dog ikke i alle tilfælde at der sker væsentlige ændringer i kontrakten, således at kontrakten ender i et nyt udbud. Forslag til udbudsloven indeholder en række undtagelser hertil. Disse undtagelser omhandler henholdsvis; regler vedrørende ændringer i medfør af kontrakten via ændringsklausuler (reguleret i § 179), de minimis-reglen (reguleret i § 180), regler om supplerende bygge- og anlægsarbejder (reguleret i § 181), regler vedrørende udskiftning af den oprindelige leverandør (reguleret i § 182) samt regler om ændringer som følge af efterfølgende omstændigheder, som en påpasselig ordregiver ikke kunne have forudset (reguleret i § 183).

8.2.1.1 Ændringer i medfør af kontrakten

Forslag til udbudslovens § 179¹⁸⁶ regulerer *ændringer i medfør* af kontrakten og skal derfor ikke ses som et nyt udbud, da OPP-kontrakten én gang har været konkurrenceudsat. Med andre ord sker der ikke en ændring *af* kontrakten, men derimod en ændring *i medfør* af kontrakten.¹⁸⁷

OPP-parterne kan i kontrakten ex ante nedskrive ændringsklausuler, hvoraf det klart, præcist og entydigt skal fremgå, hvilke ændringer der er acceptable.¹⁸⁸ Ændringerne må ikke være ændringer af grundlæggende elementer. Ydermere må ændringer af kontraktens overordnede karakter ej heller forekomme. En sådan ændringsklausul kan i henhold til udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111 for eksempel bestå af “*prisindeksering og produktudskiftning, eksempelvis med henblik på sikring af, at produkter, der skal leveres over en længere periode er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet,*” jf. bemærkningen til lovforslagets § 179. En ændringsklausul kan således i OPP-kontrakten med fordel gå ud på at fastsætte ændringer på udvalgte byggematerialer, hvis der skulle forekomme prisstigninger. Dog fastsætter forslag til udbudslovens § 179, at prisstigningernes omfang og art skal nedfældes i klausulerne ex ante. En ændringsklausul indeholder ikke kun bestemmelser om ændringer i forhold til prisstigninger, men åbner ligeledes op for muligheden for udskiftning af et produkt

¹⁸⁶ Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a.

¹⁸⁷ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning (2014) side 785.

¹⁸⁸ Bemærkningerne til lovforslagets § 179 foreskriver at “*betingelsen om, at ændringsklausuler skal være klare, præcise og entydige er indført for ikke at give ordregiveren et ubetinget frit valg med hensyn til, hvilke ændringer, der kan foretages i en offentlig kontrakt.*”

såfremt det “*markedsføres i en ny og mere miljøvenlig udgave*”.¹⁸⁹ Netop fordi en OPP-kontrakt er langvarig er sådanne ændringsklausuler en fordel at have taget stilling til ex ante, således at en ændring ex post ikke medfører en ændring af væsentlig karakter og derfor kræver nyt udbud.

8.2.1.2 De minimis-reglen¹⁹⁰

Forslag til udbudslovens § 180¹⁹¹ regulerer, at ændringer af en offentlig kontrakt ikke skal betragtes som ændringer af grundlæggende elementer, hvis værdien af disse ændringer er lavere end tærskelværdierne beskrevet i § 6 og lavere end 15 % af værdien af den oprindelige bygge- og anlægskontrakt.

Det vil sige, såfremt den økonomiske værdi af OPP-kontraktens ændringer ikke overstiger denne de minimis-regel, så vil denne ændring ikke blive betragtet som en ændring af grundlæggende elementer.

8.2.1.3 Supplerende Bygge- og anlægsarbejder

Forslag til udbudslovens § 181¹⁹² regulerer ændringer vedrørende supplerende bygge- og anlægsarbejder. Som anført i bemærkningerne til lovforslagets § 181 udledes det, at en sådan ændring ikke vil anses som værende en ændring af grundlæggende elementer, når kontraktens hovedydelse vil fremstå ufærdigt, hvis ikke det supplerende bygge- og anlægsarbejde blev leveret. Et OPP-projekt er af så omfattende karakter, så muligheden for at der kan opstå et ønske om uforudsete supplerende bygge- og anlægsarbejde er til stede. Det er dog vigtigt at pointere, at EU-Domstolen har fastslået, at de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed også rækker ind i kontraktforholdet. Dette sætter selvsagt nogle grænser for, hvilke ændringer den offentlige myndighed samt den private leverandør kan foretage sig, i medfør af kontrakten i form af supplerende bygge- og anlægsarbejder.¹⁹³

¹⁸⁹ Bemærkningen til lovforslagets § 179.

¹⁹⁰ “*Ændringer af kontrakten, der medfører en mindre ændring af kontraktens værdi op til et vist niveau, bør altid være mulige, uden at det er nødvendigt at gennemføre en ny udbudsprocedure. Med henblik på dette og for at sikre retssikkerheden bør dette direktiv fastsætte »de minimis«-tærskler, under hvilke en ny udbudsprocedure ikke er nødvendig. Det bør være muligt at ændre kontrakten over disse tærskler uden at skulle gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis disse overholder de relevante betingelser i dette direktiv.*” Jf. forslag til udbudsloven, bilag 2, betragtning 107.

¹⁹¹ Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 72, stk. 2.

¹⁹² Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, 1. afsnit, litra b.

¹⁹³ Bemærkning til lovforslagets § 181.

8.2.1.4 Udskiftning af den oprindelige leverandør

Forslag til udbudslovens § 182¹⁹⁴ regulerer udskiftning af den oprindelige leverandør. Oprindeligt vil udskiftning af den private leverandør udgøre en væsentlig grundlæggende ændring af kontrakten og vil derved medvirke til at kontrakten skal i genudbud, jf. forslag til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4. Men forslag til udbudslovens § 182, stk. 1 og 2 indeholder en række undtagelser hertil. Den første undtagelse, jf. § 182, stk. 1, består i at man i OPP-kontrakten ex ante nedfælder en ændringsklausul, jf. forslag til udbudslovens § 179. Den anden undtagelse, jf. § 182, stk. 2, består i at den nyligt indsatte private leverandør indtræder enten helt eller delvist i den forhenværende leverandørs rettigheder. Udskiftningen skal blandt andet ske med kriteriet om, at den nye leverandør opfylder de kvalitative udvælgelseskriterier der skulle opfyldes ved OPP-kontraktens oprindelige udbud. Ydermere må udskiftningen ikke medføre andre grundlæggende ændringer af kontrakten, og loven skal ikke forsøges omgået.

Hvis den private leverandør kommer i en så dårlig økonomisk situation, at denne bliver insolvent og dermed ikke kan fortsætte samarbejdet, vil det være nødvendigt for den offentlige myndighed at finde en stedfortræder, som kan sørge for den resterende del af opførelsen af OPP-projektet. En sådan udskiftning vil betyde, at muligheden for at optjene en overnormal profit i relationen i form af relational rents bortfalder. Dog vil den offentlige myndigheds anden bundlinje, nemlig velfærdsmaksimering stadig kunne bestå, idet bygge- og anlægsprojektet bliver færdigt og kan benyttes offentligt.

En OPP-relation som følger denne afhandlings anbefalinger om, at foretage en række økonomiske bindinger ex ante, vil gå meget langt før en udskiftning af den private leverandør vil være en realitet. Dette skyldes, at parterne har investeret i relationen og disse investeringer vil gå tabt, hvis den ene part udskiftes. Hvis OPP-parterne formår at få opbygget et så stærkt tillidsbånd samt at få opbygget troværdighed i relationen, vil relationen ikke kunne bestå udelukkende af den ene kontrahent samt af en ny aftalepart. Til trods for at loven tilskriver en mulighed for udskiftning af en leverandør, vil dette være meget svært for en OPP-relation, der har fulgt vores anvisninger, da det vil være for omkostningsfuldt og tidskrævende at starte forfra med en ny leverandør. Med andre ord vil relationen mellem de oprindelige parter være bortfaldet, og med dette er muligheden for at opnå en overnormal profit i form af relational

¹⁹⁴ Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, 1. afsnit, litra d.

rents også bortfaldet. Dog kan det være nødvendigt fra den offentlige myndigheds side at få byggeriet færdigt, således at projektet står færdigt sådan som man fra politisk side ønskede og lovede det.

8.2.1.5 Efterfølgende omstændigheder som en påpasselig ordregiver ikke kunne have forudset

Forslag til udbudslovens § 183¹⁹⁵ regulerer, at en *påpasselig ordregiver*, som ikke har forudset den pågældende efterfølgende omstændighed, kan fortsætte OPP-relationen ufortrødent, da dette dermed ikke ses som en væsentlig ændring af kontrakten, jf. 183, stk. 1, nr. 1. Ydermere vil der ikke være tale om en væsentlig ændring af OPP-relationen, hvis kontraktens overordnede karakter ikke ændres,¹⁹⁶ samt hvis værdien af denne ændring ikke overstiger 50 % af kontraktens oprindelige værdi, jf. § 183, stk. 1, nr. 2 og 3.

Et OPP-projekt er et langvarigt samarbejde og derfor er der, som nævnt tidligere, behov for en inkomplet kontrakt, som medfører den fornødne fleksibilitet til at kunne foretage ændringer i kontrakten, uden at skulle gennemføre en ny udbudsprocedure.¹⁹⁷ Det vil sige, hvis den påpasselige offentlige myndighed ikke kunne forudse den pågældende efterfølgende omstændighed, og ændringen ikke udgør over 50% af kontraktens oprindelige værdi, samt hvis kontraktens overordnede karakter ikke ændres, vil kontrakten ikke skulle i genudbud og samarbejdet kan fortsætte ufortrødent.

Rune Meldgaard Christensen og Casper Majgaard Grønlund har i deres afhandling¹⁹⁸ forsøgt at tilpasse hardshipklausulen således, at denne kan rummes efter undtagelsesbestemmelsen i forslag til udbudslovens § 183, således at genforhandling via denne hardshipklausul ikke forudsætter et nyt udbud.

Når der i OPP'et sker ændringer, i form af uforudsete omstændigheder eller i form af supplerende anskaffelser i medfør af kontrakten, skal den ordregivende myndighed

¹⁹⁵ Som implementeret fra udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, 1. afsnit, litra c.

¹⁹⁶ Det vil for eksempel sige, hvis OPP-kontrakten går fra at være en offentlig bygge- og anlægskontrakt til at være en offentlige tjenesteydelseskontrakt.

¹⁹⁷ Bemærkningen til lovforslagets § 183.

¹⁹⁸ *Den Offentlige Bygherres Efficiente Håndtering af Efterfølgende Omstændigheder i Totalentreprise* (2015) side 77.

offentliggøre en bekendtgørelse om de ændringer, der er foretaget i kontraktens løbetid, jf. § 184, stk. 2.¹⁹⁹

Fra den offentlige myndigheds side, vil det at lave ændringer i medfør af kontrakten dog stadig kræve ressourcer og processen vil måske være en smule omstændig, set i forhold til hvis EU-udbudsretten ikke satte disse begrænsninger. Dog må dette forbrug af ressourcer ses som bedre end at skulle udforme et nyt udbud. Praksis i nogle medlemsstater er, at offentlige myndigheder offentliggør en profylaksebekendtgørelse,²⁰⁰ når der foretages ændringer i en kontrakts løbetid, hvis ordregiver vurderer at der ikke udløses en ny udbudspligt.²⁰¹

8.3 Sammenfatning af Ændring af Kontrakten

Ud fra ovenstående konkluderes det, at ændringer i medfør af kontrakten medvirker til relationens fortsættelse, jf. forslag til udbudslovens §§ 179 - 183, hvorimod ændringer af grundlæggende elementer af kontrakten medfører at OPP-kontrakten skal i et nyt udbud, jf. forslag til udbudslovens § 178. Det vil sige, at udbudsretten sætter begrænsninger for, hvorledes OPP-relationen kan fortsætte i tilfælde af ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Ud fra ovenstående vil der ikke umiddelbart være noget til hinder for, at OPP-kontrakten kan fortsætte til trods for udbudsrettens begrænsninger i medfør af undtagelsesbestemmelserne i forslag til udbudslovens §§ 179-183. Det hele afhænger af den pågældende OPP-kontrakt samt ændringer i tids- og markedsvilkår.

¹⁹⁹ Som implementeret fra art. 72, stk. 1, sidste punktum i udbudsdirektivet.

²⁰⁰ *Håndhævelseslovens § 4 fastsætter en mulighed for ordregiver til at "foretage en frivillig offentliggørelse af sin hensigt om at indgå en kontrakt uden afholdelse af et EU-udbuds (profylaksebekendtgørelse), med henblik på at undgå, at kontrakten senere kan erklæres for uden virkning."* Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 773.

²⁰¹ "La Cour, Lisbeth, Anders Milhøj og Grith Skovgaard Ølykke: "Transparency Notices in the EU Public Procurement Regime: An Empirical Study of the use of Transparency Notices in Denmark, Sweden and the United Kingdom", *Public Procurement Law Review* til publikation 2015 no. 5, 164-192, finder, at dette er tilfældet i højere grad i Sverige og Storbritannien, end det er i Danmark." Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. Side 362.

KAPITEL 9

Konklusion på Del 2

Ex Post

Effective Governance

Formålet med ex post analysen, effective governance, var at modvirke moral hazard problemet post-kontraktuelt, ved at anvende de kontraktuelle bestemmelser. Moral hazard problemet i OPP-samarbejdet er kendetegnet ved, at der er tale om handlinger, som foretages efter kontrakten mellem parterne er indgået - altså er der tale om efterfølgende omstændigheder. Spørgsmålet var derfor, hvorledes effective governance forhindrer konflikter i OPP-relationen, som ellers fører til samarbejdets ophør.

For at besvare ovenstående spørgsmål var det først og fremmest nødvendigt at analysere, hvilken styringsform, der var efficient til løsning af efterfølgende omstændigheder i en OPP-kontrakt. Det blev udledt at en hybrid-styringsform mellem det bilaterale, det trilaterale og forenet regulering er at foretrække i et OPP-samarbejde, da en OPP er så kompleks, og det er derfor nødvendigt at inddrage elementer fra alle tre reguleringsformer. Parterne har således igennem selv-håndhævelse mulighed for selv at løse eventuelle tvister før tredjeparts-håndhævelse er nødvendig at inddrage.

Ydermere er det en forudsætning for at opnå en overnormal profit i form af relational rents, at OPP-relationen opfylder den sidste kumulative betingelse, nemlig at vælge den mest effektive styringsform. En hybrid-styringsform er netop mulig i et OPP, da parterne ex ante, har foretaget økonomiske bindinger, hvilket medførte tillid og troværdighed i relationen, ex post, som åbnede op for muligheden for inddragelse af selv-håndhævelses-styringsformen.

Efterfølgende var det relevant at analysere, hvilke efterfølgende omstændigheder der kunne forekomme i en OPP-relation, som kunne forhindre samarbejdets fortsættelse. Og på denne måde *teste*, hvorvidt den valgte hybrid-styringsform kunne håndtere disse efterfølgende omstændigheder. Som et særligt hjælpemiddel til at håndtere de efterfølgende

omstændigheder, kan der med fordel nedskrives en hardshipklausul i kontrakten, som forpligter parterne til at genforhandle i tilfælde af en negativ efterfølgende omstændighed skulle indtræde. En fordel ved denne genforhandling, og generelt ved et OPP-samarbejde er, at parterne har mulighed for at trække på hinandens ressourcer og dermed fordele risikoen imellem sig.

Ud fra ovenstående konkluderedes det, at hybrid-styringsformen, og herunder særligt selvhåndhævelses-styringsform, er særdeles anvendelig til at forhindre, at efterfølgende omstændigheder medfører samarbejdet ophør.

Grundet OPP-parternes begrænsede rationalitet samt projektets lange levetid, var det i medfør af den inkomplette kontrakt relevant at analysere, hvorvidt der kunne foretages ændringer af OPP-kontrakten, da denne skal tilpasses den gældende situation. Derfor var fokus på at få afklaret, hvornår udbudsretten sætter nogle begrænsninger for, hvorledes OPP-relationen kan fortsætte. Konklusionen blev, at udbudsretten sætter nogle begrænsninger for, hvorledes OPP-relationen kan fortsætte i tilfælde af ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Der vil umiddelbart ikke være noget til hinder for, at OPP-kontrakten kan fortsætte til trods for udbudsrettens begrænsninger.

Ud fra denne analyse må det konkluderes, at den fjerde og sidste kumulative betingelse i målet om at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele - effective governance - anført af Dyer & Singh, må siges at være opfyldt. Hybrid-styringsformen er særdeles optimal, da denne styringsform er den mest effektive styringsform for en OPP-relation.

KAPITEL 10

Relational Rents, Kvasi-renter og Transaktionsomkostninger

10.1 Indledning

Dette kapitel vil sammenfatte de fordele der er med ex ante og ex post analysen. Nærmere bestemt, vil dette kapitel fokusere på en analyse af de gennemgåede fire kumulative bestemmelser,²⁰² som tilsammen udvikler interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af en overnormal profit - relational rents. Derfor vil fokus i dette kapital til dels være, hvorvidt en OPP-relation via strategisk kontrahering kan opnå relational rents, eller om det *kun* er muligt at opnå kvasi-renter. Et andet fokus er herefter om gevinsten ved at foretage denne OPP-relation kan opveje de transaktionsomkostninger der er forbundet hermed.

10.2 Relational Rents og/eller Kvasi-renter

10.2.1 Komplementære Ressourcer

At parterne besidder komplementære ressourcer er, som tidligere anført, grundforudsætningen for, at disse kan indgå i et vellykket OPP-samarbejde og en forudsætning for at skabe merværdi. I praksis vil OPP-parterne generelt komplementere hinanden ved, at den offentlige myndighed har en byggegrund og planer for byggeriet og den private leverandør har ressourcerne og kompetencerne til at dette kan opnås. Når parternes ressourcer komplementerer hinanden, kan der opstå et strategisk fit i OPP-relationen, således at der udvikles en ideel situation, hvor der er gode forudsætninger for at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele ved strategisk kontrahering. Dette strategiske fit findes gennem anvendelsen af udbudsproceduren konkurrencepræget dialog. Denne kumulative betingelse vil derfor altid ses som værende opfyldt, da den offentlige part ved brugen af konkurrencepræget dialog screener markedet for netop den private leverandør der besidder ressourcer som komplementerer den offentlige part tilstrækkeligt og derved udgør

²⁰² Bestående af 1) Komplementære ressourcer, 2) Relationsspecifikke investeringer, 3) Vidensdeling og 4) Effektiv styringsform.

det strategiske fit. Det må ud fra ovenstående konkluderes at den kumulative betingelse *komplementære ressourcer* er opfyldt ved et OPP-samarbejde.

10.2.2 Relationsspecifikke Investeringer

For at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele kræves det, at begge parter i et OPP-samarbejde bidrager til relationen, hvilket sker gennem deres gensidige investeringer. Disse relationsspecifikke investeringer er et udtryk for de *forpligtelser* parterne kan skabe, via proaktive bestemmelser i kontrakten. I et OPP-projekt kan parterne investere i relationen gennem de fysiske, tidsmæssige og humane bindinger. Investeringer i disse bindinger udgør tilsammen parternes *interorganisatoriske* forpligtelser. Gennem disse relationsspecifikke investeringer opnår parterne en integration, således at parterne vil nærme sig hinanden og udgøre én samlet enhed, i målet om at udføre et godt stykke entreprisarbejde, med efterfølgende drift og vedligeholdelse. Den samlede enhed har de samme mål og får også skabt et sæt fælles værdier og rutiner og dermed incitamentsforenelighed. Idet parterne investerer i OPP'et, giver de hver især udtryk for, at de ønsker at forblive heri. Grundet dette engagement vil de relationsspecifikke investeringer medføre, at tilliden og troværdigheden blandt parterne udvikles.

De relationsspecifikke investeringer, *ex ante*, medfører et afkast, *ex post*, i form af kvasi-renter. Det vil sige, at når parterne foretager relationsspecifikke investeringer vil de altid opnå kvasi-renter - dette er ikke betinget af de fire kumulative betingelsers opfyldelse. Jo flere relationsspecifikke investeringer der foretages korrekt, jo højere kvasi-renter vil relationen opnå.

Ud fra ovenstående er der intet til hinder for at et OPP-projekt kan opfylde denne kumulative betingelse, *relationsspecifikke investeringer*, da der er gode forudsætninger for, at parterne kan og vil investere i fysiske, tidsmæssige og humane bindinger. Dette skyldes at parterne gennem disse investeringer vil opnå kvasi-renter, uanset om resten af de kumulative betingelserne for at opnå en interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af relational rents er opfyldt.

10.2.3 Vidensdeling

Ved vidensdeling opnår parterne en højere grad af interorganisatorisk følelse, hvilket er med til at sikre en højere fælles nytte. Det vil være det optimale for OPP-relationen, at parterne udvikler regelmæssige mønstre, gennem rutiner, som skaber deling af parternes viden på en effektiv og kompetent måde. Ovenstående betyder for OPP-samarbejdet, at parterne investerer i hinanden, og derved genereres der en binding som medfører tillid og sikkerhed.

Vidensdelingsprocesser kan være efficiente og udvikle et godt samarbejde og derigennem føre til opnåelse af relational rents. Dog er vidensdelingsprocesser ikke et efficient værktøj, hvis ikke parterne har den fornødne kapacitet og ikke mindst vilje til at kunne absorbere den viden de får ned i rutiner. Dette medfører at vidensdelingsprocesser ikke er efficiente, hvis den viden den ene får af den anden part bare går til spilde. Det er vigtigt at sikre sig, at vidensdelingen bliver udnyttet og absorberet på korrekt vis, således at OPP-samarbejdet opnår vedvarende konkurrencemæssige fordele. Et vigtigt element i vidensdelingsprocessen er derfor parternes absorptionskapacitet.

Ud fra ovenstående konkluderes det, at et OPP har gode muligheder for at udvikle nogle efficiente vidensdelingsrutiner. Dette afhænger dog af hvorledes parterne kan absorbere den viden de får fra den anden part. Kort sagt er der god mulighed for at et OPP-projekt kan opfylde den tredje kumulative betingelse, *vidensdeling*, og dermed opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele.

10.2.4 Effektiv Styringsform

En hybrid-styringsform er at foretrække i et OPP-samarbejde, da parterne igennem selv-håndhævelse har mulighed for selv at løse eventuelle tvister førend tredjeparts-håndhævelse bliver nødvendigt. En hybrid-styringsform er netop mulig i et OPP da parterne, *ex ante*, foretager økonomiske bindinger, hvilket medfører tillid og troværdighed i relationen, *ex post*, som åbner op for muligheden for inddragelse af selv-håndhævelses-styringsformen. På denne måde opnår parterne den efficiente styringsform for et OPP-projekt. Det er vigtigt at finde frem til netop den styringsform som er mest effektiv for en OPP-kontrakt, idet der ellers ikke vil være mulighed for at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele i form af relational rents.

Hvis OPP-relationen vil opfylde denne kumulative betingelse, kræves det derfor at parterne ex ante vælger denne hybrid-styringsform til at regulere OPP'et. Dette skyldes, at ud fra ovenstående analyse er denne styringsform den mest effiente til at håndtere efterfølgende omstændigheder, samt ændringer af kontrakten. Hvis parterne vælger denne styringsform vil fjerde og sidste kumulative betingelse være opfyldt og OPP-relationen vil derfor opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele i form af en overnormal profit - relational rents.

Ud fra ovenstående er der gode forudsætninger for at en OPP-kontrakt kan opfylde Dyer & Singhs fire kumulative betingelser. Dette vil resultere i, at OPP'et opnår interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af en overnormal profit - relational rents. Som nævnt ovenfor vil parterne dermed opnå relational rents, herunder kvasi-renter, ved OPP-samarbejdet. Ud fra denne betragtning vil parternes fælles mål om profitmaksimering være opfyldt.

10.3 Relational Rents i forhold til Transaktionsomkostninger

For at det kan betale sig for OPP-parterne at investere i de økonomiske bindinger skal hele samarbejdet samlet set give et afkast. Det vil sige at opnåelse af relational rents, herunder kvasi-renter og den samlede velfærd ved OPP'et skal være større end de transaktionsomkostninger samarbejdet medfører.

Generelt medfører et OPP-samarbejde, at transaktionsomkostningerne er højere ex ante, set i forhold til, hvis det blev gennemført af isolerede virksomheder via en traditionel kontrakt. Dette skyldes, at det er her i startfasen, at den private økonomiske aktør foretager investeringer i blandt andet innovative løsninger, specifikke materialer, samt har omkostninger forbundet med screeningsfasen. Dog vil de efterfølgende omkostninger i relation til dette typisk være lavere ved et OPP-projekt, end ved et lignende projekt udført af isolerede virksomheder. Dette skyldes at disse innovative løsninger og materialer ikke kræver udskiftning eller omfattende vedligeholdelse.²⁰³

²⁰³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvad er fordelene ved OPP?

10.3.1 Transaktionsomkostninger ex ante

Førend den offentlige myndighed iværksætter en udbudsprocedure, er det oplagt at der foretages nogle markedsundersøgelser, jf. forslag til udbudslovens § 39. Sådanne markedsundersøgelser kan være tids- og ressourcekrævende, og medfører dermed høje transaktionsomkostninger for den offentlige part. Ydermere er transaktionsomkostningerne ved den konkurrenceprægede dialog høje, da det er en omfattende proces at skulle screene den private part, således at det strategiske fit opnås. Udover de høje transaktionsomkostninger forbundet med at finde den part der besidder komplementære ressourcer, er der yderligere høje transaktionsomkostninger forbundet med de økonomiske bindinger. Ydermere er der transaktionsomkostninger forbundet med at parterne skal dele viden. Det må derved udledes, at der er høje transaktionsomkostninger forbundet med, at parterne udvikler en tillid og troværdighed i relationen. Det vil sige, at *“OPP-modellen giver typisk anledning til større udbudsomkostninger end traditionelt organiserede bygge- og anlægsprojekter. Især forud for udbuddet af OPP-projektet, hvor en kontrakt, der skal gælde i 15-25 år, bliver formuleret.”*²⁰⁴ Det vil sige, der er høje transaktionsomkostninger ex ante ved at udvikle en optimal OPP-kontrakt.

10.3.2 Transaktionsomkostninger ex post

Ex post bliver transaktionsomkostninger lavere, hvilket kan ses ved at kontraheringsomkostningerne bliver lavere, da tillid og troværdighed i relationen medfører at OPP-parterne ikke har behov for at skrive alle detaljer ned i OPP-kontrakten. Ydermere bliver overvågningsomkostningerne lavere, da dette skyldes at tilliden er udviklet i relationen, hvilket resulterer i at parterne ikke vil handle opportunistisk, da de nu har interorganisatoriske mål og forventninger til samarbejdet. Dette OPP-samarbejde behøver derfor ikke at investere i overvågning for at sikre aftalens opfyldelse, og dermed medføre høje kontrolomkostninger. Kort sagt reducerer tillid overvågningsomkostningerne samt antallet af konflikter og har dermed en positiv effekt på præstationen. Derudover er OPP’ets inkomplette kontrakt ikke så transaktionsomkostningstung som en komplet OPP-kontrakt ville være.

²⁰⁴ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 13.

Problemet med de høje transaktionsomkostninger ex ante bliver afhjulpet af de lavere transaktionsomkostninger ex post. Transaktionsomkostningerne falder gennem tillid og troværdighed, da for eksempel vidensdelingsomkostningerne falder. Dette skyldes at parterne ikke længere skal bruge deres ressourcer på at indføre nye tiltag og lære disse at kende, men derimod har indarbejdet rutiner, således at der frigøres nye ressourcer, til nye udfordringer. Ved tillid opnås en bedre fællesskabsfølelse og dermed et bedre samarbejde, og mange tvister kan undgås på længere sigt. På denne måde omkostningsminimerer man også samarbejdet i forhold til eventuelle tvister. Således opstår der incitamentsforenelighed blandt parterne. Det vil sige, omkostningerne er høje ex ante, men gennem tillid og troværdighed udlignes disse ex post.

Ud fra ovenstående analyse vil transaktionsomkostningerne ved OPP'et være høje ex ante, da parterne skal foretage økonomiske bindinger herunder relationsspecifikke investeringer og vidensdeling. Dog vil transaktionsomkostningerne falde ex post, da parterne for eksempel her har integreret vidensdelingen således at der nu bliver frigjort ressourcer til brug for noget andet.

10.3.3 Totaløkonomi i OPP-projekter i forhold til et Almindeligt Entrepriseprojekt

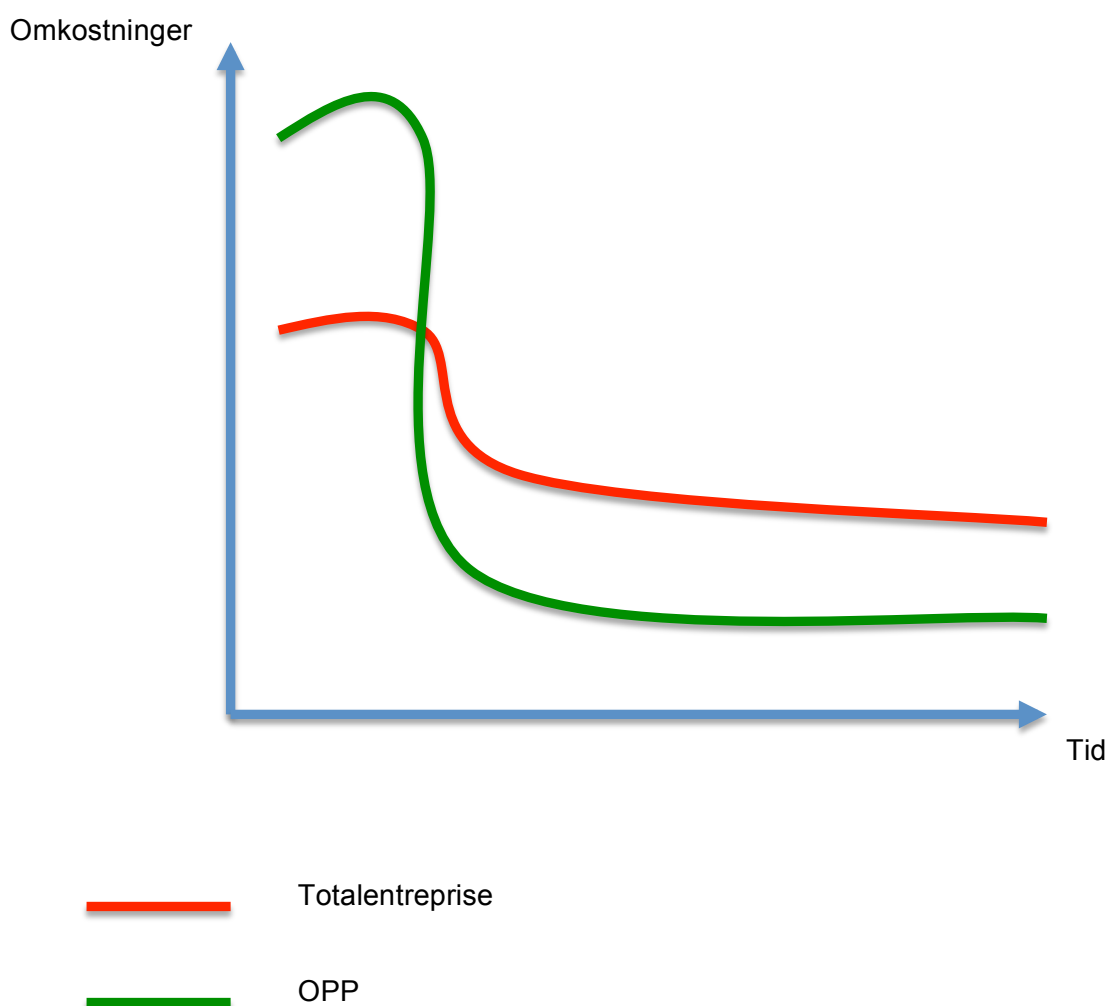
En fordel ved OPP-projekter set i forhold til et almindeligt entrepriseprojekt er, at man foretager en helhedsbetragtning, således at projektet er omkostningseffektivt både fra start til slut. En sådan helhedsbetragtning udtrykkes som totaløkonomi, hvor omkostninger i anskaffelsesperioden ses i samspil med omkostningerne i brugsperioden.²⁰⁵ Som beskrevet ovenfor er det tilfældet ved et OPP bygge- og anlægsprojekt, at højere investeringer ex ante medfører lavere omkostninger ex post og dermed opnår projektet en totaløkonomisk optimering. *“Totaløkonomisk fordelagtighed ved OPP skal forstås som den samlede vurdering af fordele og ulemper ved at organisere anlæg og efterfølgende drift og vedligehold af et offentligt bygge- og anlægsprojekt som OPP frem for som et traditionelt organiseret bygge- og anlægsprojekt.”*²⁰⁶ Det vil sige at et OPP set i forhold til et traditionelt bygge- og

²⁰⁵ Eksempelvis omkostninger til drift, vedligeholdelse og energiforbrug.

²⁰⁶ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 9.

anlægsprojekt opnår en merværdi, da balancen mellem anlægsomkostningerne og drifts- og vedligeholdelsesomkostningerne er hensigtsmæssig.

Nedenstående figur viser, hvordan transaktionsomkostningerne er højere i et OPP-samarbejde i begyndelsesfasen set i forhold til et traditionelt bygge- og anlægsprojekt. På længere sigt vil transaktionsomkostningerne dog falde, i forhold til, hvis projektet skulle gennemføres af isolerede virksomheder.



10.4 Cost-Benefit Analyse

Ud fra ovenstående er det klart, at for at OPP'et kan opnå totaløkonomiske efficiens, skal værdien af relational rents samt velfærdsoptimering, være større end de omkostninger der er forbundet ved samarbejdsformen samt de økonomiske bindinger ex ante. Det vil sige at $\text{Cost} < \text{Benefits}$. Kort sagt skal der ved OPP'et være et optimeringspotentiale ved, at parterne investerer i de økonomiske bindinger med videre, hvis OPP'et skal være totaløkonomisk fordelagtigt. Dette er med til at øge parternes incitament til at investere i relationen. Dog kan det være vanskeligt at holde optimeringspotentialet op mod de transaktionsomkostninger der ikke kan måles i kroner/ører. Dette er for eksempel de investeringer parterne foretager som medfører at *tilliden og troværdigheden* opstår i relationen. Dette er en gevinst som ikke direkte kan måles i kroner/ører, men som indirekte kan ses som en gevinst for OPP'et i form af kvasirenter.

OPP	
COST (C)	BENEFIT (B)
Høje transaktionsomkostninger (Ex ante)	Relational rents (Kvasirenter)²⁰⁷ Velfærdsmaksimering Værdifuld relation

Som vist i figuren, kan fordelene ved at indgå i et OPP-samarbejde efter vores anvisninger ses i opnåelse af relational rents, herunder kvasi-renter, hvilket er parternes fælles mål. Den offentlige parts andet mål om velfærdsmaksimering vil ligeledes være opfyldt, da OPP-

²⁰⁷ Opnåelse af relational rents sker ved at de fire kumulative betingelser opfyldes. Under den ene betingelse – relationsspecifikke investeringer – dannes der også kvasirenter. Derfor er kvasirenter indeholdende i Relational rents.

projekter ofte viser sig at udgøre bedre bygge- og anlægsarbejder. Udover dette vil OPP'erne ofte stå færdigt før tid, hvilket vil medføre at borgerne hurtigere kan få glæde af det nye offentlige byggeri.²⁰⁸ At et OPP-projekt er færdigt før tid skyldes blandt andet, at OPP-leverandøren står for alle projektets dele, hvilket gør det mere effektivt. Ydermere opnår parterne først den ønskede profit når projektet står færdigt, hvilket giver incitament for at blive færdig til - eller før - tidsplanen. Endvidere bliver en OPP-leverandør inddraget tidligere i OPP-projektet end i et traditionelt bygge- og anlægsprojekt og kan derfor hurtigere medregne eventuelle optimeringsmuligheder.²⁰⁹

Hvis et OPP-projekt følger denne afhandlings anvisninger, vil der være mulighed for at opnå højere benefits end transaktionsomkostninger og derved vil OPP-projektet være totaløkonomisk fordelagtigt for begge parter i relationen.

10.5 Sammenfatning af Relational Rents, Kvasi-renter og

Transaktionsomkostninger

Der er gode forudsætninger for at en OPP-kontrakt kan opfylde Dyer & Singhs fire kumulative betingelser. Dette vil resultere i, at OPP'et opnår interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele, i form af en overnormal profit - relational rents.

Transaktionsomkostningerne ved OPP'et vil være høje ex ante, da parterne skal foretage økonomiske bindinger herunder relationsspecifikke investeringer og vidensdeling. Dog vil transaktionsomkostningerne falde ex post, da parterne for eksempel her har integreret vidensdelingen således at der nu bliver frigjort ressourcer til brug for noget andet.

Cost-Benefit analysen konkluderer, at der er gode muligheder for at $C < B$, hvis OPP-parterne vælger at udforme OPP-kontrakten ud fra afhandlingens anvisninger i forhold til strategisk kontrahering. Begge parter vil opnå en overnormal profit i form af relational rents (herunder kvasirenter), og ydermere vil den offentlige part opnå velfærdsmaksimering.

²⁰⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2012) *Hovedkonklusioner angående de danske OPP-erfaringer*. Se også Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 12.

²⁰⁹ Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*. Side 12.

KAPITEL 11

Samlet Konklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at der er gode forudsætninger for at udøve strategisk kontrahering på en OPP-kontrakt, med det udgangspunkt at opnå interorganisatoriske vedvarende konkurrencemæssige fordele. Udbudsretten sætter nogle begrænsninger i forhold til parternes aftalefrihed, men der er dog ingen begrænsninger der gør anvendelsen af strategisk kontrahering umulig i gennemførelsen af et OPP.

Afhandlingens overordnede fokus har været på, hvorledes Dyer & Singhs fire kumulative betingelser kunne anvendes på en strategisk OPP-kontrakt. Opbygningen af afhandlingen blev således delt op i to dele - i en ex ante og ex post analyse - hvor hovedfokus i ex ante delen var at analysere, hvorledes parterne finder frem til hinanden og får opbygget tillid og troværdighed i relationen, således at adverse selection problemet blev elimineret. Indledningsvist blev det derfor analyseret, hvorvidt parterne besidder komplementære ressourcer, hvilket er grundforudsætningen for en strategisk OPP-kontrakt og ydermere den første kumulative betingelse ifølge Dyer & Singh. Til brug for screeningen af den private part anvender den offentlige myndighed udbudsproceduren konkurrencepræget dialog, hvilket er optimalt i søgningen mod det strategiske fit.

Derefter var det essentielt at analysere, hvorledes parterne gennem proaktive økonomiske bindinger kunne udvikle tillid og troværdighed i relationen. Disse proaktive økonomiske bindinger bestod af relationsspecifikke investeringer samt vidensdeling. Det blev anført at den udviklede tillid skulle være så stærk, at relationen ikke kunne fortsætte, hvis den ene part trådte ud af aftalen. Ydermere fastsattes der ex ante via nogle reaktive bestemmelser nogle sikkerhedsforanstaltninger i kontrakten, grundet parternes begrænsede rationalitet. Således at parterne forsøger at eliminere enhver form for opportunistisk adfærd.

I afhandlingens ex post analyse, var det relevant at udlede, hvilken styringsform der er mest efficient for OPP-kontrakten, således at moral hazard problemet undgås. Det blev udledt at en hybrid-styringsform mellem det bilaterale, det trilaterale og forenet regulering er at foretrække i et OPP-samarbejde, da en OPP er så kompleks, og det er derfor nødvendigt at inddrage elementer fra alle tre reguleringsformer. Parterne har således igennem selv-

håndhævelse mulighed for selv at løse eventuelle tvister før tredjeparts-håndhævelse er nødvendig at inddrage. Hybrid-styringsformen var mulig i et OPP, da parterne, ex ante, foretog økonomiske bindinger, hvilket medførte tillid og troværdighed i relationen, ex post, som åbnede op for muligheden for inddragelse af selv-håndhævelses-styringsformen.

Derefter var det nødvendigt at analysere, hvorvidt den valgte styringsform også var den efficiente for regulering af et relationelt OPP, og derved kunne håndtere en efterfølgende omstændighed, således at samarbejdet kunne fortsætte ufortrødent. Som et særligt hjælpemiddel til at håndtere de efterfølgende omstændigheder indførtes en hardshipklausul i kontrakten, som forpligter parterne til at genforhandle i tilfælde af, at en negativ efterfølgende omstændighed skulle indtræde. En genforhandling medførte, at parterne kunne fordele risikoen imellem sig. På denne måde kunne den offentlige myndighed gå ind og overtage den private parts risiko. Dette forrykkede grænsen for det efficiente kontraktbrud. Det blev konkluderet, at hybrid-styringsformen var særdeles anvendelig til at forhindre, at efterfølgende omstændigheder medførte samarbejdet ophør.

Herudover fandtes det nødvendigt at analysere, hvorvidt ændringer af OPP-kontrakten udgjorde udbudsretlige begrænsninger. De udbudsretlige regler viste sig at være meget fleksible, og derfor var der gode forudsætninger for at udbudsretten ikke i denne henseende satte nogle begrænsninger i forhold til en strategisk OPP-kontrakt. Dog viste det sig, at udbudsretten satte begrænsninger for, hvorledes OPP-relationen kunne fortsætte i tilfælde af ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Det hele må dog siges at afhænge af den pågældende OPP-kontrakt samt ændringer i tids- og markedsvilkår.

Afslutningsvis blev det konkluderet, at Dyer & Singhs fire kumulative betingelser kunne opfyldes og det var således muligt at opnå relational rents i OPP-samarbejdet. Ydermere blev det analyseret, hvorledes en overnormal profit i form af relational rents kunne betale sig i OPP-samarbejdet, i forhold til de transaktionsomkostninger der var forbundet med at opfylde disse betingelser. Samlet set vil transaktionsomkostningerne være høje ex ante, da parterne skal foretage økonomiske bindinger herunder relationsspecifikke investeringer og vidensdeling. Dog vil transaktionsomkostningerne falde ex post, da parterne for eksempel her har integreret vidensdelingen således at der nu bliver frigjort ressourcer til brug for noget andet. Cost-Benefit analysen konkluderede at der var gode muligheder for at $C < B$ ved

strategisk kontrahering. Begge parter vil derfor opnå en overnormal profit i form af relational rents og ydermere ville den offentlige part opnå velfærdsmaksimering.

Litteratur & Kildehenvisning

Litteratur

Andersen, B. M. & Lookofsky, J. (2013) *Lærebog i Obligationsret 1*. (Karnov Group Denmark)

Bangert, K. (1989) *Sondringen mellem offentlig ret og privatret: hovedtræk af den retshistoriske udvikling*. (Retfærd: nordisk juridisk tidsskrift)

Barney, J. B. (1991) *Firm resources and sustained competitive advantage*. (Journal of Management)

Barney, J. B. & Hansen, M. H. (1995) *Trustworthiness as a source of competitive advantage*. (Strategic Management Journal, 15)

Berger-Walliser, G. (2012) *The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the development of the Proactive Law Movement*. Fra; Berger-Walliser, G and Østergaard K (Eds.) (2012) *Proactive Law in a Business Environment*. (DJØF Publishing)

Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizationl Competitive Advantage*. (Academy of management review, 23(4))

Eisenhardt, K. M. (1989) *Agency Theory: An Assessment and Review*. (Academy of Management Review, 14)

Engel, E. m.fl. (2007) *The basic public finance of public-private partnerships*.

Iossa, E. m.fl. (2012) *Risk allocation and the costs and benefits of public-private partnerships*.

Knudsen, C. (2012) *Erhvervsøkonomi*. (Samfunds Litteratur)

Lando, H. (2011) *How to Allocate Risk in a Large Construction Project - A theoretical framework applied to central contract terms.*

Nielsen, R. & Tvarnø, C. D. (2014) *Retskilder og Retsteorier.* (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag)

Petersen, B. & Østergaard, K. (2015) *Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries.*

Ross, A. (1936) *Sondringen mellem privat og offentlig ret.* (Tidsskrift for rettsvitenskap, TFR)

Ross, A. (1953) *Ret og Retfærdighed.* (Nyt Nordisk Forlag)

Sako, M. (1991) *The role of "trust" in Japanese buyer-supplier relationships.* (Ricerche Economiche, XLV)

Shavell, S. (1979) *Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship.* (The Bell Journal of Economics, 10)

Sornn-Friese, H. (2010) *Hvad er en Virksomhed.* (Forlaget Samfundslitteratur)

Spence, M. (1973) *Job Market Signaling.* Quarterly Journal of Economics, 87)

Steinicke, M. (2007) *Offentlige myndigheder mellem offentlig og privat regulering.* (Juridiske emner ved Syddansk Universitet)

Triantis, G. G. (2000) *Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts.* Fra: Bouckaert B and de Geest (Eds.) (2000) *Encyclopedia of Law and Economics.* (Cheltenham, UK: Edward Elgar.)

Tvarnø C. D. & Østergaard K. (2013) *PPP versus PPPP, What is wrong in Denmark?*

Tvarnø, C. D. (2014) *Negotiating Efficient PPP Contracts*.

Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. (New York, Free Press)

Williamson, O. E. (1991b) *Strategizing, economizing, and economic organization*. (Strategic Management Journal, 12)

Williamson, O. E. (1996) *Transaction cost economics and the Carnegie connection*. (The Journal of Economic Behavior & Organization, Elsevier, volume 31(2))

Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2015) *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag)

Østergaard, K. (Julebog 2003) *Metode på cand.merc.jur. Studiet*.

Østergaard, K. (2014) *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv*.

Regulering

ABT 93: CIR nr. 25226 af 22/12/1993, Gældende.

Aftaleloven: Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26.8.1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

Danske Lov: Kong Christian den Femtis Danske Lov af 15. April 1683 som ændret ved lov nr. 336 af 14.5. 1992, lov nr. 469 af 30.6. 1993, lov nr. 383 af 22.5 1996 og lov nr. 522 af 6.6.2007.

Forslag til udbudsloven: Fremsat den 7. oktober 2015 af erhvervs- og vækstministeren Troels Lund Poulsen.

Udbudsdirektivet: Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. Februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Afgørelser

C-247/89 Kommissionen mod Portugal.

C-21/03 & C-34/03 Fabricom.

C-545/06 Presstetext-dommen.

Vejledninger

Kommissionens Grøn bog (2004) *Offentlige-Private Partnerskaber og Fællesskabslovgivningen om Offentlige Kontrakter og Koncessioner.*

Undersøgelser, Rapporter, Afhandlinger mv.

Byggestyrelsen (2013) *OPP Kalvebod Brygge: OPP kontrakt:*

<https://www.bygst.dk/media/163251/OPP-kontrakt.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

Bygherre Foreningen (2014) *Store byggeprojekter i et vanskeligt dansk marked.*

EPEC (2012) *United Kingdom - PPP Units and Related Institutional Framework,*

http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf

Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber.*

Froholdt, M. Phd. afhandling (2013), *Strategi i den offentlige sektor; En kortlægning af styringsmæssig kontekst, strategisk tilgang, samt anvendte redskaber og teknologier for udvalgte danske statslige styrelser.*

Grønlund, M. M. & Christensen, R. M. Afhandling (2015) *Den Offentlige Bygherrers Efficiente Håndtering af Efterfølgende Omstændigheder i Totalentreprise.*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2012) *Hovedkonklusioner angående de danske OPP-erfaringer*,

<http://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Undersoegelse%20af%20danske%20OPP-erfaringer/Hovedkonklusioner%20fra%20undersoegelsen%20%20af%20de%20danske%20OPP-erfaringer.pdf>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013) *Barrierer for OPP ved kommuner og regioners bygge- og anlægsprojekter*.

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning (2014).

Piening, A. & Nielsen, S. N. (2014) *Totaløkonomi og lange kontrakter - totaløkonomi i offentlige indkøb*. (Oplæg fra SKI)

Hjemmesider

Byggestyrelsen (2015) *Offentlig-Privat Partnerskab*:

<http://www.bygst.dk/viden-om/samarbejds-og-organisationsformer/offentligt-privat-partnerskab/>

Greve C. (2015) *Det lysner for OPP-projekter i Danmark*: <http://www.denoffentlige.dk/carsten-greve-det-lysner-opp-projekter-i-danmark>)

Kammeradvokaten (2015) *Ny udbudslov vedtaget*: <http://kammeradvokaten.dk/nyheder/2015/11/ny-udbudslov-vedtaget/>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvad er fordelene ved OPP?: <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Hvad-er-OPP#Hvad%20er%20fordelene%20ved%20opp>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvilke variationer af OPP forholder standardmodellen sig til?: <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-1--Beslutning-om-OPP/Hvad-er-OPP#variationer>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Hvilke udbudsformer kan anvendes i et OPP? – offentligt udbud, begrænset udbud og konkurrencepræget dialog: <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-3--Udbud-og-kontrakt/Udbudsformer#udbudsformer>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Finansiering: <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-2--Strukturering-af-et-OPPprojekt/Finansiering>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens OPP-standardmodel for nyanlæg: Udbud og kontrakt: <http://www.kfst.dk/NYOK/OffentligPrivat-Samarbejde/Offentligprivate-partnerskaber/Standardmodel-for-OPP-ved-nyanlaeg/Fase-3--Udbud-og-kontrakt>

PPPForum, Industry body for public private partnerships delivering UK infrastructure: <http://www.pppforum.com/current-questions-about-pfi>

Syddansk Universitet (2011) *Gråzoneområdet mellem offentlig og privat ret*: http://www.sdu.dk/om_sdu/institutter_centre/jura_old/forskning/fag_og_forskningsgrupper/graazoneomraade

Bilag

Bilag 1:

Boks 5.1 Typisk risikofordeling i OPP-projekter	Risici, der som regel håndteres bedst af den offentlige myndighed: » Adgang til anlægsområdet » Arkæologi » Force majeure, der ikke kan forsikres » Eventuelle renterisici på fremmedfinansiering fra tilbudsgivning til der er indgået kontrakt » Inflationsrisici » Projektspecifikke lovændringer » Efterspørgselsrisici Risici, der som regel håndteres bedst af den private leverandør: » Risici knyttet til design, anlæg og drift » Energiforbrug – kan alternativt deles mellem ordregiver og OPP-leverandør » Forsinkelser i anlægsfasen » Eventuel forurening » Vedligeholdelse i henhold til funktionskrav » Force majeure, der kan forsikres » Renterisici i kontraktperioden » Generelle lovændringer
--	--

Kilde: Finansministeriet m.fl. (2015) *Økonomisk fordelagtighed ved Offentlig-Private Partnerskaber*.

Side 18.