
OPP Kontrakten

- Den offentlige parts muligheder for ændringer og skabelse af efficiens

- Amendments and efficiency with in the PPP contract

Lea Møller Jeppesen

Vejledere: Ruth Nielsen & Lasse Henningsen

Kandidatafhandling
Cand.merc.(jur)
Copenhagen Business School
Afleveret d. 11 februar 2013

77 sider = 181.615

Summary

The focus of this thesis is on the PPP contract within the EU. The PPP contract is not mentioned in the public procurement directive, but is commonly used by governments in the EU states. In spite of that there are some uncertainties about the character of the contract. This thesis will therefore analyse whether the directive regulates the PPP contract and whether it is possible for the public part to make amendments, in the contract period. As the PPP contract can be described as a complex contract, this thesis will analyse on four elements for the public part to focus on, with the aim of creating an efficient PPP contract.

To answer the research questions the report has shown that PPP contracts can be constructed as a contract governed by the public procurement directive. Furthermore, the research has shown that the public part in the contracting period is obligated to respect the free movement rules in the TEUF and especially the principles of equal treatment and transparency, when chances to the contract is made. In that matter, the amendments must not be different in the material of the PPP contract. Any amendment must be objectively justified to secure equal treatment and transparency.

A PPP contract is a complex type of contract, and the procurement procedure results in many transaction costs, and therefore the public part must choose whether the contract should be secure or flexible in order to try to minimize the transaction cost ex post. The analysis has shown that good and trustworthy partnership is very essential in a PPP contract. Trust between the parties can be shown in the incentive structure through bonus- and revision-schemes, which also lead to efficient investments ex ante. Furthermore it can be concluded that when trust is built between the parties the contract should allow the parties to renegotiate, because the trust will eliminate the opportunism of the parties.

It can therefore be concluded that the public part must create a PPP contract with an appropriate flexibility which can contain all of the above mentioned elements in order to make a dynamic and Pareto-improved PPP contract.

Forkortelsesliste

COM: Engelsk betegnelse for dokumenter fra Kommissionen

EU: Den Europæiske Union

EUR: Den internationale kode for EU's møntfod – Euroen.

GPA: Government Procurement Agreement

IOPP: Institutionel Offentlig Privat Partnerskab

Jf.: Jævnfør

KOM: Betegnelse for dokumenter fra Kommissionen

MC: Marginal omkostninger

M.fl.: Med flere

OPP: Offentlig Privat Partnerskab

OPS: Offentlig Privat Samarbejde

TED: Tenders electronic daily

TEU: Traktaten om den Europæiske Union

TEUF: Traktaten om den Europæiske Unions Funktion

VK: Venstre-Konservative

UK: United Kingdom

Indholdsfortegnelse

Del I – Problemstillingen	6
Kapitel 1	6
1.1 Indledning.....	6
1.2 Formål.....	6
1.3 Synsvinkel.....	7
1.4 Problemformulering	7
1.5 Struktur	7
1.6 Afgrænsning	8
1.6.1 Juridisk	9
1.6.2 Økonomisk	10
1.7 Teori og metode.....	10
1.7.1 Juridisk	10
1.7.1.1. Regulering	10
1.7.1.2. EU Retspraksis	11
1.7.1.3 Soft Law	11
1.7.2 Økonomisk	12
1.8 Begrebsafklaring.....	13
Kapitel 2 – Introduktion til OPP Kontrakter.....	14
2.1 Indledning.....	14
2.2 Baggrund	14
2.3 OPP kontrakten	15
2.4 Value for money & Partnerskabelse	17
Del II – Juridisk Analyse.....	19
Kapitel 3 – OPP kontrakter og EU Retten	19
3.1 Indledning.....	19
3.2 EU-retlige grundlæggende rettigheder og principper.....	19
3.2.1 Artikel 34, 49 og 56 TEUF.....	19
3.2.2 Gensidig anerkendelse.....	20
3.2.3 Proportionalitet.....	21
3.2.4 Ligebehandling.....	21
3.2.5 Gennemsigtighed.....	22
3.3 Udbudsdirektivet	22
3.3.1 Offentlig Part.....	23
3.3.2 In house	23
3.3.3 Kontrakttyper	24
3.3.3.1 Bygge- og anlægsarbejder	25
3.3.3.2 Tjenesteydelseskontrakter	26
3.3.3.2.1 Blandede kontrakter.....	27
3.3.3.3 Koncessionskontrakter	27
3.4 Delkonklusion.....	28

Kapitel 4 – Muligheden for ændringer i OPP kontrakter.....	30
4.1 indledning	30
4.2 Grundlæggende principper	30
4.3 Udbudsdirektivet	30
4.4 EU Retspraksis.....	31
4.5 Krav om hjemmel	33
4.6 Krav om nyt udbud	34
4.7 Væsentlighed	36
4.8 Aktuelle situationer hvor behov for ændringer kan opstå	38
4.8.1 Ændring i prisen	38
4.8.2 Ændring af kontraktens genstand	42
4.8.2.1 Supplerende arbejder og offentlige tjenesteydelser.....	45
4.8.3 Udskiftning af OPP selskabet.....	46
4.9 Delkonklusion.....	50
Del III – Økonomisk analyse.....	51
Kapitel 5 – Økonomiske kriterier i en optimal OPP kontrakt.....	51
5.1 Indledning.....	51
5.2 Efficiensbegrebets anvendelse i analysen	51
5.3 Transaktionsomkostninger	52
5.3.1 Begrænset rationalitet og Opportunistisk adfærd.....	53
5.4 Uundgåelige transaktionsomkostninger for ordregiver ved indgåelse af OPP kontrakter	53
5.4.1 Før offentliggørelse	54
5.4.2 Under udbudsprocessen.....	54
5.5 Lukket og fleksibel kontrakt	57
5.4.1 Hold up og aktivspecifik investering	58
5.5 Afvejning	59
Kapitel 6 – Optimale kriterier i en OPP kontrakt.....	60
6.1 Indledning.....	60
6.2 OPP som en relationel kontrakt.....	60
6.2.1 Samarbejde og tillid	61
6.2.2 Kontraktens klarhed	62
6.3 Principal – Agent forhold.....	63
6.4 Incitamerter, risiko og OPP kontrakten	64
6.4.1 Bonusskemaer ved levering	65
6.4.2 Ændringsskemaer	66
6.5 Genforhandling.....	69
6.6 Genforhandling og OPP kontrakter	70
6.6.1 Genforhandling og tillid.....	73
6.7 Afvejning af de økonomiske og juridiske kriterier i en OPP kontrakt	76
6.8 Delkonklusion.....	78
Del IV – Konklusion.....	79
Litteraturliste	81

Del I – Problemstillingen

Kapitel 1

1.1 Indledning

OPP kontrakter¹ har ingen fælles definition i udbudsretten, og er derfor ikke implicit nævnt i *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøb kontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter*, og intet tyder på at det er på tegnebrættet i den nærmeste fremtid².

Kontrakttypen mangler derfor en fælles europæisk definition og som resultat heraf har den forskellige karakteristika alt efter hvilken ordregivende myndighed der anvender den. Dette medfører derfor usikkerhed om OPP kontraktens generelle placering og retsstilling i udbudsretten. Dog har OPP kontrakter nogle gennemgående ens karakteristika i medlemsstaterne og et af dem er at kontraktens levetid som oftest er på 25-30 år, alt efter dens indhold. De ordregivende myndigheder og potentielle tilbudsgivere har derved dette faktum at arbejde med ved udarbejdelse af kontrakten og i det perspektiv kan det være vanskeligt for parterne at forudse alle mulig hændelser. Det betyder, at der kan opstå akut behov for at gennemføre ændringer efter kontraktindgåelse. Denne retsstilling er ikke særlig belyst i udbudsretten og kan derved potentielt afholde nogle ordregivende myndigheder fra at anvende OPP kontrakter, trods det faktum at denne kontrakttype har potentiale for skabelse af value for money.

1.2 Formål

Formålet med denne nærværende afhandling er at analysere OPP kontraktens retsstilling i udbudsretten, mens det økonomisk skal klarlægges hvordan den offentlige part kan skabe en efficient OPP kontrakt og hvilke kriterier der er afgørende i denne sammenhæng. Derudover er det formålet at analysere den præcise retsstilling af mulighederne for at gennemføre ændringer i kontraktopfyldelsesperioden.

¹ OPP står for Offentlig-Privat Partnerskab, og derfor er OPP Kontrakten et udtryk for den kontrakt som regulerer dette samarbejde om et offentlig bygge- og anlægsprojekt eller offentlig tjenesteydelse. Se afhandlingens kapitel 2.

² KOM(2005) 569 endelig, s. 5.

Afhandlingen vil derfor bevidne den tætte sammenhæng der er mellem økonomiske og juridiske problemstillinger og således belyse begge perspektiver for opnåelse af et nuanceret billede af problemstillingen.

1.3 Synsvinkel

Med udgangspunkt i ovenstående, vil denne nærværende afhandling analysere den offentlige parts muligheder for gennemførelse af ændringer og skabelse af efficiens i OPP kontrakter, ud fra et EU retligt perspektiv. Ud fra dette perspektiv vil afhandlingens resultat, bidrage til mindre usikkerhed omkring OPP kontraktens retsstilling. Afhandlingens resultat er derved til gavn for alle EU's ordregivende myndigheder idet den udledte gældende ret er gældende for alle EU medlemsstaterne, grundet EU rettens forrang³.

1.4 Problemformulering

På baggrund af ovenstående indledning, formål og synsvinkel vil nærværende afhandling analysere følgende juridiske og økonomiske spørgsmål:

Juridisk:

Hvorledes er OPP kontrakter omfattet af udbudsdirektivet? Og hvilke muligheder har den offentlige part for gennemførelse af ændringer i kontraktopfyldelsesperioden?

Økonomisk:

Hvordan skaber den offentlige part en efficient OPP kontrakt?

1.5 Struktur

Afhandlingens struktur er opbygget omkring 4 dele. Del I indeholder kapitel 1 og kapitel 2, hvor kapitel 1 udgør afhandlingens fundament mens kapitel 2 er en kort introduktion til OPP kontraktens begreb, typiske indhold og formål.

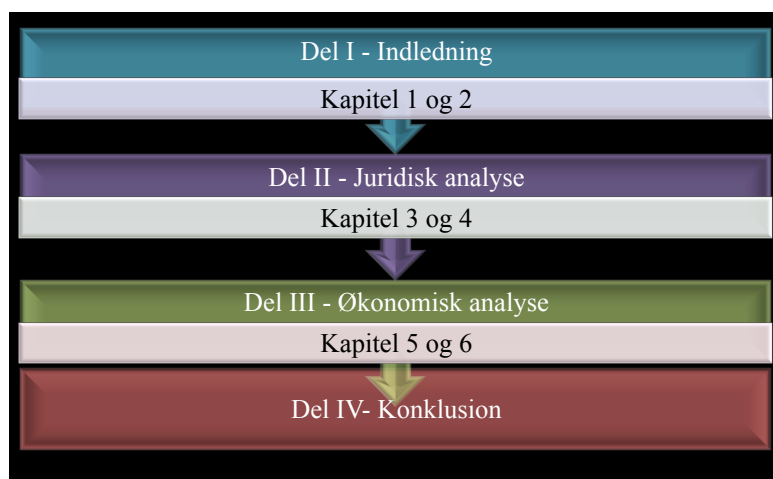
Del II indeholder den juridiske analyse der er opdelt i henholdsvis kapitel 3 og kapitel 4. Kapitel 3 har til formål at analysere om OPP kontrakter er omfattet af udbudsdirektivet. Mens formålet med kapitel 4 er at analysere hvorledes EU retten tillader, at ordregiver⁴ gennemfører ændringer

³ Første gang fastslået i Sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL, Saml. Dansk specieludgave 1954-1964 s. 531.

⁴ Ordregiver og den offentlige part skal forstås som samme juridiske person – se afhandlingens afsnit 1.8.

i prisen og kontraktens genstand, samt deres mulighed for udskiftning af den private part i OPP kontraktens opfyldelsesperiode.

Afhandlingens Del III udgør den økonomiske analyse og indeholder henholdsvis kapitel 5 og kapitel 6. I kapitel 5 introduceres de efficiens- og transaktionsomkostningsbegreber som anvendes i den økonomiske analyse. Efterfølgende redegøres der for transaktionsomkostningerne ved indgåelse af en OPP kontrakt. Slutligt vil kapitlet introducere teorien om den lukkede og fleksible kontrakt, med fokus på hold up situationen i en OPP kontrakt. I erkendelse af at ordregiver har svært ved at reducere disse vil det i kapitel 6 analyseres hvorledes ordregiver kan minimere transaktionsomkostningerne ex post med fokus på udarbejdelse af en efficient OPP kontrakt, set i lyset af principal-agent teorien. Afslutningsvist analyseres det om ordregiver bør indskrive muligheden for genforhandling i en OPP kontrakt. Del III indeholder afhandlingens samlede konklusion. Strukturen afspejles i følgende figur:



1.6 Afgrænsning

Igennem hele afhandlingen betragtes OPP kontrakter som værende kontrakter med kontraktsummer af en således størrelse at de automatisk må formodes at have en grænseoverskridende interesse. Endvidere analyseres der ikke på OPP kontrakter indgået gennem projektkonkurrencer, som offentlige vareindkøbskontrakter, rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer. Afhandlin-

gen ser kun på OPP kontrakter og derfor inddrages andre udbudsretlige samarbejdsformer såsom, partnering, IOPP⁵ og samlet udbud ikke.

1.6.1 Juridisk

I analysen af gældende ret er det kun *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. Marts 2004 om samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter* (udbudsdirektivet), der anvendes og derved afgrænses der fra inddragelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet⁶, da dette ikke er en del af problemstillingen.

I afhandlingens skrevne stund udarbejder EU et nyt direktiv om indgåelse af offentligt udbud og koncessioner⁷. Dette inddrages ikke i afhandlingen, og dets indhold har ikke været afgørende for afhandlingens fokusområde eller på nogen måde anvendt i den juridiske analyse.

Med afsæt i den EU-retlige synsvinkel fokuserer afhandlingen ikke på de enkelte medlemsstaternes anvendelse af de udbudsretlige regler, og af samme årsag inddrages national retspraksis og lovgivning ikke for besvarelse af problemformuleringen. Derfor vil tilbudsloven⁸ og håndhævelsesloven⁹ samt afgørelser fra Klagenævnet for Udbud ikke inddrages. Government Procurement Agreement (GPA)¹⁰ og andre folkeretlige regler indgår ikke i afhandlingen, grundet den EU-retlige synsvinkel.

Når afhandlingen behandler fribevægelighedsreglerne, vil det kun være med fokus på fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser samt den frie etableringsret. Yderligere afgrænses der fra anvendelse af EU's Charter. På trods af konkurrencerettens nære tilknytning til udbudsretten afgrænses der fra inddragelse af dette retsområde af hensyn til afhandlingens omfang. Ligeledes afgrænses der fra en analyse af spørgsmålet om statsstøtte i forbindelse med kontraktændringer.

⁵ Institutionelle Offentlig-Privat Partnerskab – forstås som et samarbejde mellem offentlige og private parter, som danner en enhed med både offentlig og privat kapiteldeltagelse, og som gennemfører offentlige kontrakter eller koncessioner jf. Kommissionens fortolkningsmeddelse C(2007)6661 s. 2.

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

⁷ COM (2011) 896 final og COM (2011) 897 final

⁸ LBK nr. 1410 af 07/12/2007 – Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

⁹ Lov nr. 492 af 12/05/2010 og Lov nr. 318 af 14/06/2011

¹⁰ Government Procurement Agreement er folkeretlige udbudsregler indgået i WTO-regi og som udbudsdirektivet i dag er tilpasset.

1.6.2 Økonomisk

I forbindelse med analyse af transaktionsomkostningerne i en OPP kontrakt afgrænses der fra inddragelse af Oliver E. Williamson's teori om Government Structure, da dette ikke er relevant i forhold til problemformuleringen. Fokus er derved ikke på Government Structure, men nærmere på de elementer som er forbundet med skabelse af en efficient kontrakt. Ved anvendelsen af Tai-Yeong Chung's artikel i afsnit 6.4.3, er fokus på forbindelsen mellem ændringsskemaerne og efficient ex ante investering, da udnyttelse af ændringsskemaerne ikke ansues som reelle genforhandlingssituationer. Der afgrænses fra inddragelse af parternes risikovillighed.

1.7 Teori og metode

1.7.1 Juridisk

Til besvarelse af de juridiske spørgsmål i problemformuleringen anvendes den retsdogmatiske metode. Idet afhandlingens synsvinkel er EU-retlig findes gældende ret via analyse af de EU-retlige retskilder, som er relevant i forhold til problemstillingen.

I EU er det EU Domstolen der har kompetencen til at fortolke EU retten jf. 267 TEUF. EU domstolen anvender en objektiv fortolkningsmetodik, hvor de fortolker ud fra retskildens formål, for at finde gældende ret¹¹. Afhandlingen vil derfor anvende den objektive formålsfortolkning til besvarelse af de juridiske spørgsmål i problemformuleringen. I tillæg til den objektive formålsfortolkning har EU Domstolen klargjort¹² at der ved anvendelse af denne metode, gælder at alle sproglige versioner er bindende, og at EU regler skal fortolkes i den kontekst de anvendes, i deres helhed og efter deres formål samt under hensyn til rettens udviklingstrin. Metoden anvendes og tilpasses afhandlingens problemstilling og derfor vil graden af de ovenstående punkter afhænge af det aspekt der undersøges og analyseres på.

1.7.1.1. Regulering

EU-retten opdeles i primærretten og sekundær regulering. Udbudsretten er eksplicit reguleret i EU rettens sekundære regulering. De nærmere regler for indgåelse af offentlige kontrakter findes i udbudsdirektivet¹³, og dets bestemmelser inddrages hvor det er relevant for afhandlingens pro-

¹¹ Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, 2010, s. 24.

¹² Sag 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet, Saml. 1982, s. 3415, præmis 18-20.

¹³ 2008/18/EF

blemstilling. I udbudsdirektivets 2. betragtning er nævnt at indgåelse af offentlige kontrakter er underlagt EUF Traktatens grundlæggende principper. Indenfor primærretten vil EUF Traktaten og de almindelige EU-retlige principper¹⁴ derfor analyseres i afhandlingen. Mere præcist vil det være fribevægelighedsreglerne i artikel 34, 49 og 56 TEUF der har relevans i denne sammenhæng, da reguleringen af udbudsretten er med til at sikre fribevægelighedsreglernes effektivitet¹⁵.

1.7.1.2. EU Retspraksis

Indenfor udbudsretten har EU Domstolen afsagt et betydeligt antal domme omhandlende offentlige udbud. Relevante domme heraf inddrages til analyse af udbudsdirektivets anvendelsesområde i forhold til OPP kontrakter. I analysen af ordregivers mulighed for gennemførelse af ændringer i OPP kontrakter anvendes relevante domme afsagt om offentlige kontrakter fra EU Domstolen indenfor dette område. Endvidere inddrages sag C-496/99P *Succhi di Frutta*¹⁶, da det vurderes at den udtrykker nogle generelle principper som gælder i EU retten, til trods for at den fortolker ændringer i henhold til licitationsprocedurer indenfor landbrugsområdet¹⁷.

1.7.1.3 Soft Law

Ikke-bindende retsakter anvendes af EU domstolen til støtte for deres afgørelser¹⁸ og har derved betydning ved fortolkningen af den bindende regulering. Kommissionens dokument – KOM(2004)327 – anvendes til at fortolke og definere OPP kontrakter i EU-retligt perspektiv, da de har taget stilling til begrebet samt fortolket dets definition.

Forslag til afgørelser fra generaladvokaterne anvendes også i den juridiske analyse, da disse ofte har nogle mere omfattende pointer og diskussioner¹⁹, der kan bidrage positivt til analysen. Det bemærkes at ikke-bindende retsakter ikke har retskildeværdi.

¹⁴ Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, s. 30.

¹⁵ KOM(96) 538, Grønbog – Offentlige Indkøb i EU overvejelser for fremtiden, s. 11

¹⁶ Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS *Succhi di Frutta* SpA. Saml. 2004, s. I-03801.

¹⁷ EU Domstolen henviser bl.a. til dommen i Sag C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. Saml. 2008, I-04401

¹⁸ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., *Retskilder & Retsteorier*, 2011, s. 133

¹⁹ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., *Retskilder & Retsteorier*, 2011, s. 181

1.7.2 Økonomisk

Den økonomiske analyse vil i afhandlingen foregå på kontraktniveau, hvor fokus er på OPP kontraktens parter og ikke den samfundsmæssige velfærd²⁰ som OPP kontrakten skaber. Derfor er det kontraktøkonomien som udgør fundamentet i den økonomiske analyse.

Indenfor kontraktteorien sondres der mellem den inkomplette og den komplette kontrakt. Den komplette kontrakt er veldefineret og tager højde for alle fremtidige hændelser, og derfor antages det at parterne ved kontraktforhandlingen kan specificere hvorledes fremtidige situationer skal håndteres. Modsat er teorien om den inkomplette kontrakt, hvor det antages at parterne umuligt kan forudse alle fremtidige hændelser og derfor er der risiko for at ikke alle fremtidige situationer bliver optimale for kontraktparterne²¹. Umiddelbart fremstår en OPP kontrakt som værende inkomplet og derfor antages dette gennem hele analysen. På trods heraf er det ikke formålet med afhandlingen, at skabe en komplet OPP kontrakt, men derimod ud fra antagelserne om eksistens af transaktionsomkostninger, begrænset rationalitet og opportunistisk adfærd, at analysere hvilke kriterier som kan bidrage til en mindre inkomplet OPP kontrakt.

Den økonomiske analyse fokuserer på fire kriterier som antages for vigtige, for opnåelse af en optimal OPP kontrakt. Disse kriterier er således; kontraktform, samarbejde, incitamenter og genforhandling. Inden analyse heraf introduceres Oliver E. Williamson's transaktionsomkostningsbetragtning²², da transaktionsomkostninger er uundgåelige ved indgåelse af kontrakter og for belysning af parternes rationalitet og opportunistisme ex ante og ex post. Til analyse af hvilken kontraktform der er mest optimal at anvende ved OPP kontrakter, bruges Freddy Huet og Stéphane Saussier tilgang til lukkede og fleksible kontrakter²³. Analysen af de øvrige valgte kriterier holdes gennem analysen op imod kontraktformerne.

Principal-Agent Teorien bruges til, at analysere hvordan der skabes de korrekte incitamenter i kontraktgrundlaget for at sikre en dynamisk pareto-efficient OPP kontrakt. Her er således valgt et fokus på incitamenter fremfor fordeling af risiko, som ellers er det fokus som der traditionelt er i OPP kontrakter. Analysen vil derfor baseres på udgangspunkt om, at ved at give agenten de

²⁰Nielsen, Ruth og Tværnø, Christina D., *Retskilder & Retsteorier*, 2011, s. 339-440

²¹Ayers, Ian and Gertner, Robert; *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, 1992 s. 730.

²²Williamson, Oliver E., *The economic institutions of capitalism*, 1985.

²³Huet, Freddy and Saussier, Stéphane *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003.

korrekte incitament medfører det at han også skal bære en risiko. Idet incitament ikke kun skal skabes i selve kontraktgrundlaget men også ex ante, inddrages Tai-Yeong Chung²⁴ teori herom. Det er således artiklens fokus på ændringsskemaer og efficient ex ante investering der er det centrale i denne sammenhæng.

Til analyse af hvorledes genforhandling skaber en efficient kontrakt anvendes David P. Baron²⁵ teori herom. Barons fokus er på den strategiske adfærd som parterne forventes at udvise, når parterne ikke kan forpligte sig til ikke at genforhandle. Parteres strategiske adfærd illustreres gennem en matrix i henhold til den klassiske spilteori. Ud fra spilteorien udvides Barons model med inddragelse af tillid, for at analysere parternes strategiske adfærd herved, og hvorledes dette påvirker kontraktens efficiens. Afhandlingens økonomiske analyse er af teoretisk karakter. I den økonomiske analyse inddrages resultater fra den juridiske analyse når dette findes naturligt og relevant.

1.8 Begrebsafklaring

OPP kontrakten – Kontrakten der regulerer det offentlig-privat partnerskab, hvor det er den offentlige og private part der er de kontraherende parter²⁶.

Den offentlige part – en anden betegnelse for ordregiver, når kontrakten er tildelt. Udgør derfor samme organ.

Den private part – en anden betegnelse for tilbudsgiver, når kontrakten er tildelt. Udgør samme juridiske person.

OPP selskabet – en tredje betegnelse for tilbudsgiver og den private part. Udtrykker at den private part er sammensat af flere juridiske personer.

Kontrakttype – en betegnelse for de typer af offentlige kontrakter som kan indgås.

Kontraktform – en økonomisk betegnelse for om en kontrakt er lukket eller fleksibel.

Ordregiver – betegnelse for den offentlige part under udbudsproceduren.

Tilbudsgiver – betegnelse for den private part under udbudsproceduren.

²⁴ Chung, Tai-Young; *Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing*, 1991

²⁵ Baron, David P.; *Procurement Contracting, Efficiency, Renegotiation and Performance Evaluation*, 1988

²⁶ Se figur 1 på side 13, for illustration af OPP kontraktens parter.

Kapitel 2 – Introduktion til OPP Kontrakter

2.1 Indledning

Dette kapitel har til formål at belyse og klarlægge OPP kontraktens karakteristika, opbygningsform og generelle formål. Kapitlet indeholder først et kort historisk perspektiv på OPP kontraktens eksistens og dernæst hvorledes kontrakttypen defineres ud fra et EU retligt perspektiv. Herefter fremstilles en præsentation af OPP kontraktens klassiske opbygning og slutligt belyses kontraktens formål.

2.2 Baggrund

Det offentlige-private samarbejde (OPS) er et begreb der har dets oprindelse i UK. I starten af 1990'erne hvor der var stramning af de offentlige finanser, udviklede der sig en ny slags samarbejdsform mellem den offentlige og private sektor – Offentlige-Private Partnerskaber (OPP). Et samarbejde hvor den private sektor blev inddraget i opgaver der traditionelt blev anset som en traditionel offentlig opgave. Med dette startskud har anvendelsen af OPP, udviklet sig til mange forskellige samarbejdsformer mellem en offentlig part og en eller flere private parter. Her kan bl.a. nævnes – foruden OPP – partnering, samlet udbud og IOPP²⁷.

Undersøgelser har dokumenteret, at OPP projekter oftere bliver færdige til tiden samt sikrer overholdelse af budgettet i forhold til almindelige offentlige kontrakter.²⁸ Anvendelse af OPP som kontrakttype har siden dens opstart i UK indvundet stor indtog i de øvrige lande i EU. I Danmark har den tidligere VK-regering haft fokus på at få anvendt OPP mere i den offentlige sektor ved at udarbejde OPP standardmodellen²⁹ og udbud.dk.

I Frankrig har de indført en OPP lov med det formål at forenkle processen og derved få flere projekter gennemført som OPP³⁰. Mens Portugal blandt andet har forenklet deres regulering af OPP med det formål at øge anvendelsen heraf³¹. Disse kendsgerninger viser at OPP som kontrakttype har fået et solidt fodfæste i EU, hvor de enkelte medlemsstater har opdaget kontrakttypens mange fordele.

²⁷ Institutionelt offentlig-privat partnerskab. Et partnerskab hvor der dannes et offentlig-privat selskab om varetagelsen af en tjenesteydelse. Inddrages ikke nærmere i afhandlingen jf. afsnit 1.6.

²⁸National Audit Office – *Performance of PPI performance*, 2009 s. 7-11.

²⁹ Se evt. nærmere på www.ksfs.dk

³⁰The European PPP Rapport, 2009, s. 43

³¹The European PPP Rapport 2009, s. 83.

2.3 OPP kontrakten

Traditionelt anvendes OPP ved bygge- og anlægsprojekter og ved levering af tjenesteydelser, og som en kombination af begge. Igennem tiden har OPP projekter været gennemført ved opførelse af eksempelvis offentlige motorveje, skolebyggerier, tunneler, offentlige administrationsbygninger, parkeringshuse etc.³².

Historikken bevidner at OPP projekter indeholder mange forskellige aspekter, idet f.eks. et skolebyggeri indeholder både køb af varer og tjenesteydelser samtidig med, at det kan betragtes som en bygge- og anlægskontrakt. Det klassiske udgangspunkt er at samarbejdet mellem det offentlige og den private part forløber i alle projektets faser og omfatter oftest samarbejde om finansiering, opførelse, renovering og forvaltning³³ af OPP projektet.

Som begreb har OPP ingen præcis definition i EU retten³⁴, men har udviklet sig individuelt i de forskellige EU lande. OPP kontrakter har derved mange forskellige definitioner og kombinationer af risikofordelinger alt efter, hvilken ordregivende myndighed der udbyder kontrakten³⁵. EU Kommissionen har i KOM(2004) 327 opstillet nogle karakteristika³⁶ for OPP kontrakter, der samlet opsummerer, hvordan OPP kontrakter hidtil har været konstrueret i forskellige EU medlemsstater. Efter EU Kommissionens opfattelse kan de forskellige karakteristika for OPP kontrakter opsummeres til følgende:

- Kontraktperiode på ca. 25-20 år.
- Projektet finansieres til dels af den private part – dog kan det suppleres med betydelig offentlig finansiering.
- Den økonomiske aktør har en betydelig rolle
- Den offentlige part koncentrerer sig om at definere målsætningerne med hensyn til den almene nytte, kvalitet, prispolitik og kontrollerer at målsætningerne opnås.

³² Grimsey, Darrin og Lewis, Mervyn K. *Public Private Partnerships*, 2004 s. 2

³³ KOM(2004)327 – punkt 1

³⁴ KOM(2004)327 – punkt 1

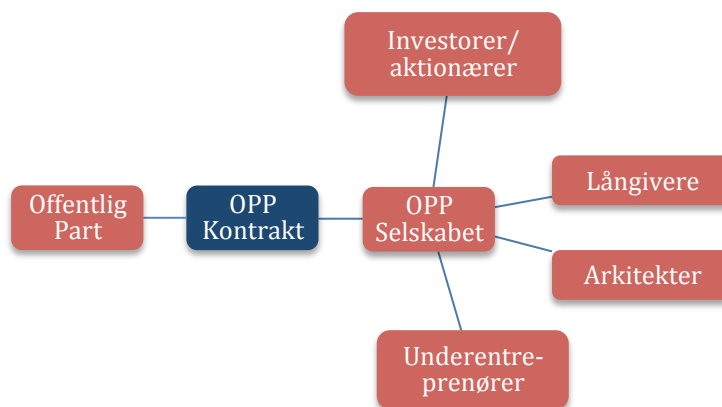
³⁵ The European PPP Rapport, 2009, s. 20-21

³⁶ Punkt 2

- Fordeling af risiko mellem ordregiver og OPP selskaber – hvor OPP selskabet overtager mere risiko end ved almindelig offentlige kontrakter.

Kommissionens kategorisering af OPP kontrakter bevidner, at OPP ikke er noget fast begreb indenfor EU retten, og faktisk er dette den eneste officielle definition af begrebet fra EU. Dette skaber et frirum for de enkelte EU medlemsstater i deres sammensætning af OPP kontrakter. Frirummet vil fortsat være til stede i EU, da medlemsstaterne har givet udtryk for at de ikke finder det nødvendigt med en klar definition og specifik regulering af OPP kontrakter³⁷.

På baggrund af EU Kommissionens kategorisering af OPP begrebet, er der i figur 1 illustreret hvorledes et OPP projekt eksempelvis kan opbygges. Her fremgår det, at den offentlige part indgår en OPP kontrakt med et OPP selskab. OPP selskabet består oftest af et konsortium af flere forskellige entreprenører³⁸. OPP selskabet har, som den private part, deres egne finansieringskilder, hvilket skubber en stor økonomisk risiko fra ordregiver over på OPP selskabet. OPP selskabet vil oftest anvende adskillige underentreprenører til udførsel af opgaven, og indtager derved byggeherrerollen. En rolle som den offentlige part normalt selv udfylder i andre offentlige kontrakter.



Figur 1 - Eksempel på en OPP Model³⁹

Som det fremgår af figur 1, har den offentlige part ikke har nogen relation til investorerne i OPP selskabet, finansieringskilderne eller de anvendte underentreprenører. Deres kontakt er derimod

³⁷ Kom(2005) 569 endelig, s. 5.

³⁸ Således skabes en mere ressourcestærk privat part, hvilket oftest er nødvendigt grundet kontraktens økonomiske størrelse.

³⁹ Egen tilvirkning

til OPP selskabet. Alt efter anlægssummen i projektet kan der anvendes en model, hvor den offentlige part også bidrager med finansieringen. En situation hvor fordelingen af den økonomiske risiko mellem parterne bliver mere jævnbyrdig. En konstellation som EU Kommissionen også anerkender som en OPP model. Endvidere illustrer figur 1, at den offentlige og private part under hele kontraktperioden anser hinanden for samarbejdspartnere, idet de begge har en interesse i at opfylde den indgåede OPP kontrakt.

Derudover er OPP kontrakter karakteriseret ved deres specielle betalingsbetingelser. Ved offentlige bygge- og anlægskontrakter med efterfølgende drift, betaler den offentlige part først når bygningen er opført og er taget i brug. Projektet er derfor opdelt i 2 faser – henholdsvis en byggefase og en driftsfase. Byggefase er den korteste og kan udgøre alt fra 1-5 år, afhængig af kontraktens genstand. I driftsfasen begynder den offentlige part at anvende aktivet og først her starter de løbende betalinger til OPP selskabet gennem hele kontraktperioden. OPP selskabet står derved for vedligeholdelsen og driften af anlægsaktivet, og ved udløb af kontrakten betaler den offentlige part – et vist aftalt beløb – inden aktivet overgår til offentlig ejendom⁴⁰.

Den offentlige part har derved fået leveret en ydelse til brug for almenyttige formål, uden selv at være bygherre på projektet, og har derved opnået et økonomisk råderum i deres budgetter.

2.4 Value for money & Partnerskabelse

En OPP kontrakt er bygget på et partnerskab hvor formålet er at skabe – value for money – over hele kontraktperioden. Definitionen på et partnerskab kan betegnes som gensidige forpligtelser der er underlagt et forhold hvor tingene og forpligtelserne ændrer sig undervejs og derved ikke kan bestemmes klart på forhånd⁴¹. Partnerskabelse er derved en disciplin hvor parterne udvikler deres samarbejde i den tid hvor partnerskabet forløber. Indenfor en OPP kontrakt er samarbejdet med til at skabe den value for money effekt som der forventes, fordi den private part tænker omkostningsminimerende og langsigtet⁴², mens dette ikke er den klassiske tankegang for offentlige

⁴⁰ Andersen, Henrik, m.fl. *Public-Private Partnership – an international analysis – from a legal and economic perspective*, 2010. S. 27.

⁴¹ Andersen, Niels Åkerstrøm, *Partnerskabelse*, 2006 s. 15-16

⁴² Grimsey, Darrin og Lewis, Mervyn K. *Public Private Partnerships*, 2004 s. 1

institutioner⁴³. Derfor er formålet for en OPP kontrakt at reducere de samlede omkostninger, således det medfører mere værdi for pengene⁴⁴ gennem samarbejdet.

Value for money-tankegangen har et godt sammenspil med EU's målsætninger om at have et indre marked der skaber en afbalanceret økonomisk vækst med tilhørende høj konkurrenceevne⁴⁵. Nogle af de mest markante fordele ved anvendelse af OPP som kontrakttype er dens potentielle for skabelse af stordriftsfordele, overholdelse af budgetter og deadlines, øget innovation og konkurrence, der automatisk medfører højere standarder i den offentlige sektor⁴⁶.

⁴³ Hagen, Kåre P., *Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*, 2005, s. 127

⁴⁴ Andersen, Henrik, m.fl. *Public-Private Partnership – an international analysis – form a legal and economic perspective*, 2010. S. 23

⁴⁵ Jf. Artikel 3 stk. 3 TEU

⁴⁶ The European PPP Rapport, 2009, s. 5

Del II – Juridisk Analyse

Kapitel 3 – OPP kontrakter og EU Retten

3.1 Indledning

Formålet med dette kapitel er at analysere om OPP kontrakter er omfattet af udbudsdirektivet⁴⁷. Kapitlet analyserer først hvilke retsregler i primærretten som regulerer indgåelse af OPP kontrakter, og dernæst om OPP kontrakter er omfattet af udbudsdirektivet.

3.2 EU-retlige grundlæggende rettigheder og principper

Indenfor EU udbudsretten er det udbudsdirektivet der regulerer indgåelse af offentlige kontrakter. Idet udbudsdirektivet har hjemmel i EUF Traktaten, har direktivet i 2. betragtning inkorporeret EU rettens grundlæggende principper som gældende ved indgåelse af offentlige kontrakter:

”...traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.”

I ovenstående ses det at EU medlemsstaterne og EU’s institutioner er forpligtet til at overholde EUF Traktatens fribevægelighedsregler ved indgåelse af offentlige kontrakter. Alle offentlige kontrakter omfattet af udbudsdirektivet, skal derfor ved indgåelse overholde fribevægelighedsreglerne i artikel 34, 49 og 56 TEUF og især de principper som de afleder, er aktuelle i udbudsretten. De grundlæggende principper anvendelsesområde analyseres i det efterfølgende.

3.2.1 Artikel 34, 49 og 56 TEUF

Artikel 34 TEUF bestemmer, at der ikke må indføres krav om bestemt nationalitet af varer gennem kvantitative indførselsrestriktioner eller ved foranstaltninger med tilsvarende virkning. Krav om anvendelse af f.eks. materialer fra ordregivers egen nationalstat vil således ikke være forene-

⁴⁷ 2004/18/EF

lig med EU retten. Dette kom bl.a. til udtryk i Storebælt-sagen⁴⁸, hvor Danmark i deres udbudsbetingelser for bygning af Storebæltbroen, opsatte krav om anvendelse af danske materialer og dansk arbejdskraft i størst mulig omfang. En betingelse der af EU Domstolen blev dømt til at være uforenelig med fribevægelsesreglerne i EUF Traktaten⁴⁹. Danmark blev derfor dømt for direkte diskrimination samt overtrædelse af artikel 34, 45 og 56 TEUF.

Restriktioner med tilsvarende virkning er af EU Domstolen fortolket, som foranstaltninger der direkte, indirekte, aktuelt eller potentielt kan hindre handlen på det indre marked⁵⁰.

Artikel 49 TEUF regulerer den fri etableringsret og indeholder et forbud mod restriktioner der hindrer at EU statsborgere frit kan etablere sig i EU. Derved må der ikke forhindres etablering af filialer, agenturer og datterselskaber eller drift af selvstændig virksomhed.

Artikel 56 TEUF indeholder et forbud mod restriktioner der hindrer den frie bevægelighed af tjenesteydelser på det indre marked og derfor kan der ikke lovligt opstilles krav om anvendelse af nationale tjenesteydelser.

Som det fremgår af udbudsdirektivet skal disse grundlæggende principper overholdes ved indgåelse af offentlige kontrakter, men det er i retspraksis flere gange fastslået at EUF Traktatens fribevægelsesregler også skal iagttages udenfor direktivets anvendelsesområde⁵¹.

3.2.2 Gensidig anerkendelse

Princippet om gensidig anerkendelse er udledt i forbindelse med reglerne om de frie bevægeligheder og medfører at varer som er lovligt produceret i en medlemsstat skal kunne indføres og sælges lovligt i andre medlemsstater⁵². Princippet om gensidig anerkendelse skal i en OPP kontrakt forhindre yderligere krav og særlige specifikationer til tilbudsgivere som ikke håndholdes ens overfor alle⁵³.

⁴⁸ Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993, s. I-03353

⁴⁹ Dommens præmis 23

⁵⁰ Sag C-8/74 Procureur du Roi Benoit og Gustave Dassonville, Saml. 1974, s. 837

⁵¹ Sag C- 91/08 Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Saml. 2010 s. I-02815, præmis 33 og Sag C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) mod Comune di Cingia de'Botti. Saml. 2005 s. I-07287, præmis 19

⁵² Sag 120/78 Rewe-Zentral AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Saml. 1979 s. 629.

⁵³ Udbudsdirektivets betragtning 42.

3.2.3 Proportionalitet

Proportionalitetsprincippet er udviklet i EU's retspraksis og betyder at en handling skal følge et lovligt formål og må ikke gå videre end nødvendigt for at opnå målet herfor⁵⁴. Det betyder at såfremt dette ikke er opfyldt er handlingen indirekte diskriminerende og dermed ikke proportionel, da målet kunne være nået på en mindre restriktiv måde. Den offentlige part skal derfor altid have dette grundlæggende EU retlige princip for øje ved indgåelse af en OPP kontrakt.

3.2.4 Ligebehandling

Princippet om ligebehandling er det altovervejende princip indenfor udbudsretten, og indebærer at alle tilbudsgivere skal behandles lige. Princippet kan udledes af den generelle grundsætning i artikel 18 TEUF, mens det endvidere kommer til udtryk i udbudsdirektivets specifikke regler om offentlige udbud. Det primære formål med princippet om ligebehandling indenfor EU udbudsretten er sikring af en effektiv konkurrence⁵⁵ på det indre marked. Dette er især vigtigt at iagttage før kontraktindgåelse af en OPP kontrakt, idet overtrædelse heraf kan ske potentielt i alle udbudets faser. Overtrædelse af princippet om ligebehandling kan opstå som en konsekvens af forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver uden hjemmel hertil. Forbud mod forhandling er ikke direkte reguleret i udbudsdirektivet eller i primærretten, men er nævnt i Rådets og Kommissionens fælleserklæring⁵⁶. Her fremgår det, at det er udelukket at anvende enhver form for forhandling om grundlæggende elementer med de bydende ved offentligt eller begrænset udbud. Yderligere fremgår det af fælleserklæringen, at det i disse givne udbudsprocesser kun er tilladt at præcisere eventuelle uklarheder. I fælleserklæringen understreges det, at forhandling om eksempelvis priser vil være en fordrejning af konkurrencen. Men også i Storebælt-sagen⁵⁷ blev forhandling anset som stridende mod det daværende bygge- og anlægsdirektiv⁵⁸, da der ikke skete ligebehandling af alle tilbudsgivere. Trods det faktum at en fælleserklæring jf. artikel 288 TEUF ikke har bindende virkning, fremgår det af retspraksis at forhandling med tilbudsgiverne ikke sikrer ligebehandling og en fair konkurrence.

⁵⁴ I dag er det eksplicit nævnt i artikel 5(4) TEU.

⁵⁵ Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993, s. I-03353, dommens præmis 33.

⁵⁶ EFT L 111/114 af 30. april 1994.

⁵⁷ Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993, s. I-03353.

⁵⁸ Rådets Direktiv 71/305/EØF

Ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet er derved tæt forbundet, da forhandling i en udbudsprocedure ikke sikrer overholdelse af ligebehandlingsprincippet. I relation til OPP kontrakter er forhandlingsforbuddet relevant at betragte, da det formodes at parterne har svært ved at indgå denne kontrakttype uden nogen form for kommunikation mellem parterne. Det er også derfor at konkurrencepræget dialog anses som den mest anvendelige udbudsform i forbindelse med indgåelse af OPP kontrakter. I konkurrencepræget dialog tillades der dialog mellem de enkelte prækvalificerede tilbudsgivere og ordregiver⁵⁹. I denne dialog skal det således sikres at der ikke ydes nogen form for forskelsbehandling, så alle tilbudsgivere behandles ens. Direkte forhandling der medfører forskelsbehandling, er derfor forbudt i denne udbudsproces, men parterne må gerne indgå i en dialog om kontraktens indhold.

3.2.5 Gennemsigtighed

For overholdelse af ligebehandlingsprincippet gælder, at der skal sikres gennemsigtighed om det offentlige udbud. Ligebehandlingsprincippet indebærer derfor en gennemsigtighedsforpligtigelse, hvor alle tilbudsgivere har lige adgang til information om udbuddet, så alle tilbudsgivere kan afgive deres bud på lige grundlag. Kravet om gennemsigtighed i offentlige udbud indebærer, at der skal sikres en passende grad af offentlighed overfor alle potentielle tilbudsgivere⁶⁰. Selvom dette er udtalt af EU Domstolen i en sag omhandlende offentligt udbud udenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde, vurderes det at dette som minimum også skal iagttages indenfor direktivet.

3.3 Udbudsdirektivet⁶¹

Efter fastlæggelse af, at indgåelse af en OPP kontrakt skal overholde EU rettens grundlæggende principper, er det relevant at analysere, hvorledes indgåelse af en OPP kontrakt er omfattet af udbudsdirektivet eller om kontrakttypen falder udenfor dets anvendelsesområde. Analysen vil derfor først starte i udbudsdirektivet og belyse, hvorledes OPP kontrakter indeholder en offentlig part og om det kan klassificeres som en in house eller ex house opgave. Dernæst analyseres det

⁵⁹ Jf. Udbudsdirektivets artikel 29

⁶⁰ Sag C-324/98 Telaustria Verlegs GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, Saml. 2000 I-10745, præmis 62.

⁶¹ 2004/18/EF

hvilke kontrakttyper som OPP kan sammensættes som, der er omfattet af direktivet og afslutningsvist belyses de aktuelle gældende tærskelværdier.

3.3.1 Offentlig Part

Som tidligere belyst er OPP kontrakter en kontrakt mellem en offentlig og en privat part⁶². Det er i den forbindelse aktuelt at analysere nærmere på den offentlige part, idet udbudsdirektivet klart definerer, hvornår en offentlig part reelt er at opfatte som offentlig i udbudsdirektivets forstand. Her anvendes begrebet; ordregivende myndighed, som betegnelse for en offentlig part.

Udgangspunktet er at det er staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutning af flere myndigheder, der betragtes som ordregivende myndighed jf. udbudsdirektivets artikel 1 stk. 9. Det offentligretlige organ er endvidere defineret i artikel 1 stk. 9, andet afsnit og har tre kumulative betingelser der skal være opfyldt, for at det kan forstås som et offentligretligt organ i udbudsdirektivets forstand. Begrebet er et EU-retligt begreb og derfor skal det fortolkes og anvendes ens i alle EU medlemsstater⁶³. Det betyder, at selv et organ der i national ret er defineret som privatretlig, reelt er et offentligretligt organ hvis organet imødekommer almenhedens behov, er en juridisk person og hvis organets drift finansieres mest af en offentlig part⁶⁴. Udgangspunktet er derfor, at et offentligretligt organ har udbudspligt, når det opfylder de tre ovenstående kumulative betingelser herfor.

Udbudsdirektivet indeholder i Bilag III en fortegnelse af alle offentligretlige organer i forhold til artikel 1 stk. 9 andet afsnit, og ordregivere betegnet på dette bilag er derfor altid at betragte som et offentligretligt organ i udbudsdirektivets forstand.

3.3.2 In house

Udbudsdirektivet sonder endvidere mellem in house og ex house opgaver. Det er de enkelte ordregivende myndigheder, der bestemmer om de vil have en opgave udført in eller ex house. In house opgaver skal ikke i udbud, og kan tildeles direkte uden forudgående udbud, da der ikke er

⁶² Se afhandlingens kapitel 2.

⁶³ Sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Saml. 2005 I-139.

⁶⁴ Udbudsdirektivets Bilag 3 har en ikke-udtømmende liste over de offentligretlige organer der opfylder betingelserne i artikel 1 stk. 9, andet afsnit.

tale om en gensidig bebyrdende kontrakt som defineret i udbudsdirektivets artikel 1 stk. 2 litra a, mens en ex house kontrakt vil være at betegne som gensidig bebyrdende. En ex house kontrakt kan ikke tildeles direkte uden udbud, hvis den opfylder udbudsdirektivets betingelser herfor.

Til vurdering af hvorledes en kontrakt er in eller ex house har EU Domstolen i Teckel sagen⁶⁵, udviklet en to leddet test; Teckal-doktrinen. Sagen omhandlede en italiensk kommune der handlede med et konsortium ejet af flere kommuner i fællesskab, og havde i den forbindelse tildelt dette konsortium en opgave uden forudgående udbud. Til afgørelse om den direkte tildeling var i strid med udbudsdirektivet opstillede EU Domstolen to led i testen heraf. Det første led skulle afgøre hvorledes om det offentligretlige organ har samme kontrol over det udførende organ som med egne interne afdelinger. Det andet opstillede led skulle afgøre, om det udførende organ udførte hovedparten af deres aktiviteter for den eller de myndigheder, som det ejes af. Ved opfyldelse af begge led i testen, har EU Domstolen fastslået at, der intet er til hindrer for, at en ordregivende myndighed direkte tildeler en offentlig kontrakt uden forudgående udbud. EU Domstolen undlod i denne afgørelse at præcisere definitionen af kontrol. I Stadt Halle-sagen⁶⁶ udtalte EU domstolen sig mere præcist ved at konkludere, at privat deltagelse i et selskab udelukker in house.

Idet der i OPP kontrakter altid er en privat part, vurderes det at OPP kontrakter umuligt kan opfylde Teckal-doktrinen.

3.3.3 Kontrakttyper

Udbudsdirektivet sonderer imellem flere forskellige kontrakttyper, som er underlagt dets bestemmelser. Udgangspunktet er at offentlige kontrakter er omfattet af direktivet, såfremt kontraktsummen overstiger tærskelværdierne i artikel 7. Men inden dette belyses nærmere er det nødvendigt at forstå udbudsdirektivets definition af en offentlig kontrakt. Jævnfør udbudsdirektivets artikel 1 stk. 2 litra a, forstås en offentlig kontrakt som en gensidig bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, hvor kontraktens genstand omhandler udførelse af arbejde eller levering af varer eller tjenesteydelser.

⁶⁵ Sag C- 107/98 Teckal Srl mod Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Saml. 1999 I-8121

⁶⁶ Sag C- 26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 I-1.

I forhold til kravet om skriftlighed, er der ingen tvivl om, at en OPP kontrakt for at kunne gennemføres vil opfylde kravet om skriftlighed, og derfor vurderes det, at være usandsynligt at gennemføre kontrakten på en ren mundtlig aftale. Eftersom OPP kontrakter omhandler bygge- og anlægsprojekter og offentlige serviceydelser og oftest en kombination, udgør OPP kontrakter de samme typer som nævnt i artikel 1 stk. 2 litra a. En OPP kontrakt er derfor altid at betragte som en gensidigt bebyrdende aftale som forstået i udbudsdirektivet.

Artikel 7 opdeler kontrakter i tre kategorier med hver deres forskellige tærskelværdier⁶⁷. Her reguleres at offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af statslige myndigheder er udbudspligtigt, såfremt værdien er på minimum 130.000 EUR. Næste tærskelværdi er på 200.000 EUR og gælder for offentlige indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter indgået af ordregivende myndigheder. Den sidste og højeste værdi er for offentlige bygge- og anlægsarbejder, hvor der ved kontrakter over 5.000.000 EUR gælder krav om offentlighed. I relation til OPP vil alle tre kontrakttyper være aktuelle og derfor skal alle værdier iagttages ved vurdering af, hvorvidt en given OPP kontrakt er over tærskelværdierne.

3.3.3.1 Bygge- og anlægsarbejder

Offentlige bygge- og anlægsarbejder er defineret i artikel 1 stk. 2 litra b og forstås; hvor der sker udførelse, projektering eller begge dele af et arbejde vedrørende bygge og anlæg som er nævnt i direktivets bilag I. Bilag I præciserer, hvilke kontrakttyper der i udbudsdirektivets forstand er et bygge- og anlægsprojekt. Generelt omfatter det alt i et bygge- og anlægsprojekt, såsom anlæg af veje, almindeligt byggearbejde etc.. Dette præciseres yderligere i direktivets betragtning 10, 1. pkt., hvor det fremgår at en kontrakt kun kan betragtes som en bygge- og anlægskontrakt når dens genstand er omfattet af Bilag I, trods elementer af tjenesteydelser. Ordregiver kan derfor ikke opdele kontrakten for omgåelse af artikel 7. Dette kommer også til udtryk i artikel 9 stk. 3, der ikke tillader opdeling af en kontrakt med henblik på udelukkelse af udbuddet fra direktivets anvendelsesområde. Derfor vil det ikke være tilladt for ordregiver først at udbyde en kontrakt som en bygge- og anlægsarbejder og efterfølgende udbyde driften heraf, for omgåelse med tær-

⁶⁷ Kommissionens Forordning (EU) nr. 1251/2011 af 30. November 2011, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, 2004/18/EF og 2009/81/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter, artikel 2 stk. 1.

skelværdierne. I sådanne tilfælde skal kontrakternes anslåede værdi ses samlet og i relation til tærskelværdierne i artikel 7⁶⁸.

Artikel 1 stk. 2 litra b definerer også, hvad der skal forstås ved bygge- og anlægsarbejder. Definition af dette begreb omhandler den situation hvor, der f.eks. skal udføres et arbejde på en eksisterende bygning, idet der sker varetagelse af en økonomisk eller teknisk funktion. Uanset hvordan en OPP kontrakt sammensættes vurderes det, at det vil være meget svært for ordregiveren at sammensætte et projekt, hvor der ikke er element af bygge- og anlægsarbejder, når dette reelt udføres.

3.3.3.2 Tjenesteydelseskontrakter

Offentlige tjenesteydelser er defineret i artikel 1 stk. 2 litra d, første afsnit og omhandler alle offentlige tjenesteydelseskontrakter, der er kategoriseret i direktivets bilag II. Her deles tjenesteydelser op i A og B ydelser i henholdsvis bilag II A og bilag II B. Denne opdeling illustrerer, at tjenesteydelser nævnt på bilag II A er omfattet af direktivet, mens ydelser på bilag II B ikke er omfattet af direktivet jf. udbudsdirektivets betragtning 18. Formålet med denne opdeling er, at tjenesteydelser nævnt på bilag II A er ydelser der altid har grænseoverskridende interesse samt en kontraktsum over tærskelværdierne. Mens tjenesteydelser nævnt på bilag II B ikke har grænseoverskridende interesse og derved ikke skal i udbud⁶⁹. B ydelser er jf. udbudsdirektivet således kun underlagt direktivets artikel 23 og artikel 35 stk. 4⁷⁰. På trods heraf skal tjenesteydelser omfattet af bilag II B, der har grænseoverskridende interesse overholde regler om offentliggørelse for at sikre overholdelse af artikel 49 og 56 TEUF⁷¹.

Det betyder, at der skal ske offentliggørelse af offentlige kontrakter, der har grænseoverskridende interesse trods status som B ydelse. Offentlige kontrakter omfattet af bilag II B, må derfor ikke tildeles direkte uden forudgående offentliggørelse, såfremt de har en klar grænseoverskridende interesse.

⁶⁸ jf. udbudsdirektivets artikel 9 stk. 5 litra a, 1. afsnit.

⁶⁹ Jf. Præmis 25 i Sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Saml. 2007 I- 09777

⁷⁰ Dette indeholder krav om bestemt affattelse af tekniske specifikationer og offentlig oplysning om indgåelse af kontrakten.

⁷¹ Sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Saml. 2007 I- 09777

OPP kontrakter som tjenesteydelser vil sandsynligvis hovedsageligt være ydelser nævnt på bilag II A, og derved er det udbudsdirektivets bestemmelser der finder anvendelse såfremt kontraktsummen er over tærskelværdierne og den offentlige part er en ordregivende myndighed i udbudsdirektivets forstand. Derimod kan det ikke udelukkes at en OPP kontrakt kan være kategoriseret på bilag II B, og i så fald betyder det, at der skal ske overholdelse af primærretten, såfremt der er en klar grænseoverskridende interesse.

3.3.3.2.1 Blandede kontrakter

Udbudsdirektivet regulerer endvidere i artikel 22 den situation, hvor den offentlige kontrakt omfatter både A og B ydelser. I den situation er det værdien af de enkelte ydelser, der er afgørende, hvilket betyder at ordregiver skal sondre mellem værdien af B ydelsen og A ydelsen i kontrakten. Artikel 22 bestemmer, at hvis A ydelsen har en større værdi end B ydelsen, skal indgåelse af denne kontrakttype indgås efter reglerne i udbudsdirektivet. Såfremt det modsatte er tilfældet, skal kontraktindgåelse ske efter artikel 23 og artikel 35 stk. 4 og med overholdelse af primærretten.

OPP kontrakter kan, som tidligere nævnt, også bestå af en kombination af bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Denne kontrakttype skal jf. artikel 1 stk. 2 litra d, tredje afsnit betragtes som en offentlig tjenesteydelseskontrakt i det omfang, der kun er accessoriske aktiviteter af bygge- og anlægsarbejde indeholdt i kontrakten i relation til kontraktens genstand. Derfor er det afgørende, hvilken del af kontrakten der er dens hovedformål. Spørgsmålet er særlig relevant i forhold til artikel 7, idet tærskelværdierne for henholdsvis en tjenesteydelseskontrakt og en bygge- og anlægskontrakt ikke er identiske.

3.3.3.3 Koncessionskontrakter

Ordregiver skal være opmærksom på at koncessionskontrakter også er omfattet af udbudsdirektivet. Koncessionskontrakter defineres som værende kontrakter med samme karakteristika som andre offentlige kontrakter, men adskiller sig herfra, fordi vederlaget for denne type kontrakter udelukkende består af retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen jf. udbudsdirektivets artikel 1 stk. 3 og stk. 4. Hvis en OPP kontrakt indgås som en koncessionskon-

trakt, vil OPP selskabet således ikke modtage vederlag for dets arbejde. I stedet får de retten til at udnytte aktivet og på den måde tjene investeringen ind og på sigt opnå et overskud herved.

Koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder har helt særlige bestemmelser i udbudsdirektivet i afsnit III dvs. artikel 56 – 65. Ved gennemlæsning af bestemmelserne kan det udledes, at dette er specifikke regler, der kun gælder for koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder, når kontraktens værdi er over 5.000.000 EUR jf. artikel 56 stk. 1⁷².

Med disse eksplicite bestemmelser for koncessioner om offentlig bygge- og anlægskontrakter er situationen en anden for koncessioner om offentlige tjenesteydelser. Det fremgår af artikel 17 i udbudsdirektivet, idet denne bestemmelse klart regulerer at koncessionskontrakter om tjenesteydelseskontrakter ikke er omfattet af direktivet. Derved skal denne kontrakttype ikke overholde de specifikke regler om offentligt udbud, som er defineret i udbudsdirektivet ved indgåelse af koncessionskontrakten.

Reguleringen af disse to typer af koncessioner er således ikke identisk, men EU Domstolen har blandet andet i *Telaustria-sagen*⁷³ og *Wall-sagen*⁷⁴ udtalt at selvom koncessionskontrakter om tjenesteydelser er udenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde, skal der fortsat ske overholdelse af EUF Traktatens grundlæggende principper samt overholdelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling grundet nationalitet⁷⁵. Endvidere gælder dette navnlig et gennemsigtighedsprincip der skal sikre en passende grad af offentlighed⁷⁶.

3.4 Delkonklusion

Ud fra analysen kan det konkluderes at, OPP kontrakter i forskellig grad er omfattet af udbudsdirektivet. Det afgørende i den forbindelse er kontrakttypen og kontraktsummen, da det kan konkluderes at OPP kontrakter altid vil indeholde et offentligt organ og være skriftlig gensidig

⁷² Som efterfølgende er ændret ved; Kommissionens Forordning (EU) nr. 1251/2011 af 30. November 2011, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, 2004/18/EF og 2009/81/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, artikel 2 stk. 3.

⁷³ Sag C-324/98 *Telaustria Verlegs GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG*, Saml. 2000 I-10745.

⁷⁴ Sag C- 91/08 *Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*. Saml. 2010 s. I-02815, præmis 33 og Sag C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) mod Comune di Cingia de'Botti*. Saml. 2005 s. I-07287.

⁷⁵ Sag C-324/98 *Telaustria Verlegs GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG*, Saml. 2000 I-10745, præmis 60

⁷⁶ Dommens præmis 61 og 62.

bebyrdende. Offentlige bygge- og anlægskontrakter som er nævnt på bilag I, og med en tærskelværdi på over 5.000.000 EUR, er derfor omfattet af udbudsdirektivet. Offentlige tjenesteydelser konstrueret som en OPP kontrakt, er også omfattet af udbudsdirektivet, hvis tjenesteydelsen er kategoriseret i bilag II A og hvis tærskelværdier på over henholdsvis 130.000 og 200.000 EUR. Såfremt OPP kontrakten omfatter en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder finder udbudsdirektivet anvendelse jf. artikel 56, når kontraktens værdi overstiger 5.000.000 EUR. OPP kontrakter, som koncessioner om offentlige tjenesteydelser jf. artikel 17 og som offentlige tjenesteydelser nævnt på bilag II B, er ikke omfattet af udbudsdirektivet, men ordregiver skal ved deres indgåelse sikre overholdelse af primærretten.

Kapitel 4 – Muligheden for ændringer i OPP kontrakter

4.1 indledning

Analysen vil i dette kapitel udlede hvorledes det er muligt at gennemføre ændringer i OPP kontrakter i kontraktopfyldelsesperioden. Derfor analyseres først hvilke retsregler der regulerer OPP kontrakter efter indgåelsen, da dette er afgørende for den følgende analyse. Efterfølgende analyseres ordregivers muligheder for ændringer i prisen og kontraktens genstand samt deres mulighed for udskiftning af OPP selskabet i kontraktopfyldelsesperioden.

4.2 Grundlæggende principper

Efter kontraktindgåelse⁷⁷ kan samarbejdet mellem OPP selskabet og den offentlige part begynde. OPP kontraktens indhold reguleres af det enkelte lands nationale obligationsretlige regler⁷⁸. Dette område hviler ikke på EU retten og derfor er fortolkning af en OPP kontrakts bestemmelser ikke omfattet af EU reglerne, såfremt der skulle opstå fortolkningsmæssige uoverensstemmelser mellem parterne.

Trods dette faktum, er det ikke uvæsentligt at se nærmere på de grundlæggende EU retlige principper, idet en ordregiver er pligtsubjekt for EUF Traktatens fribevægelighedsregler, og dens principper skal derfor altid iagttages af ordregiver⁷⁹. Dette efterlader ingen tvivl om, at en ordregiver ikke kan tilsidesætte de grundlæggende principper i kontraktperioden. Reglerne fra afsnit 3.2 vurderes derfor, at være gældende for OPP kontrakter efter kontraktindgåelse, selvom denne fase måtte være udenfor direktivets anvendelsesområde. Dette analyseres nærmere i det følgende.

4.3 Udbudsdirektivet

Gennemlæsning af udbudsdirektivet bevidner, at dets bestemmelser kun regulerer indgåelse af offentlige kontrakter. En kendsgerning der også underbygges af udbudsdirektivets titel⁸⁰. Direk-

⁷⁷ Og efter afholdelse af standstill-perioden jf. artikel 2 a stk. 2, i Kontrolldirektivet 2007/66/EF

⁷⁸ Se evt. KOM(2004) 327, punkt 44.

⁷⁹ Grundet fribevægelighedsreglernes vertikal direkte virkning.

⁸⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. Marts 2004 om samordningen af fremgangsmåderne ved **indgåelse** af offentlige vareindkøb kontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

tivet har dog to undtagelser hertil i form af artikel 31 stk. 4, litra a, der bestemmer at der kan foretages ændringer i bestående kontraktforhold uden forudgående udbud, samt artikel 61 der tillader tildeling af supplerende arbejder til koncessionshaveren uden krav om offentliggørelse. Artiklerne behandles mere dybdegående i afsnit 4.8.2.1.

Den kendsgerning, at OPP kontrakten i dens indgåelse skal ske efter overholdelse af udbudsdirektivets bestemmelser har, som tidligere nævnt, til formål at sikre overholdelse af EU rettens grundlæggende rettigheder. Dette taler for at især principperne om ligebehandling og gennemsigtighed også skal overholdes efter kontraktens indgåelse. Hvis principperne ikke er gældende efter kontraktens indgåelse, giver det umiddelbart ikke mening, at lovgiver i udbudsfasen opstiller specielle og ressourcekrævende regler, som efterfølgende kan overtrædes i kontraktperioden. I så tilfælde, kan tilbudsgivere spekulere i at udforme tilbud, som de reelt ikke kan overholde i kontraktopfyldelsesperioden, men som sikrer dem tildeling af kontrakten. Situationer der er modsatrettet de fordele og mål som en OPP kontrakt søger at opfylde.

Umiddelbart taler ovenstående for, at EUF Traktaten og fribevægelighedsregler og principperne udledt heraf skal overholdes efter kontraktindgåelse, men en nærmere analyse af EU Domstolens retspraksis på området er nødvendig for yderligere præcisering.

4.4 EU Retsspraksis

Eftersom udbudsdirektivet ikke tilkendegiver, at dets formål samt principper skal iagttages efter kontraktindgåelse og igennem hele kontraktopfyldelsesperioden, er det nødvendigt at analysere nærmere på EU Domstolens retspraksis herom.

Sag C-496/99 P Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA⁸¹ (Frutta-sagen), omhandlede et annullationssøgsmål af en tidligere afsagt dom af Retten i Første Instans d. 14 oktober 1999 i de forenede sager T-191/96 og T-106/97. Den forenede sag omhandlede en tildeling af en licitation til gennemførelse af fødevarerhjælp, hvor det var æbler og appelsiner der skulle tages som betalingsmiddel. EU Kommissionen vedtager efterfølgende ved en beslutning, at æbler og appelsiner

⁸¹ Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Saml. 2004, s. I-03801.

kan udskiftes med ferskner trods manglende hjemmel i kontrakten. Situationen betød, at den licitation som blev tildelt ikke længere var i overensstemmelse med bekendtgørelsen.

EU Domstolen fastslog med henvisning til Storebælt-sagen⁸², at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med udbudsmaterialet, da dette følger af princippet om ligebehandling. Endvidere skal der i alle stadier i processen sikres overholdelse af princippet om ligebehandling og gennemsigtighed. Med dette som hjemmel tilkendegiver EU Domstolen, at de betingelser som en aftale er indgået på er ordregiver strengt forpligtet til at overholde⁸³. Dette indikerer, at der skal ske iagttagelse af ligebehandlingsprincippet, og den gennemsigtighedsforpligtigelse der følger heraf, også efter at aftalen er indgået og trådt i kraft. Derved udvides udbudsrettens principper til også at gælde for licitationsprocedurer, hvilket EU Kommissionen modstrider og anlægger en appelsag.

I appelsagen⁸⁴ præciserer EU Domstolen, at en ordregivende myndighed ikke lovligt kan fravige de kriterier, som de selv har opstillet før kontraktens indgåelse. I så fald ville princippet om ligebehandling og gennemsigtighed ikke være iagttaget. Endvidere udtaler EU Domstolen, at de opstillede kriterier skal overholdes frem til afslutningen af kontraktens opfyldelse⁸⁵.

Hvad EU Domstolen nærmere mener med ”kontraktens opfyldelse”, skal søges fortolket ved at læse andre sprogversioner af dommen. I den engelske lyder det således ”...*the relevant contract is performed.*”⁸⁶. Dette giver et klart indtryk af, at kravet om anvendelse af de samme kriterier gælder indtil de kontraherende parter hver især har opfyldt deres forpligtigelser, hvilket i relation til en OPP kontrakt først vil være når kontrakten udløber. Dette understøttes af den tyske version, hvor det lyder ”...*bis zum Ende des Abschnitts der Auftragsausführung...*”⁸⁷. Den tyske version udtrykker, at det skal være til kontraktens slutning, hvilket fortolkes til at være, når ingen af parterne længere er forpligtet i henhold til kontraktens bestemmelser – altså når begge parter har opfyldt deres forpligtigelser.

⁸² Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993, s. I-03353

⁸³ Forenede sager T-191/96 og T-106/97 CAS Succhi di Frutta SpA mod Kommissionen, Saml. 1999 s. II-03181, præmis 72-73.

⁸⁴ Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Saml. 2004, s. I-03801.

⁸⁵ Dommens præmis 115

⁸⁶ Engelske version, præmis 115.

⁸⁷ Tyske version, præmis 115

Det kan på baggrund af ovenstående udledes at, at de opstillede bestemmelser i en kontrakt skal overholdes efter kontraktindgåelsen for at sikre overholdelse af princippet om ligebehandling, idet en afvigelse fra de først opstillede kriterier tilsidesætter princippet om gennemsigtighed.

Det betyder, at en ordregiver skal overholde de kriterier, som de har opstillet i udbudsbekendtgørelsen før, under og efter kontraktindgåelse, da det er de samme hensyn der søges beskyttet i alle situationer. Før tildelingen af kontrakten må en ordregiver ikke ændre kriterier, forhandle eller på nogen måde favorisere en bestemt tilbudsgiver. Hensynet er, at en favorisering kan medføre en forskelsbehandling af potentielle tilbudsgivere, hvilket ikke er tilladt⁸⁸. Hvis forskelsbehandling tillades, sikres udbudsdirektivets formål om en effektiv og sund konkurrence ikke. Et formål der i øvrigt skal sikres gennem overholdelse af EUF Traktatens principper om fri bevægelighed og principperne afledt heraf⁸⁹.

Disse principper skal af samme årsag iagttages i kontraktopfyldelsesperioden, indtil kontrakten er opfyldt af begge parter. Det indskrænker derved de kontraherende parteres råderum for ændringer i kontraktopfyldelsesperioden og skal derfor tages in mente såfremt der opstår behov for efterfølgende ændringer i en OPP kontrakt. Hvis dette ikke sikres, vil tilbudsgiverne ikke afgive deres tilbud på det samme objektive grundlag, og derved sikres gennemsigtigheden ikke. Ordregiver er derfor igennem hele kontraktperioden som udgangspunkt bundet af de betingelser og kriterier som de har opstillet.

4.5 Krav om hjemmel

I kontraktopfyldelsesperioden kan det imidlertid ikke udelukkes, at der er behov for at gennemføre ændringer, da der kan opstå uforudsete hændelser eller lignende der nødvendiggør ændringer. I Frutta-sagen⁹⁰ blev denne problematik behandlet og her anerkendte EU Domstolen en kontrakts behov for ændringer, ved at opstille krav om hjemmel for gennemførelse heraf. Ændringer må derfor godt gennemføres, hvis muligheden herfor udtrykkeligt er fastsat i udbudsbekendtgørelsen⁹¹.

⁸⁸ Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlig kontrakter*, 2010 s. 187

⁸⁹ jf. Betragtning 2. Og Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA. Saml. 2004, s. I-03801, præmis 110.

⁹⁰ Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Saml. 2004, s. I-03801.

⁹¹ Dommens præmis 118.

Dette giver ordregiver mulighed for, at ændre i kontrakten efter kontraktindgåelse gennem eksempelvis ændringsklausuler. Mulighed for indførelse af ændringsklausuler giver umiddelbart OPP kontrakter en vis fleksibilitet i kontraktopfyldelsesperioden. Ordregiver kan derfor indsætte disse klausuler i deres udbudsmateriale for at sikre muligheden for gennemførelse af ændringer i OPP kontraktens levetid. Foruden kravet om at ændringsklausuler skal være indskrevet, skal de ligeledes være formuleret klart, præcist og utvetydigt⁹². Når en ændringsklausul opfylder disse betingelser vil det sikre gennemsigtighed, hvor ingen tilbudsgivere bliver favoriseret og udbudsdirektivets formål bliver således sikret. Dette underbygges endvidere i sag C-340/02 Kommissionen mod Frankrig, hvor en løs henvisning til et udbudsprojektets anden fase der også skulle udføres af vinderen af projektets første fase, ikke var præcis nok til at undgå afholdelse af udbud herom⁹³.

4.6 Krav om nyt udbud

Såfremt der sker ændringer i kontraktopfyldelsesperioden, uden hjemmel, medfører det jf. Frutta-sagen⁹⁴ krav om nyt udbud, da dette sikrer at samme betingelser bliver anvendt på samme måde overfor samtlige bydende⁹⁵, og derved sikres der fuldstændig overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Dommen udtrykker ikke hvorledes krav om nyt udbud gælder ved alle ændringer, men umiddelbart vil det være meget omkostningsfuldt at gennemføre en ny udbudsprocedure på baggrund af mindre ubetydelige ændringer. I hvert fald er det klart, at en ændring af betalingsbetingelserne – som i øvrigt er en vigtig betingelse – kræver nyt udbud.

Efterfølgende har EU Domstolen i sag C-454/06 Presstext⁹⁶ (Presstext-sagen) belyst rækkevidden af muligheden for ændringer. I denne sag tog EU Domstolen stilling til hvorledes en række ændringer i et eksisterende kontraktforhold reelt var indgåelse af en ny kontrakt og om dette medførte krav om nyt udbud på baggrund heraf. Østrig havde før landets indtræden i EU indgået en kontrakt med en nyhedsagenturvirksomhed APA om udførelse af tjenesteydelser mod vederlag. Kontrakten var indgået på ubestemt tid, og i kontraktperioden blev kontrakten overdraget fra

⁹² Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA. Saml. 2004, s. I-03801, præmis 111

⁹³ Sag C-340/02 Kommissionen mod Frankrig. Saml. 2004, s. I-09845, præmis 41-43

⁹⁴ Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Saml. 2004, s. I-03801, præmis 124-126

⁹⁵ Dommens præmis 127

⁹⁶ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401

APA til deres 100 % ejede datterselskab APA-OTS. En konkurrent til APA anfægtede dette forhold, og den østrigske domstol anmodede EU Domstolen om en præjudiciel afgørelse for fortolkning af begrebet indgåelse i udbudsdirektivet⁹⁷.

EU Domstolen afgjorde, at ændringer der er afgørende forskellig fra de oprindelige betingelser er indgåelse af en ny kontrakt, idet parterne heri udtrykker deres vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer⁹⁸. Her drager EU domstolen en parallel linje mellem ændringer i kontrakten og grundlæggende bestemmelser og derved kan det fortolkes at disse to betingelser er afhængige af hinanden. Imidlertid kan der argumenteres for, at der godt kan være ændringer der er afgørende forskellige uden det vedrører kontraktens grundlæggende elementer. Således fortolkes det derimod ikke af EU Domstolen, hvilket understøttes af den engelske version af dommen: ”...are materially different in character from the original contract and, therefore, such as to demonstrate the intention of the parties to renegotiate the essential terms...”⁹⁹.

Det udledes derfor, at det er afgørende, at der ikke foretages ændringer af kontraktens grundlæggende betingelser, så de bliver afgørende forskellig fra de oprindelige kontraktbetingelser. Det vil i så fald være et udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontrakten. En ændring af kontraktens genstand betyder at hele aftalen skal betragtes som en ny selvstændig indgået aftale, der skal udbydes igennem en ny udbudsrunde. Det må i den kontekst forudsættes at kontrakten som helhed opfylder betingelserne i udbudsdirektivet for at være omfattet heraf¹⁰⁰. Hvilket betyder, at hvis ændringen er et udtryk for en reel indgåelse af en ny gensidig bebyrdende skriftlig aftale med en værdi højere end tærskelværdierne i artikel 7, medfører det et krav om en ny udbudsrunde. Ved ikke at gennemføre en ny udbudsproces i sådanne tilfælde, vil dette karakteriseres som en direkte tildeling af en kontrakt i strid med udbudsdirektivet, selvom den oprindelige kontrakt har været genstand for en udbudsproces.

⁹⁷ Dengang – Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

⁹⁸ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 34

⁹⁹ Engelske version, præmis 34.

¹⁰⁰ Se betingelserne herfor i afhandlingens afsnit 3.3.

4.7 Væsentlighed

Til vurderingen af hvorvidt en ændring er betydelig og derfor et udtryk for indgåelse af en ny aftale har EU Domstolen i PRESSEDTEXT-sagen opstillet tre væsentlighedskriterier¹⁰¹. Kriterierne skal efterprøves overfor ændringer og derudfra vurderes om en ændring er væsentlig, da det kun er væsentlige ændringer der betragtes som udtryk for parternes vilje til at genforhandle og derfor er indgåelse af en ny aftale, der kræver nyt udbud. Kriterierne er ikke kumulative, men skal fortolkes i den kontekst som de anvendes.

Det første kriterium som taler for at en ændring betragtes som væsentlig er, at hvis ændringen indfører betingelser, der såfremt ændringen havde fremgået af det oprindelige udbud, havde muliggjort deltagelse i udbuddet for andre tilbudsgivere end de deltagende eller, hvis det kunne have ført til en anden vinder af udbuddet¹⁰². Det betyder, at der ikke må ske forskelsbehandling af tilbudsgiverne, hvilket vil være tilfældet, såfremt ikke alle tilbudsgivere har samme objektive grundlag at fortolke udbudsmaterialet ud fra. Muligvis kan en tilsyneladende lille ændring have stor effekt for nogle tilbudsgivere, mens det for andre ikke vil have nogen betydning. Det formodes derfor at være indholdet og omfanget af den enkelte ændring, som er vigtigt, fordi ikke alle ændringer har samme betydning for alle tilbudsgivere.

Ved det andet kriterium skal det vurderes om ændringen kan betragtes som væsentlig ud fra kriteriet om, hvorvidt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte ydelser som ikke oprindeligt var fastsat i kontrakten¹⁰³. Dette tydeliggør at ydelser godt kan tilføjes såfremt de ikke er af betydeligt omfang. Der er altså kun ændringer som betydeligt udvider aftalen der er afgørende for om ændringen er væsentlig. Ud fra dette vurderes det, at kontraktsummen sammenholdt med ændringens værdi har en betydning i denne sammenhæng. Det er hensynet til potentielle tilbudsgivere som skal tilgodeses, og tilføjelser kan derfor ikke gennemføres, hvis de strider imod ligebehandlingen af tilbudsgiverne. Der kan i forlængelse heraf argumenteres for at ændringer som i

¹⁰¹ Sag C-454/06 PRESSEDTEXT Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401, præmis 35-37

¹⁰² Sag C-454/06 PRESSEDTEXT Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401, præmis 35

¹⁰³ Sag C-454/06 PRESSEDTEXT Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401, præmis 36

sig selv er genstand for udbud – dvs. har en individuel værdi over tærskelværdierne – er betydelige. Mens ændringer hvis individuelle værdi ikke er genstand for udbud ikke er betydelig. Uanset hvordan betydelighedsbegrebet fortolkes, er det afgørende at tilføjelserne ikke fordrejer hele kontraktens indhold så det er et udtryk for forhandling.

Det sidste kriterium karakteriserer en ændring som væsentlig hvis den ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for tilbudsmotageren på en måde som ikke var fastsat i de oprindelige betingelser¹⁰⁴. Her er der flere aspekter som gør sig gældende. For det første medfører kriteriet, at ændringer godt må ske til fordel for tilbudsgiver, så længe det er fastsat i de oprindelige betingelser. For det andet indikerer det, at der godt må ske en ændring af den økonomiske balance, så længe det ikke er til fordel for tilbudsgiveren. Ordregiver må derfor godt tilgodeses økonomisk ved et eventuelt prisnedslag eller ved anden økonomisk gevinst, uden dette udgør en væsentlig ændring. Ved økonomisk balance bør det være forholdet mellem parterne i kontrakten som ikke må være en fordel for tilbudsgiver. Dette begrundes med, at en rabat godt kan blive en økonomisk fordel for tilbudsgiveren, såfremt hans omkostninger er faldet mere end rabatten er faldet.

Ændringer i eksisterende kontraktforhold skal derfor vurderes om de er væsentlige ud fra de tre nævnte kriterier. Ændringer der ikke er væsentlige kan godt gennemføres af ordregiver, uden det udgør indgåelse der medfører krav om nyt udbud, såfremt det er objektivt begrundet og derfor ikke fordrejer konkurrencen. Hermed giver det den offentlige part mere fleksibilitet for gennemførelse af ændringer som ikke er forudset af parterne og derved ikke indskrevet i kontraktgrundlaget. Rækkevidden af, hvornår en ændring er væsentlig eller ej, er yderste aktuelt at få klarlagt da det kan give ordregiver klare retningslinjer for, hvor grænsen går og derfor vil dette analyseres i følgende afsnit.

¹⁰⁴ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 37.

4.8 Aktuelle situationer hvor behov for ændringer kan opstå

EU Domstolen har med deres afgørelse i Preetext-sagen¹⁰⁵ indført de tre ovenstående kriterier til vurdering af, hvornår en ændring udgør en væsentlig ændring. Det er derfor med udgangspunkt i dem og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at forstående analyse gennemføres.

4.8.1 Ændring i prisen

Prisen i en kontrakt betragtes som en vigtig betingelse¹⁰⁶, og en ændring heraf vurderes at være yderst aktuelt i en OPP kontrakt, idet den allerede fastsættes ved tilbudsafgivelse. Forskellige forhold kan derfor i kontraktopfyldelsesperioden, bevirke at der er behov for gennemførelse af ændringer i OPP kontraktens pris. Ændringer i prisen kan opstå som et akut behov, grundet uforudsete hændelser, såsom konjunkturændringer, ændringer i lovgivningen, force majeure etc., og udgør forhold der er umulige at indkalkulere i prisen ved kontraktindgåelsen. Derimod kan mere forudsigelige hændelser såsom ændringer i prisen som skyldes udvikling i råvarepriser, af materialer, arbejdsgange, etc.. bedre indkalkuleres i en prisreguleringsklausul.

Indsættelse af klare og præcist formulerede prisklausuler i kontrakten giver derved parterne hjemmel til at gennemføre ændringer som alle tilbudsgivere ved formuleringen af deres tilbud var bekendt med og fordrejer derfor ikke konkurrencen jf. sag C-337/98 Kommissionen mod Frankrig¹⁰⁷ (Rennes-sagen). Her fastslog EU Domstolen, at det faktum at kontrakten indeholdte en prisreguleringsmekanisme, var anvendelsen af denne ikke et udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontrakten¹⁰⁸, trods det faktum at ændringen udgjorde 10 %¹⁰⁹ af kontraktværdien til fordel for tilbudsgiver. Det fremgår altså tydeligt af dommen at det er afgørende at der er hjemmel i kontraktgrundlaget, til at gennemføre ændringen selvom hele 10 % af kontraktsummen ændres. Udnyttelsen af en prisreguleringsklausul, der er del af den oprindelige kontrakt, betragtes ikke som et udtryk for genforhandling af kontraktens grundlæggende elementer¹¹⁰. Det

¹⁰⁵ Sag C-454/06 Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401

¹⁰⁶ Betragtning 2. Og Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA. Saml. 2004, s. I-03801, præmis 117

¹⁰⁷ Sag C-337/98 Kommissionen mod Frankrig. Saml. 2000, s. I-08377.

¹⁰⁸ Dommens præmis 53.

¹⁰⁹ De 10 % udgjorde næsten 90 mio. FRF.

¹¹⁰ Sag C-337/98 Kommissionen mod Frankrig. Saml. 2000, s. I-08377. Præmis 51-56.

faktum at prisændringen udgjorde en prisforskellen på 10 %, var et udtryk for, at parterne under deres forhandling af kontrakten af prisen¹¹¹ tog hensyn til den teknologiske udvikling hvilket ikke begrundes at det skal betragtes som genforhandling¹¹². Dommen skal i den henseende ses i forhold til Pissetext-sagen, da den udtrykker krav om at ændringen ikke må udgøre en økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver, for ikke at være væsentlig. Derimod er afgørelsen i Rennes-sagen på linje med EU Domstolen henvisning, i Pissetext-sagen, til at ændring af prisen til EURO var en reel tilpasning. Det kan derfor udledes, at henvisning til de ydre omgivelser som ingen af parterne kunne forudse har karakter af objektivt, og vejer således tungere end kravet om at prisstigningen ikke må være til fordel for tilbudsgiver.

Derfor vil ændringer der gennemføres på baggrund heraf ikke være væsentlige. Spørgsmålet er derfor om parterne kan afvige denne klausul og gennemføre ændringer i prisen på en måde som ikke er hundrede procent identisk med klausulen.

Her vurderes det at partner godt kan afvige fra en prisreguleringsklausul, så længe ændringen er ubetydelig og objektivt begrundet. Det understøttes af Pissetext-sagen¹¹³, hvor anvendelsen af et nyere forbrugerprisindeks end det, som oprindeligt stod indskrevet i kontrakten ikke var indgåelse af en ny kontrakt¹¹⁴. Ændringen i prisen grundet anvendelse af et nyere prisindeks end hjemlet blev af EU Domstolen fortolket til at udgøre en ikke betydelig ændring i prisen og havde derfor ikke karakter af væsentlighed, der kunne have haft betydning for potentielle tilbudsgivers mulighed for afgivelse af tilbud. I den kontekst skal det nævnes, at det nye forbrugerprisindeks var fra samme udbyder, og derved var det kun årstallet der udgjorde forskellen. Det kan derfor udledes at, at prisen eksempelvis gerne må ændres til at følge et nyere prisindeks end det oplyste i kontrakten. Dette vil i så henseende være en konsekvens af den naturlige udvikling i markedet, og derfor er der ikke krav om at alle fremtidige prisindeks skal fremgå af kontrakten. Hvis ordregiver vælger at OPP kontrakten skal ændres til at følge et forbrugerindeks eller lignende uden

¹¹¹ Det skal bemærkes at forhandlingerne om det offentlige udbud begyndte før i ikrafttræden af Rådets Direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

¹¹² Dommens præmis 51.

¹¹³ Sag C-454/06 Pissetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401,

¹¹⁴ Dommens præmis 64-70

muligheden herfor er nævnt i kontrakten vurderes dette at være en væsentlig ændring, som følge af en udvidelse af aftalen, og vil derfor udtrykke parternes vilje til at genforhandle kontrakten.

Til vurdering af i hvor stort omfang en pris kan ændres uden det udgør en væsentlig ændring er det vigtigt, at se på de konsekvenser som disse ændringer kan medføre, og med hvilken begrundelse det gennemføres på baggrund af. Mindre ændringer i prisen må gerne gennemføres, når det er et udtryk for en reel tilpasning af kontrakten med afsæt i ændrede ydre omstændigheder. Dette udtrykkes af EU Domstolen i Pressetext-sagen¹¹⁵, hvor omskrivning af kontraktens møntfod ikke udgjorde en væsentlig ændring, trods manglende hjemmel i kontraktgrundlaget.

Ændringen af et lands møntfod i allerhøjeste grad en uforudset hændelse, som ingen af parterne på kontraktindgåelsestidspunktet kunne have forudset¹¹⁶. På trods heraf, er det afgørende at ændringen ikke, er et generelt udtryk for ændring af kontraktens økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver. Omregningen af en møntfod der medfører en ændring i prisen på 2,94 % til fordel for ordregiver, tilsidesættelser ikke principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, når det er en reel omregning¹¹⁷. Yderligere var ændringen på 2,94 % uden fordel for tilbudsgiveren og derfor ikke en ændring i prisen med karakter af væsentlighed¹¹⁸.

Det vurderes derfor at ordregivers mulighed for, at gennemføre en omregning, er forholdsvis begrænset og derfor medfører dette krav om en objektiv begrundelse¹¹⁹. Såfremt dette ikke fortolkes indskrænkende ville dette betyde, at hvis tilbudsgivere vidste, at der efter kontraktindgåelsen i kontraktperioden var mulighed for ændring af prisen til deres fordel, giver det tilbudsgivere en potentiel mulighed for, at afgive nogle mere fordelagtige tilbud, end de reelt kan opfylde¹²⁰. Det må derfor udledes, at ændringer af prisen som giver en økonomisk fordel for tilbudsgiveren, og som ikke var tilbudt alle tilbudsgivere vil være i strid med ligebehandlingsprincippet.

¹¹⁵ Sag C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 57.

¹¹⁶ Medmindre det stod klart for parterne på kontraktindgåelsestidspunktet at ændringen var nærstående.

¹¹⁷ Sag C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 58.

¹¹⁸ Dommens præmis 62.

¹¹⁹ Dommens præmis 61.

¹²⁰ I den sammenhæng skal det nævnes at ordregiver har hjemmel i udbudsdirektivets artikel 55 til at afvise unormalt lave tilbud. Dog er der krav om at tilbudsgiver skal have lov til at redegøre for deres pris ingen tilbuddet afvises.

Indenfor udbudsretten er objektivitet kendetegnet ved at det sikrer at principperne om gennemsigthed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes¹²¹. Kravet om objektivitet betyder derfor at det er hændelser som ikke har til formål at forfordele nogle tilbudsgivere frem for andre. EU Domstolen godkendte i Pressetext-sagen¹²² – at lette faktureringen – som en objektiv begrundelse for ændringen af møntfoden til Euro. Fordi kontrakten var indgået før indførelse af Euroen i EU, vurderes dette at have en afgørende betydning for EU Domstolens udtagelse, da en henvisning til at lette faktureringen generelt er et svagt argument. Det skyldes, at der i EU retten er strenge krav til, hvilke forhold der kan retfærdiggøre tilsidesættelse af de grundlæggende rettigheder. Handlinger der er umiddelbar i strid med EU's grundlæggende rettigheder kan kun gennemføres hvis de kan retfærdiggøres af bestemmelser direkte hjemlet i EUF Traktaten eller de retspraksisudviklede. Der vurderes derfor, at en nutidigt indgået OPP kontrakt, hvor der henvises til ændringer i prisen med det formål at lette faktureringen, næppe kan gennemføres, medmindre det er præcist hjemlet i kontraktgrundlaget.

Forhøjelse af en rabat i eksisterende kontraktforhold kan sammenlignes med en prisnedsættelse¹²³, hvilket også er et udtryk for en ændring af prisen, der potentielt kan være en væsentlig ændring. Forhøjelse af rabatten er objektivt set en ændring af den økonomiske balance og skal, som tidligere nævnt, have hjemmel i kontraktgrundlaget. Men i Pressetext-sagen konstaterede EU Domstolen, at en ændring af ordregivers rabat fra 15 % til 25 %, ikke var en forvrejning af konkurrencen til skade for mulige tilbudsgivere, da rabattens forhøjelse var til fordel for ordregiver og ikke tilbudsgiver. Generaladvokat J. Kokott påpeger i sit forslag til afgørelse i Sag C-454/06, at det ikke på forhånd kan udelukkes at en aftale om et lavere vederlag ikke kan forvrenge konkurrencen¹²⁴. Dette er en vigtig pointe, da parterne kan have forskellig nytte af rabatændringen. Endvidere kan der være risiko for, at der på rabatændringstidspunktet er en anden potentiel tilbudsgiver der kan tilbyde ydelsen til en lavere pris end den nu ændrede pris¹²⁵. Denne hypotetiske situation kan kun kontrolleres gennem en undersøgelse heraf, og hvor resultatet i givet fald

¹²¹ Jf. udbudsdirektivets betragtning 46 første afsnit og fjerde afsnit.

¹²² Sag C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401

¹²³ Sag C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401, præmis 83

¹²⁴ Forslagets betragtning 90.

¹²⁵ Generaladvokat J. Kokott's forslag til afgørelse af sag C-454706, Pressetext, betragtning 91.

skal afgøre om andre potentielle tilbudsgivere kunne tilbyde ydelsen til en endnu lavere pris. I hvert fald er det vigtigt at det ikke per automatisk, uden undersøgelse, konkluderes at alle rabatændringer til fordel for ordregiver ikke kan fordreje konkurrencen.

Det kan derfor konkluderes, at en ændring af en rabat på 10 procentpoint, godt må gennemføres når der er en udtrykkelig hjemmel og når det er undersøgt at der ikke sker en fordrejning af konkurrencen og derved ikke er indgåelse af en ny kontrakt i udbudsdirektivets forstand¹²⁶.

Yderligere kan det konkluderes at være i overensstemmelse med udbudsretten at der gennemføres ændringer i prisen uden hjemmel så længe det er til fordel for ordregiver. Dette åbner op for en lille mulighed for tilpasning af kontraktelementer som der oprindeligt ikke var taget højde for, efter kontraktens indgåelse. Det afgørende er, at der ikke sker tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling¹²⁷, idet en ændring aldrig kan gennemføres når der sker tilsidesættelse af disse to grundlæggende principper.

4.8.2 Ændring af kontraktens genstand

Ved ændring af kontraktens genstand menes udskiftning af materialer og ydelser, eller indførelse af ekstra elementer, bygninger, tilkøb, serviceydelser etc.. Det afgørende er, at der sker en ændring i OPP kontraktens genstand grundet et opstået behov efter kontraktens indgåelse.

Behovet for at ændre i ydelsen kan f.eks. opstå hos ordregiver grundet den samfundsmæssige udvikling i form af behov for mere plads eller nyere teknologi. Det kunne endvidere tænkes, at ordregiver i kontraktopfyldelsesperioden opstiller krav om anvendelse af bestemte produkter eller tekniske specifikationer.

Krav om anvendelse af bestemte produkter eller tekniske specifikationer vil trods indskrevet klausul i kontrakten ikke være tilladt. Dette skyldes, at krav om anvendelse af specifikke mærker i udbudsmaterialet er i strid med udbudsdirektivets artikel 23 stk. 3, litra a. Opstillede krav om anvendelse af bestemte materialer, som ikke anfægtes af tilbudsgiverne i udbudsrunderen, vil også efter kontraktindgåelse fortsat være i strid med udbudsdirektivet og medføre at kontrakten erklæ-

¹²⁶ Sag C-454/06 P *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. Saml. 2008, I-04401, præmis 85-87.

¹²⁷ Sag C-454/06 P *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, Saml. 2008, I-04401, præmis 60.

res uden virkning¹²⁸. Endvidere vil ethvert opstillet krav om anvendelse af bestemte nationale materialer, være i strid med de grundlæggende EU retlige principper¹²⁹.

Hvis ordregiver får behov for opførelse af en ekstra bygning eller lignende, er udgangspunktet, at denne handling er gyldig, hvis hjemlet i kontrakten, da det ikke fordrejer konkurrencen, fordi alle tilbudsgivere fra udbuddets begyndelse, har haft lige mulighed for afgivelse af tilbud på ens forudsætninger. I den kontekst er det afgørende, hvor præcist og klart hjemlen hertil er formuleret i den oprindelige udbudsbekendtgørelse. I Sag C-340/02 Kommissionen mod Frankrig, var det en tilsidesættelse af de forpligtigelser, der følger af udbudsdirektivet¹³⁰, at det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, på hvilke betingelser anden del af en projektfase skulle gennemføres. Dette bevidner, at det ikke er tilstrækkeligt at nævne i udbudsmaterialet, at den private part også får mulighed for at opføre en ekstra tilbygning uden nærmere præcisering heraf. Her vil ordregiver være forpligtet til at offentliggøre den ekstra bygning i forbindelse med det oprindelige udbud¹³¹. En klausul som tillader tilbudsgiver at opføre en ekstra bygning, må derfor være beskrevet klart og præcist samt have været genstand for offentligt udbud. Detaljerede oplysninger om ekstra ydelser i kontraktgrundlaget sikrer opfyldelse af direktivets formål gennem fair konkurrence og overholdelse af udbudsretten vil være sikret.

Hvis opførelse af en ekstra bygning er resultatet af et akut opstået behov, skal det vurderes om dette kan tillades uden hjemmel i kontrakten. I den afvejning må det være bygningens værdi som er afgørende, da en bygning med en værdi over tærskelværdierne i udbudsdirektivet, vurderes at være indgåelse af en ny aftale, der medfører krav om nyt udbud. I den vurdering er det vigtigt at sondre mellem bygningens værdi contra OPP kontraktens værdi, da en ekstra bygning med en værdi på mere end 50 % af den oprindelige kontrakts værdi ikke kan opføres uden offentliggørelse jf. udbudsdirektivets artikel 31 stk. 4 litra a, sidste afsnit og artikel 61 stk. 1, sidste afsnit. I Pressetext-sagen¹³² henviser EU Domstolen til disse undtagelser¹³³ som belæg for at ændringer

¹²⁸ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedure i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

¹²⁹ Se afhandlingens afsnit 3.2.1 og Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993, s. I-03353

¹³⁰ Sag C-340/02 Kommissionen mod Frankrig, Saml. 2004, s. I-09845, præmis 45.

¹³¹ Sag C-340/02 Kommissionen mod Frankrig, Saml. 2004, s. I-09845, præmis 45.

¹³² Sag C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Saml. 2008, I-04401, præmis 36

¹³³ Dengang direktiv 92/50/EF.

der udvider kontrakten i betydelig omfang er en væsentlig ændring. Dette understreger, at værdien af udvidelsen og værdien af kontrakten skal sammenholdes for vurdering om udvidelsen udgør et betydeligt omfang. I Frutta-sagen var akut mangel på æbler og appelsiner ikke belæg for at ændre i kontrakten, da det var ændring af en vigtig betingelse¹³⁴. Mindre vigtige ændringer som opstår akut vurderes derfor ikke at være væsentlige hvis de kan objektivt begrundes. Objektiviteten skal, som udtrykt i Preetext-sagen, have en høj grad på lige fod med begrundelse af Østrigs indtræden i eurosamarbejdet.

Hvis behovet for ændring af kontraktens genstand ikke er akut og ikke har hjemmel i kontrakten skal det vurderes som en sådan udvidelse, havde medført at andre tilbudsgivere ville have budt eller det havde medført en anden vinder af tilbuddet. Uanset om det er et lille eller stort beløb vil ændringen medføre en ændring i den økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver. I dette tilfælde opstår der modstridende hensyn i vurderingen af væsentligheden, da det ikke på nuværende tidspunkt har været forelagt EU Domstolen hvordan kriterierne skal ses i forhold til deres anvendelse. Derfor er det uklart om alle tre væsentligheds-kriterier kan anvendes på den samme ændring eller om der skal anvendes det væsentligheds-kriterium som middelbart er mest nærliggende. Eftersom at EU reglerne skal fortolkes i deres helhed og i den kontekst som de anvendes vurderes det at være mest korrekt i denne situation, først at anvende kriteriet om udvidelse og dernæst vurdere om det påvirker den økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver.

Det kan derudover tænkes at ordregiver ønsker at indføre et tillæg til kontrakten. Eksempelvis kan gennemførelse af et tillæg til kontrakten, hvor der ingen hjemmel er indskrevet, godt retfærdiggøres og derved ikke en væsentlig ændring. I hvert fald var en indførelse af en uopsigelighedsklausul på 3 år ikke en væsentlig ændring, fordi det ikke var påvist, at denne uopsigelighedsklausul indebar en risiko for fordrejning af konkurrencen til skade for nye mulige tilbudsgivere¹³⁵. Dette forklarer EU Domstolen med at det ikke var en systematisk genindsættelse og at ordregiver ikke havde til hensigt at afbryde kontraktforholdet – tillæg eller ej. Endvidere blev tillægget om uopsigelighed ikke udnyttet. Dette understreger at ikke alle tillæg skal betragtes som ikke konkurrencefordrejende, men det beror på en konkret vurdering i den givne kontekst.

¹³⁴ Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA. Saml. 2004, s. I-03801

¹³⁵ Sag C-454/06 Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 79.

Hvis et tillæg om uopsigelighed påvirker kontrakten udførsel eller på anden måde er et udtryk for omgåelse af udbudsreglerne vil det betyde en forvrejning af konkurrencen. Endvidere er det indholdet i tillægget der er afgørende, og såfremt det påvirker kontraktens økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver, skal dette retfærdiggøres på et objektive grundlag.

4.8.2.1 Supplerende arbejder og offentlige tjenesteydelser

Udbudsdirektivet indeholder nogle implicitte undtagelsesbestemmelser som muliggør anvendelse af udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Undtagelsesbestemmelserne findes i direktivets artikel 31 og 61 og omhandler offentlige bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter samt koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder. Her sikres ikke overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og derfor skal disse undtagelser fortolkes restriktivt¹³⁶. Endvidere er det den part der vil påberåbe sig undtagelsen der har bevisbyrden for at den finder anvendelse¹³⁷. Direktivet åbner derved op for en snæver mulighed, for at ændre forhold i den oprindelige kontrakt.

I relation til OPP kontrakter er det artikel 31 stk. 4 litra a og artikel 61 der er relevante. Ifølge Artikel 31 stk. 4 litra a, kan ændringer foretages, når det omhandler supplerende arbejder eller tjenesteydelser der ikke var omfattet af det oprindelige udbud. Anvendelsen er således kun legitim når det sker som konsekvens af uforudsete forhold, hvor tildelingen sker til den eksisterende økonomiske aktør, når arbejdet ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra kontrakten uden væsentlig ulempe for den ordregivende myndighed eller er nødvendige af hensyn til den fuldstændige gennemførelse og når den samlede værdi ikke overstiger 50 % af den oprindelige kontrakts værdi.

Artikel 61 er meget sammenlignelig med artikel 31 stk. 4 litra a. Denne undtagelse gælder for supplerende arbejder i koncessionskontrakter. Koncessionshaver kan uden at det er omfattet af direktivet, efter kontraktindgåels, købe supplerende tjenesteydelser eller arbejder, når dette ikke er afgørende forskelligt fra kontraktens genstand. Da bestemmelsen er en undtagelse og skal fortolkes restriktivt opstilles der således krav om ydelser der er nødvendige for udførelsen af bygge-

¹³⁶ KOM(2004) 327 punkt 50.

¹³⁷ Sag 199/85 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik. Saml. 1987, s. 01039, præmis 14.

og anlægsarbejdet. Der er ydermere krav om uforudsigelighed, og at det supplerende arbejde tildeles koncessionshaveren. Ordregiver har derfor i denne bestemmelse hjemmel til, at tildele supplerende ydelser uden forudgående offentliggørelse til koncessionshaveren men ikke til tredje mand.

4.8.3 Udskiftning af OPP selskabet

Endvidere kan der opstå behov for udskiftning af OPP selskabet enten som konsekvens af insolvens, samarbejdsvanskeligheder, fusioner, opkøb eller lignende. Endvidere kan det ikke afvises, at finansieringspartneren af hele OPP projektet ville forbeholde sig retten til at indtræde i kontrakten for den private part, såfremt projektet ikke genererer det fornødne cashflow i henhold til budgetterne. I sådanne situationer vil udgangspunktet være, at det kræver hjemmel i OPP kontrakten¹³⁸ – evt. gennem en step-in klausul. Ved udskiftning får den offentlige part en ny kontraktpart, og der er således sket en ændring af kontraktens parter, da den private part ikke længe er den samme juridiske person. Udskiftning af OPP selskabet – uanset med hvilken begrundelse - er en ændring af et væsentlig kriterium, og udtrykker parternes vilje til at genforhandle når disse ændres, såfremt der ikke er hjemmel hertil i kontrakten.

Ved en udskiftning af OPP selskabet med en tredjemand uden forudgående udbud og uden hjemmel i kontrakten, bliver det ikke sikret, at den nye part bliver den bedst egnede. Dette begrundes med at tredjeparten ikke har været igennem udbudsproceduren, og deres egnethed har ikke været undersøgt og vurderet. En situation der giver risiko for fordrejning af konkurrencen. I den diskussion er det relevant at belyse, hvorledes udskiftning af OPP selskabet gennem en step-in klausul er et udtryk for parternes vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer, da dette ikke sikrer udbudsrettens formål om sikring af en effektiv konkurrence, hvor der sker ligebehandling af tilbudsgiverne. Såfremt dette er tilfældet vurderes det at være et udtryk for en ny direkte tildeling af en kontrakt, som ikke har været i offentligt udbud, og kan derfor reelt være indgåelse af en ny kontrakt i udbudsdirektivers forstand

¹³⁸ Sag C-454/06 Priesetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 40.

Om kravet om hjemmel altid retfærdiggør en udskiftning af en medkontrahent er efter sag C-91/08 Wall¹³⁹ (Wall-sagen), blevet lidt tvivlsom. Denne sag omhandlede udskiftning af en underleverandør efter kontraktindgåelse i en offentlig koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Selvom koncessioner om tjenesteydelser ikke er omfattet af udbudsdirektivet, skal der stadigvæk sikres ligebehandling og især gennemsigtighed¹⁴⁰ når kontrakten har grænseoverskridende interesse. Trods hjemmel i kontraktgrundlaget til udskiftning af underleverandøren udtalte EU Domstolen, at dette i særlige tilfælde kan udgøre en ændring af aftalens grundlæggende elementer, selv når muligheden er indskrevet i kontraktgrundlaget. Her udvider EU Domstolen deres udtagelser fra Pressetext-sagen, ved at udtale at udskiftning af en underleverandør godt kan udgøre ændring af kontraktens grundlæggende elementer, hvis den udskiftede underleverandør havde været et afgørende element for indgåelse af aftalen¹⁴¹. Det kan derfor udledes, at hjemmel i kontraktgrundlaget ikke altid er nok til at tillade en ændring. EU domstolen udtaler sig ikke nærmere om dette er tilfældet i sagen. Derimod er generaladvokat Bot i hans forslag til afgørelse¹⁴² langt mere præcis i hans vurdering af den pågældende situation. Han udtaler at udskiftningen i den givne sag er et forsøg på at udkonkurrere de andre tilbudsgivere, da den givne underleverandør havde afgørende betydning for ordregiver og derved også for tildeling af kontrakten til den vindende tilbudsgiver. Med andre ord indikerer generaladvokat Bot, at tilbudsgiveren brugte den givne underleverandør med henblik på omgåelse af udbudsreglerne¹⁴³ hvilket, ikke er i overensstemmelse sikring af en fair konkurrence og gennemsigtighed.

Selvom Wall-sagen omhandlede udskiftning af en underleverandør – og ikke en medkontrahent – er generaladvokat Bot's og EU Domstolens udtagelser aktuelle at anvende her, da en medkontrahent især har afgørende betydning ved tildeling af udbuddet. I så fald vurderes det, at den nye virksomhed som minimum bør opfylde samme egnedetskriterium som den oprindelige kontraktpart. På den anden side er det tvivlsomt, om anvendelse af denne type step-in klausul rykker OPP kontraktens økonomiske balance til fordel for den nye part. For ikke at rykke den økonomiske balance er det en forudsætning at kontraktens indhold forbliver det samme, og at der ikke sker forhandling med den nye part om eventuelle ændringer for opfyldelse af kontrakten. Hvis

¹³⁹ Sag C- 91/08 Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Saml. 2010 s. I-02815, præmis 33 og Sag C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) mod Comune di Cingia de'Botti. Saml. 2005 s. I-07287.

¹⁴⁰ Dommens præmis 34-36

¹⁴¹ Dommens præmis 38-39

¹⁴² Generaladvokat Bot's forslag til afgørelse i Sag C- 91/08 Wall, præmis 65-71

¹⁴³ Egen fortolkning af generaladvokat Bot's udtagelse i forslagets præmis 71.

det står klart for ordregiver at der, for at sikre opfyldelse af kontrakten, skal ske væsentlige ændringer vil det kræve gennemførelse af et nyt udbud. Muligheden for udskiftning af OPP selskabet vurderes derfor at være meget snæver, da der på baggrund af generaladvokat Bot's forslag til afgørelse kan argumenteres for, at udskiftning af medkontrahent skal fortolkes indskrænkende.

Det vurderes derfor, at indsættelse af en ny privat part via anvendelse af en step-in klausul vil kræve, at parten som minimum skal opfylde de samme økonomiske og tekniske krav, som oprindeligt var fastsat i det oprindelige udbudsmateriale. Ydermere skal det fremgå af udbudsmaterialet, at de samme kriterier gør sig gældende ved anvendelsen af step-in klausulen. Ordregivers muligheder for at tilpasse kontrakten til det nye OPP selskab er således yderst begrænset i denne sammenhæng.

Udskiftning af OPP selskabet med kontraktens finansieringspartner skal ses som en nødløsning, for ikke at miste deres investerede penge eller for at mindske deres eventuelle tab. Her vurderes det ikke at være hensigten at omgå udbudsreglerne. Men en omgåelse vil i givet fald være et udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontrakten, og derved vil ikke være acceptabel og må derfor betragtes som en væsentlig ændring. Under alle omstændigheder formodes det, at en finansieringspartner ikke har interesse i at gennemføre resten af kontrakten som den nye private part, da deres hovedformål er at drive finansiell virksomhed. Kortvarig drift med henblik på at finde en anden part vurderes derfor ikke at være omgåelse, mens drift over en længerevarende periode vurderes ikke at være en mulig ændring, da finansieringspartneren ikke har været igennem en egnethedsvurdering, selvom der er indskrevet mulighed for udskiftning i kontraktgrundlaget.

Ordregivers overdragelse af OPP kontrakten til et 100 % ejet datterselskab er derimod ikke direkte tildeling men et reelt udtryk for en intern omstrukturering¹⁴⁴. Der indgås derved ikke en kontrakt med en ny juridisk person, og derfor vil dette ikke i sig selv medføre krav om nyt udbud. Det er derfor ejerskabet af den nye kontraheringspart der er afgørende og overdragelse af en OPP kontrakt til et selskab, hvor ejerskabet er lavere end 100 %, vurderes ikke at give samme resultat. Her henvises til EU Domstolens praksis i henhold til in house, hvor ethvert ejerskab

¹⁴⁴ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 45

med privat deltagelse, trods status som minoritetsandel, udelukker den ordregivende myndighed fra at udføre den samme kontrol som det fører med egne afdelinger¹⁴⁵. Overførsel af en kontrakt til et andet selskab som ikke er 100 % ejet af den oprindelige private part vil derfor ikke være udtryk for intern omstrukturering men indgåelse af en ny kontrakt i udbudsdirektivets forstand¹⁴⁶. En potentiel mulighed, for at der i fremtiden sker overdragelse af OPP kontrakten til tredjemand, er ikke afgørende i denne kontekst, da overdragelsen først skal vurderes, når begivenheden reelt har fundet sted¹⁴⁷.

Eftersom et OPP selskab består af flere juridiske personer etableret som aktieselskaber eller anpartsselskaber, vil der løbende ske udskiftning i deres ejerkredse. Dette er en naturlig konsekvens af at være etableret som en juridisk person og det vurderes, at det ikke i sig selv er problematisk i vurderingen af om en således ændring er væsentlig. Ændringer af ejerkredse er derfor kun kontroversielt og på kant med udbudsretten, såfremt det er en bevidst udvist adfærd for omgåelse af EU-rettens regler om indgåelse af offentlig udbud¹⁴⁸.

Hvorvidt det er en væsentlig ændring når der kommer en ny juridisk privat part, grundet en fusion eller en virksomhedsoverdragelse, berør på en konkret vurdering. Objektivt set er fusionen eller virksomhedsoverdragelsen en naturlig del af den samfundsmæssige udvikling i markedet, og vil derfor ikke være en omgåelse af udbudsreglerne. Derimod taler det for en omgåelse, hvis fusionen eller virksomhedsoverdragelsen gennemføres i umiddelbar forlængelse af kontraktens tildeling. Mens det modsatte er tilfældet jo længere frem i kontraktperioden at udskiftningen gennemføres.

¹⁴⁵ Sag C- 26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 I-1.

¹⁴⁶ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 47.

¹⁴⁷ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 47.

¹⁴⁸ Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, præmis 51 og 52.

4.9 Delkonklusion

Hvis ordregiver vil gennemføre ændringer i kontraktopfyldelsesperioden skal dette ske ved iagttagelse af EU rettens grundlæggende rettigheder og i særdeleshed principperne og ligebehandling og gennemsigtighed.

Ud fra analysen kan det konkluderes, at den offentlige part godt kan gennemføre ændringer i prisen uden hjemmel, så længe de ikke er væsentlige og kan objektivt begrundes. Ændringer i prisen uden hjemmel kan gennemføres når dette ikke sker til fordel for tilbudsgiver eller når det blot er som konsekvens af omregning af en møntfod, da dette har karakter af objektivitet. Hjemlede prisændringer må gerne afvige fra det først aftalte såfremt de er ubetydelige og objektivt begrundet. På EU Rettens nuværende udviklingstrin kan ordregiver med hjemmel i kontrakten afvige prisen med, 10 % selvom det er til fordel for tilbudsgiver, da hjemlen bevidner at det ikke var parternes hensigt at genforhandle kontrakten.

Yderligere kan det af analysen udledes at den offentlige part har mulighed for, at ændre i kontraktens genstand, og i særlige tilfælde også hjemmel hertil i udbudsdirektivets artikel 31 stk. 4 litra a og artikel 61. Hvis den offentlige part ændrer kontraktens genstand via hjemmel i kontrakten er der krav til at den er klar og præcis, så den i sig selv også har været genstand for udbud, og i særdeleshed hvis dens værdi er over tærskelværdierne. Udvidelser af kontraktens genstand, som ikke er omfattet af disse undtagelser, og som ikke har hjemmel i kontrakten, er væsentlig hvis de er af betydelig omfang medfører nye ydelser som ikke oprindeligt var fastsat i OPP kontrakten. Den offentlige part skal derfor vurdere værdien af ændringerne i kontraktens genstand i forhold til kontraktens værdi, da dette er afgørende for muligheden for gennemførelse af ændringen.

Det konkluderes, at den offentlige parts mulighed for, at udskifte OPP selskabet er meget snæver, på trods at hjemmel hertil i kontrakten. Dette skyldes at OPP selskabet har været afgørende for ordregivers tildeling af kontrakten. Step-in klausuler må derfor fortolkes indskrænkende og skal derfor i særdeleshed være formuleret præcist, klart og utvetydigt, samtidig med krav om at den nye private part opfylder de sammen egnethedskrav som OPP selskabet. Endvidere vil udskiftning af OPP selskabet i umiddelbar forlængelse af tildeling af OPP kontrakten betragtes som en omgåelse af udbudsreglerne, og konkluderes derfor ikke at være en mulighed for den private part. Hvis der ikke er hjemmel for udskiftningen skal det være objektivt begrundet, hvilket kan konkluderes at være tilfældet ved udskiftning i virksomhedens ejerkreds.

Del III – Økonomisk analyse

Kapitel 5 – Økonomiske kriterier i en optimal OPP kontrakt

5.1 Indledning

Når den offentlige part skal indgå en OPP kontrakt er der mange forskellige faktorer, der skal vurderes og tages stilling til for at sikre en optimal kontrakt. Der skal eksempelvis sikres at den private part udfører sine opgaver bedst muligt indenfor kontraktens rammer. Ordregiver har derfor mange faktorer og elementer der skal overvejes, opvejes og indskrives i OPP kontrakten. Idet en OPP kontrakt kan udgøre mange forskellige projekter såsom, anlægning af veje, skolebyggeri, statsbygninger m.v. er der i den økonomiske analyse valgt kun at analysere på en OPP kontrakt om bygge og anlæg med efterfølgende drift. Endvidere er der valgt at fokusere på fire kriterier som den offentlige part bør tage stilling til ved udarbejdelse en efficient OPP kontrakt, med henblik på at minimere transaktionsomkostningerne ex post. Disse elementer udgør; samarbejde, incitament, genforhandling og kontraktform. Hvilket analyseres nærmere i kapitel 6.

I dette kapitel vil fokus først være at redegøre for, hvilken efficiens betragtning, som den økonomiske problemformulering skal analyseres ud fra. Dernæst gives der en introduktion til transaktionsomkostningsbegrebet, som anvendes i den økonomiske analyse. Hvilket efterfølges af en analyse af ex ante transaktionsomkostningerne der opstår ved indgåelse af en OPP kontrakt. Herefter vil kapitlet introducere teorien om lukkede og fleksible kontraktformer med fokus på hold up situationen i en OPP kontrakt. Kapitlet afsluttes med en afvejning af analysen.

5.2 Efficiensbegrebets anvendelse i analysen

Definitionen af en efficient kontrakt kan betragtes ud fra ønsket om at opnå en bestemt efficiens tilstand. I den forbindelse er Pareto-efficiens yderst aktuel. De forskellige allokeringer i en kontrakt er derfor Pareto-optimale, når alle ressourcer anvendes der hvor de har størst nytte¹⁴⁹, fordi det antages at ingen rationelle parter vil indgå en kontrakt såfremt de taber på indgåelse af kontrakten. Når parterne har indgået kontrakten vil de anerkende ændringer når ingen parter stilles ringere når nogen stilles bedre, hvilket kaldes en Pareto-forbedring¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Eide, Erland og Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, 2008 s. 107

¹⁵⁰ Eide, Erland og Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, 2008 s. 109-110

Derudover er det grundet kontraktens lange varighed essentielt at sikre den korrekte balance mellem kortsigtede og langsigtede interesser. Omdrejningspunktet er derfor indenfor rammerne af Pareto-efficiens at skabe en dynamisk efficiens¹⁵¹ – som bedst beskrives ud fra den beskyttelse, som en patenthaver oplever indenfor patentretten. Her beskyttes virksomheder med eneret til deres opfindelser i en given periode, og derved skaber dette incitament til at investere mod beskyttelse, der sikrer, at investeringen tjenes hjem igen. Dynamisk efficiens skabes derved, når der opnås den rette balance mellem kort- og langsigte hensyn. Dette vurderes også at være essensen i en OPP kontrakt, da den samlet set hen over hele kontraktopfyldelsesperioden skal være efficient samtidig med, at kontraktens indhold også skal indeholde kortsigtede efficient løsninger. Endvidere skaber kontrakten et bilateralt monopol, mod forventningen om på sigt at skabe value for money.

Besvarelse af det økonomiske spørgsmål vil derfor ske ud fra en betragtning om skabelse af en dynamisk Pareto-efficient OPP kontrakt og om muligt under kontraktforløbet skabe Pareto-forbedringer.

5.3 Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger består af de omkostninger, der opstår på baggrund af de transaktioner, der sker mellem to parter, når de kontraherer en kontrakt. Omkostningerne har ikke forbindelse til de reelle omkostninger, som kommer til udtryk ved opfyldelse af en kontrakt. Såfremt der var fuld information mellem parterne i en forhandling, ville der ikke opstå transaktionsomkostninger, og rationelle parter ville selv finde den efficiente løsning. I erkendelse af at dette langt fra er hovedreglen, har Oliver E. Williamson¹⁵² belyst at transaktionsomkostninger opstår ex ante og ex post. Ex ante er transaktionsomkostninger karakteriseret ved at være omkostninger til indgåelse af en kontrakt, såsom omkostninger til søgning, forhandling etc.. Mens ex post transaktionsomkostninger opstår på baggrund af transaktioner angående genforhandling, nye søgeomkostninger, fortolkning af kontrakten etc.. Williamson belyser derfor, at størrelsen af transaktionsomkostninger ex ante og ex post er individuelt afhængige af hinanden, da størrelse af ex ante transaktionsomkostninger har indflydelse på størrelsen af ex post transaktionsomkostninger og omvendt¹⁵³.

¹⁵¹ Stiglitz, Joseph E. og Walsh, Carl E.; *Economics*, 2006 s. 457-458

¹⁵² Williamson, Oliver E., *The economic institutions of capitalism*, 1985.

¹⁵³ Williamson, Oliver E.; *The economic institutions of capitalism*, 1985 s. 20-21

Omfanget og størrelsen af transaktionsomkostninger varierer alt efter kontraktens længde, dens type, indhold og kompleksitet. Komplekse og langvarige kontrakter har tendens til at have forholdsvis høj frekvens af transaktionsomkostninger, mens frekvensen er mindre ved simple og standardiserede kontrakter. Transaktionsomkostningerne ved komplekse kontrakter vil derfor være forholdsvis høj ex ante, idet der først bruges ressourcer på at søge informationer og dernæst på forhandling. En proces der har til formål er at minimere transaktionsomkostningerne ex post, da en præcis og detaljeret kontrakt vil minimere eller helt eliminere eventuelle tvister ex post. I relation hertil er det vigtigt at inddrage Williamsons adfærdsantagelser – begrænset rationalitet og opportunistisk adfærd – til forklaring af transaktionsomkostningers opståen.

5.3.1 Begrænset rationalitet og Opportunistisk adfærd

Det antages at aktører er begrænset rationelle. Her menes den begrænsning, der er på aktører, idet de umuligt kan agere fuld rationelt, da ikke alt kan forudses¹⁵⁴. Begrænset rationalitet vil derfor altid påvirke kontraheringen af en kontrakt. Idet aktører er begrænset rationelle, opstår der risiko for opportunistisk adfærd. Hermed menes, at en aktør altid i en vis grad vil handle med egen interesse for øje grundet deres begrænsede rationalitet. Begrænset rationalitet og opportunistik er derfor stærkt forbundet og medfører tilstande med ufuldstændig information, hvor aktører handler ensidigt for at tilgodese deres egen interesse¹⁵⁵. Disse adfærdsantagelser er derved med til at skabe transaktionsomkostninger ex ante og ex post.

5.4 Uundgåelige transaktionsomkostninger for ordregiver ved indgåelse af OPP kontrakter

Indgåelse af OPP kontrakter kan ikke gennemføres uden ex ante transaktionsomkostninger. Dette skyldes, at der ved indgåelse af OPP kontrakter er krav om offentliggørelse og overholdelse af udbudsdirektivets bestemmelser¹⁵⁶. I det følgende analyseres hvilke transaktionsomkostninger som ordregiver har ved indgåelse af en OPP kontrakt.

¹⁵⁴ Milgrom, Paul og Roberts, John, *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 129-130

¹⁵⁵ Williamson, Oliver E.; *The economic institutions of capitalism*, 1985 s. 47

¹⁵⁶ Se afhandlingens kapitel 3.

5.4.1 Før offentliggørelse

Transaktionsomkostningerne opstår allerede før udbudsprocessen er startet, da den offentlige part indledningsvis skal vurdere og beregne, om projektet egner sig til at blive gennemført som et OPP projekt¹⁵⁷ eller om det er mere lønsomt at udbyde som almindelig offentlig kontrakt eller om opgaven skal udføres in house. Den offentlige part skal i den forbindelse vælge den kontrakttype der er mest omkostningseffektiv, således at udbuddet gennemføres og drives med de laveste samfundsøkonomiske omkostninger¹⁵⁸. I den forbindelse skal ordregiver indhente information om projektets forventede omkostninger, tidsforbrug, projektets risici etc.¹⁵⁹.

Det indledende arbejde er derfor en ex ante transaktionsomkostning, der må betragtes som en sunk cost, da denne omkostning er tabt, når afklaringen foreligger. Den offentlige part skal derfor i denne fase afdække, hvilke behov de har og hvordan de ønsker at rammerne for dem skal være. Foruden disse overvejelser er det vigtigt, at den offentlige part indhenter information om de formelle regler for indgåelse af en OPP kontrakt. De skal med andre ord have kendskab til udbudsreglerne for indgåelse af en OPP kontrakt inden offentliggørelse af deres udbudsbekendtgørelse i TED¹⁶⁰. Når den offentlige part har analyseret på dette, er de klar til at udbyde opgaven og udbudsprocessen starter derved.

Alt dette forarbejde er meget ressourcekrævende for den offentlige part og er således en proces. Det antages dog, at jo flere gange en ordregivende myndighed har gennemført disse analyser, jo mindre transaktionsomkostninger skaber det på sigt. Erfaring med udbud har derfor en stor betydning for niveauet af transaktionsomkostninger i denne fase og derfor vurderes de at falde over tid.

5.4.2 Under udbudsprocessen

Efter forundersøgelserne starter udbudsprocessen med offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen i TED. Idet en OPP kontrakt indeholder mange forskellige aspekter, og fordi den ordregivende myndighed ikke har det fornødne overblik over, hvorledes projektet skal forløbe eller ud-

¹⁵⁷ Indén, Tobias & Olesen, Karsten Naundrup, *Offentlig-Privat Samarbejde*, 2012, s. 44

¹⁵⁸ Hagen, Kåre P., *Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*, 2005, s. 127

¹⁵⁹ Erhvervs- og byggestyrelsen; OPP-Markedet i Danmark 2005-2010, s. 34-26.

¹⁶⁰ Tenders electronic daily – er den Europæiske database hvor udbud skal offentliggøres.

formes, anses det for mest anvendeligt at udbyde kontrakttypen via konkurrencepræget dialog¹⁶¹. Denne udbudsform må jf. udbudsdirektivets artikel 29 kun anvendes ved særlige komplekse kontrakter¹⁶² og tillader, i modsætning til de andre udbudsformer, en dialog mellem de prækvalificerede private parter og den offentlige part.

Når udbudsbekendtgørelsen offentliggøres opfordres kvalificerede tilbudsgivere til at give tilsagn om deltagelse i udbuddet, og ordregiver vælger minimum tre tilbudsgivere, som de ønsker at indgå i dialog med¹⁶³.

I dialogfasen indgår ordregiver i individuel dialog med hver enkelt af de udvalgte tilbudsgivere. Tilbudsgiverne identificerer, hvilke behov som ordregiver har og hvordan de bedst kan dække dem¹⁶⁴. Dette er en vigtig proces, hvor parterne overfører viden til hinanden, som skal danne grundlag for et eventuelt fremtidigt samarbejde. Økonom Sidney G. Winter har opstillet nogle taksonomiske dimensioner af viden som et aktiv¹⁶⁵ og identificerer, at viden som ikke er observerbar, kompleks og ikke håndgribelig oftest er svær at beskrive og identificere. Modsat er simpel, observerbar og håndgribelig viden nemmere at formidle parterne imellem. Så selvom dialogfasen er en proaktiv proces hvor parterne forsøger at finde optimale løsninger, kan denne disciplin vanskeliggøres, alt efter hvilken type viden der skal overføres mellem parterne. Parterne forsøger at minimere den asymmetriske information imellem dem når de overfører viden til hinanden, men da begge parter er bevidst om sandsynligheden for, at opportunistisk adfærd opstår hvis for meget viden overføres, er dette en svær disciplin. Denne fase er derfor meget essentiel for hele projektet, da kontraktens indhold og gennemførelsesgrund dannes her.

Dette er en svær fase, da parterne i sidste ende skal videreføre den fornødne viden til hinanden for at sikre den mest økonomisk fordelagtig løsning. Transaktionsomkostningerne er især centreret omkring dialogfasen, da specielt tilbudsgiverne bruger mange ressourcer på at identificere, hvad ordregiver helt præcist har af behov, og hvorledes de bedst kan opfylde dem.

¹⁶¹ KOM(2004) 327, pkt. 25. Se evt. Sue Arrowsmith vurdering af konkurrencepræget dialogs anvendelighed i; *The law of public and utilities procurement*, 2005, s. 629.

¹⁶² Jf. udbudsdirektivets artikel 1 stk. 11, litra c. Ved særlige komplekse kontrakter forstås således, de kontrakter hvor det ikke er objektivt muligt at præcisere de tekniske vilkår, de finansielle og/eller juridiske forhold på forhånd.

¹⁶³ Jf. udbudsdirektivets artikel 44 stk. 3, andet afsnit.

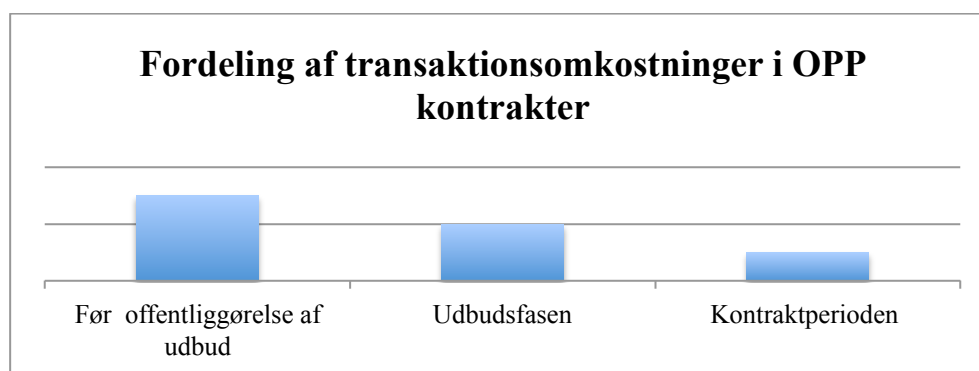
¹⁶⁴ Jf. udbudsdirektivets artikel 29 stk. 3 og stk. 5

¹⁶⁵ Winter, Sidney G., *Knowledge and Competence as Strategic Assets*, 1987, s. 168

Efter endt dialog starter tilbudsfasen, hvor tilbudsgiverne opfordres til at komme med deres tilbud. Idet dialogfasen er afsluttet, har parterne ingen mulighed for at udfærdige eventuelle tvivls spørgsmål, og viden må derfor ikke længere udveksles mellem parterne. Tilbuddene må allerhøjest afklares, præciseres eller tilpasses, såfremt tilbudsgiver har lavet småfejl eller lignende¹⁶⁶. Til sidst tildeles udbuddet til den tilbudsgiver der har det økonomisk mest fordelagtige tilbud¹⁶⁷ og efter stand-stil perioden kan kontrakten tildeles og kontraktperioden dernæst begynde.

Ovenstående bevidner at hele proceduren omkring indgåelse af OPP kontrakten gennem konkurrencepræget dialog er aldeles ressourcekrævende og fører derfor mange transaktionsomkostninger med sig. Økonomisk kan udbudsregler beskrives som værktøjer til at minimere den asymmetriske information der er imellem parterne, for at sikre at ordregiver vælger den bedste private part ud af de bydende. Det er derfor en balance for ordregiver at sikre undgåelse af adverse selection¹⁶⁸ problemer samtidig med minimering af deres transaktionsomkostninger mest muligt.

Ordregiver har derimod mulighed for at påvirke selve indholdet i en OPP kontrakt og derved også transaktionsomkostningerne forbundet herved. Det vurderes derfor at være målet for ordregiver er, at koncipere en OPP kontrakt hvor transaktionsomkostningerne forholder sig som vist i følgende figur 2.



Figur 2¹⁶⁹

¹⁶⁶ Jf. udbudsdirektivets artikel 29 stk. 6, 2. Afsnit. Kommissionen understreger i deres Explanatory Note (CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005) til konkurrencepræget dialog, at muligheden for yderligere drøftelser eller forhandlinger er begrænsede. Se notens punkt 3.3.

¹⁶⁷ Jf. udbudsdirektivets artikel 29 stk. 1 og artikel 53.

¹⁶⁸ Adverse selection er en betegnelse for ex ante opportunisme. (Kilde: Williamson, Oliver E., *The economic institutions of capitalism*, 1985. S. 47).

¹⁶⁹ Egen tilvirkning, og skal illustrere at transaktionsomkostningerne i kontraktopfyldelsesperioden skal være så lav som muligt.

Med henblik på skabelse af minimale transaktionsomkostninger i kontraktopfyldelsesperioden introduceres i det følgende afsnit ordregivers valg mellem den lukkede og den fleksible kontraktform.

5.5 Lukket og fleksibel kontrakt

Freddy Huet og Stephane Saussier¹⁷⁰ ser ingen grund til at den offentlige part ikke skal udbyde offentlige kontrakter i situationer, hvor den private part kan gennemføre det med lavere omkostninger end det offentlige. Private aktører har mere fokus på omkostningsminimering, da de efter det neoklassiske paradigme agerer ud fra målet om profitmaksimering¹⁷¹ mens det offentlige ikke har samme muligheder, da deres formål er at sikre levering af offentlige ydelser til almenheden, hvor der ikke eksisterer krav om afkast til aktionærerne¹⁷².

Men trods dette er det ikke en selvfølge, at offentligt udbud altid giver de laveste omkostninger og den bedste kvalitet. For opnåelse heraf er det vigtigt at få klarlagt hvilken kontraktform som en OPP kontrakt bør indgås som, da valget mellem den lukkede¹⁷³ og fleksible kontrakt jf. Freddy Huet og Stephane Saussier¹⁷⁴ har betydning for størrelsen af transaktionsomkostninger.

Den lukkede kontrakt kan sammenlignes med en standardkontrakt hvor parterne ikke har mulighed for at forhandle eller inddrage nye informationer i kontraktopfyldelsesperioden. Den lukkede kontrakt giver derfor gode incitamenter til at gennemføre specifikke investeringer ex ante, dog med risiko for at ende fanget i kontrakten ex post, såfremt usikkerhed eller forudsete hændelser opstår¹⁷⁵.

Den fleksible kontrakt er karakteriseret ved at være åben, da den giver parterne mulighed for inddragelse af ny information undervejs i kontraktopfyldelsesperioden og kan derfor håndtere den usikkerhed, der eventuelt måtte opstå. Denne kontraktform medfører derimod risiko for op-

¹⁷⁰ Huet, Freddy and Saussier, Stéphane; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003.

¹⁷¹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi – Om videnskabsidealer, forklaringstyper og forskningstraditioner*, 1991 s. 271-272.

¹⁷² Hagen, Kåre P., *Økonomisk politik og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*, 2005, s. 127

¹⁷³ De anvender begrebet: *Secure Contract* – og det er således i denne afhandling valgt at anvende begrebet lukket kontrakt, for at symbolisere at kontrakten i sin helhed ikke har mulighed for ændringer.

¹⁷⁴ Huet, Freddy and Saussier, Stéphane; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003.

¹⁷⁵ Huet, Freddy and Saussier, Stéphane; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003. S. 416

ståen af opportunistisk adfærd, der ikke fremmer incitamentet til at gennemføre aktivspecifikke investeringer ex ante, som måske ellers er det mest optimale for kontraktens gennemførelse. Huet og Saussier argumenterer derfor for, at meget usikre transaktioner skal håndteres med fleksible kontrakter, hvor transaktioner med høj frekvens af aktivspecifik investering skal udarbejdes som lukkede kontrakter¹⁷⁶.

Begge kontraktformer har derved økonomiske fordele og ulemper som der skal tages i betragtning ved vurdering, af hvilken kontraktform der medfører den mest dynamisk effektive OPP kontrakt.

5.4.1 Hold up og aktivspecifik investering

Hold up er post-kontrakt opportunistik, der opstår fordi kontrakter er imperfekte og ufuldstændige, hvilket giver parterne mulighed for at gøre brug af de mangler som kontrakten eventuelt indeholder til fordel for dem selv¹⁷⁷. Dette sker typisk, fordi kontraktforholdet kræver aktivspecifikke investeringer og derved opstår der afhængighed mellem parterne.

Aktivspecifikke investeringer udgør, ifølge Williamson¹⁷⁸ de investeringer, hvor deres alternative anvendelse har størst værdi i relationen mellem parterne end udenfor. Dette skaber derfor et afhængighedsforhold mellem parterne, og parterne opnår herved en quasi-rent¹⁷⁹. Men da parterne betragtes som begrænset rationelle, gør aktivspecifik investering dem sårbare overfor opportunistisk adfærd. Det kan eksempelvis være udefrakommende hændelser der medfører den opportunistiske adfærd, der i værste fald kan ende i en hold-up situation. Såfremt det var muligt at kontrahere en komplet kontrakt var hold-up¹⁸⁰ ikke aktuelt, og parterne ville således ikke handle opportunistisk.

Begge parter er i en situation hvor de begge har investeret i relationen, og derfor skaber dette en form for bilateralt monopol, hvor udgangspunktet, er at ingen af parterne kan udskiftes¹⁸¹. Begge parter har derfor en interesse i at få et optimalt samarbejde, og derved mindsker det sandsynlig-

¹⁷⁶ Huet, Freddy and Saussier, Stéphane; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003. S. 417.

¹⁷⁷ Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 138

¹⁷⁸ Williamson, Oliver E.; *The economic institutions of capitalism*, 1985

¹⁷⁹ Foss, Nicolai Juul og Raaschou-Nielsen, Agnete; *Indledning til Rets-og Kontraktøkonomi*, 1997, s. 95

¹⁸⁰ Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 136

¹⁸¹ Lando, Henrik; *A Perspective on the Allocation Risk in Large Construction Projects – A theoretical View Informed by Øresund Experience*, 2010, s. 13

heden for klassisk hold up. På trods af dette giver det samtidigt OPP selskabet en bedre forhandlingsposition end før kontraktindgåelsen, da OPP selskabet var under konkurrence om at få udbuddet, og derfor har OPP selskabet mulighed for at skabe en hold up situation. Dette kan eksempelvis være i situationer hvor de vil have dækket nogle øgede omkostninger eller udsat deres deadlines. Ordregiver skal derfor minimere OPP selskabets muligheder for hold up, for at minimere transaktionsomkostningerne.

Det faktum at begge parter har investeret i relationen og opnået en quasi-rent herved, gør at der eksisterer en risiko for hold-up. OPP kontrakten skal derfor indeholde kriterier der minimerer parternes mulighed for skabelse af en hold up situation.

5.5 Afvejning

Den offentlige part står overfor valget mellem den lukkede og fleksible kontrakt som kontraktform for OPP kontrakten. Begge kontraktformer har deres fordele og ulemper på baggrund af antagelsen om at kontraktens parter er begrænset rationelle, og fordi der eksisterer aktivspecifik investering med mulighed for skabelse af en hold up situation. Yderligere udgør muligheden for genforhandling i den fleksible kontrakt et vigtigt element, at dette stiller mindre krav til forudsigelighed. I den forbindelse er der flere kriterier der skal analyseres inden valget af kontraktform kan afgøres og disse analyseres derfor i kapitel 6.

Kapitel 6 – Optimale kriterier i en OPP kontrakt

6.1 Indledning

Formålet med kapitel 6 er at analysere, ud fra perspektivet om at minimere transaktionsomkostningerne ex post, hvordan den offentlige part sikrer indgåelse af en efficient OPP kontrakt. De udvalgte kriterier som antages at være vigtige i den sammenhæng er: samarbejde, incitamenter, genforhandling og kontraktform.

Analysen er opbygget ved først at analysere hvordan anvendelse af incitamenter har betydning for OPP kontrakten og dernæst analyseres hvorledes genforhandling bør tillades i forhold til dets konsekvenser for OPP kontraktens efficiens. Løbende i analysen bliver kontraktformerne lukket og fleksibel kontrakt – introduceret i kapitel 5 – inddraget, da incitamenter, samarbejde og genforhandling har en afgørende betydning for valg af kontraktform

6.2 OPP som en relationel kontrakt

Selvom Huet og Stephane Saussier's ¹⁸² definition, af den optimale kontraktform ser på minimering af transaktionsomkostninger og hold up er det vigtigt, at OPP kontrakten også skaber gode relationer mellem den offentlige og private part. Deres samarbejde har en lang tidshorisont, hvor opportunisme ikke er en ønskelig situation. Kontrakten bør derfor skabes på et godt fundament hvor fokus er på kontraktens fælles mål, fremfor individuelle mål. Til at beskrive dette formål bruges begrebet: relationel kontrakt. Med dette begreb menes en kontrakt hvor de kontraherende parter har skabt en relation mellem sig, der definerer rammerne for, hvem der gør hvad og hvem der har retten til at handle ved eksempelvis opståen af uforudsete hændelser¹⁸³. For sikring af en optimal kontrakt af denne type er det vigtigt at parterne på baggrund af deres begrænsede rationalitet ikke indbydes til at handle opportunistisk, men at parterne i stedet for skaber et fælles fundament at arbejde ud fra. Denne relationelle kontrakt har derved fokus på partnerskabelse og på hvordan samarbejdet skal afspejle sig i fremtiden¹⁸⁴.

Præcis dette fokus vurderes at være vigtigt i en OPP kontrakt. OPP kontrakten skal derfor ikke være karakteriseret ved ensartede bestemmelser, men derimod afspejle parternes fælles mål for

¹⁸² Huet, Freddy and Saussier, Stéphane; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003.

¹⁸³ Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 131

¹⁸⁴ Andersen, Niels Åkerstrøm, *Partnerskabelse*, 2006, s. 136.

kontrakten. Desforuden skal den danne rammerne om samarbejdet samtidig med, at den skal have en vis grad af præcision. Det er vigtigt, at kontrakten afspejler dette i dens bestemmelser, og anvendelse af de korrekte incitament er meget centrale i den kontekst. OPP kontrakten skal derfor have fokus på disse relationer uanset dens kontraktform.

6.2.1 Samarbejde og tillid

I skabelse af den gode relationelle OPP kontrakt er et godt samarbejde mellem den offentlige part og OPP selskabet alfa omega, da dette danner hele fundamentet for kontrakten. Fundamentet for et godt samarbejde bygges derfor på gensidig tillid¹⁸⁵, hvilket sikres gennem fælles mål i stedet for at parterne arbejder efter egne individuelle mål. Når først en af parterne vælger at handle i egen interesse, kan det i værste fald resultere i moral hazard¹⁸⁶ problemer, og derved medføre transaktionsomkostninger. Det er ikke altid en forudsætning, at parterne kan observere hinandens handlinger, da det eksempelvis kan være svært for den offentlige part at se, om OPP selskabet bruger deres bedste arbejdsmænd eller gør nok for at anvende de bedste underentreprenører.

Den offentlige part kan derfor vælge at anvende monitorering til at observere den private part indsats. Monitorering er oftest meget omkostningsfuldt¹⁸⁷ og bør derfor anvendes, hvor der er noget konkret at måle på. Overvågning kan derfor være principalens værktøj til at sikre optimal indsats af agenten og potentielt minimere den opportunistiske adfærd. Monitorering er ikke kun et kontrolmiddel af negativ karakter, men kan også anvendes som et værktøj til at belønne den private part, såfremt de gennemfører handlinger som har en positiv effekt på samarbejdet. Selvom monitorering kan anvendes positivt til belønning af private part, kan det være problematisk at anvende i praksis. Dette skyldes, at der ikke altid er en entydig sammenhæng mellem den indsats som OPP selskabet yder og det resultat som den offentlige part oplever¹⁸⁸, og dette vurderes ikke at kunne registreres ved anvendelse af monitorering.

Endvidere er der risiko for, at anvendelse af monitorering skaber mistillid mellem parterne, agenter der føler sig overvåget kan betragte dette som mistillid, hvilket langt fra gavner et sam-

¹⁸⁵ Jones, G., *Incentivising public service contracts: a methodology and recommendations*, 1997, s. 233.

¹⁸⁶ Moral Hazard er en betegnelse for den opportunistiske adfærd som der opstår ex post. (Kilde: Williamson, Oliver E., *The economic institutions of capitalism*, 1985. S. 47).

¹⁸⁷ Stiglitz, Joseph E. og Walsh, Carl E.; *Economics*, 2006 s. 366

¹⁸⁸ Hagen, Kåre P., *Økonomisk politik og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*, 2005, s. 124

arbejde, når hele kontrakten er opbygget på baggrund af et partnerskab. I stedet bør parterne bruge tid og ressourcer på at oparbejde god tillid til hinanden. God tillid sikrer udveksling af informationer og viden i samarbejdet, og parterne har derfor bedre forudsætninger for at kontrakten skaber value for money. Det vurderes derfor at være vigtigt at den offentlige part indtager en rolle hvor den forsøger at give plads til, at den private part informerer om projektets forløb, hvilke udfordringer de har og hvorledes disse eventuelt kan løses indenfor kontraktens rammer. Selvom en risiko allerede er allokeret, kan der opstå hændelser som OPP selskabet ikke kan løse uden hjælp fra den offentlige part. På baggrund heraf vurderes det, at tillid og informationsdeling er vigtig, for at sikre den mest effektive løsning. Den offentlige parts rolle må derfor ikke kun være passiv og observerende men skal også være imødekommende og ”hands on” på kontrakten¹⁸⁹.

Det er dog også vigtigt, at den private part opretholder sin interesse i at levere en god ydelse og fortsætter sin innovative tankegang, således at det sikres at den private part ikke mister sit incitament for det gode samarbejde, når de efter en årrække har fået deres investering tjent ind.

6.2.2 Kontraktens klarhed

Idet det antages at de kontraherende parter har en opportunistisk adfærd vil de have en tendens til at fortolke og anvende bestemmelser til fordel for dem selv. Hvilket kan have en negativ indflydelse på samarbejdet mellem parterne. Ordlyden af OPP kontraktens bestemmelser bør derfor være så klar og præcis som mulig for at minimere sandsynligheden for moral hazard problemer, på grund af fortolkningsmæssige uoverensstemmelser imellem parterne. Dette bør derfor være et vigtigt fokusområde ved udarbejdelsen af OPP kontrakten, da uoverensstemmelser grundet forskellig fortolkning af kontraktens bestemmelser kan medføre ekstra omkostninger og forsinkelser. I værste fald kan moral hazard problemerne resultere i at konflikten skal afgøres ved en domstol eller voldgift. Dette er ikke altid den mest optimale løsning, da det oftest er svært for en dommer at verificere de givne handlinger, da det reelt kun er de kontraherende parter der kender den reelle hensigt med de givne bestemmelser¹⁹⁰. Dommerens verificeringsproblemer skaber en sandsynlighed for, at kontraktens ikke fortolkes i overensstemmelse med hensigten, og derfor er dette et argument for, at kontraktens bestemmelser skal være så præcise som muligt.

¹⁸⁹ Jones, G., *Incentivising public service contracts: a methodology and recommendations*, 1997, s. 234.

¹⁹⁰ Tirole, Jean, *Incomplete Contracts: Where do we stand?*, 1999, s. 754.

Klarhed og god relationer der skaber tillid og samarbejde er derfor vigtige i en OPP kontrakt. Derfor vil næste afsnit analysere hvordan incitamentet kan styrke samarbejde og samtidig styrke kontrakten.

6.3 Principal – Agent forhold

Principal-agent teorien beskriver den situation hvor en agent handler på vegne af en principal med det formål at fremme principalens mål, i situationer hvor der er asymmetrisk information. Idet agenten har mere information om egne handlinger end principalen, skal principalen engagere agenten til at agere i principalens interesse¹⁹¹. Idet begge parter er begrænset rationelle og der eksisterer skjult information er det nødvendigt for principalen at anvende incitamentet overfor agenten i kontraktgrundlaget. Dette kan derved være med til at minimere eventuelle problemer med moral hazard i kontraktperioden. Moral hazard problemer opstår når parterne ikke kan observere hinandens handlinger, og agenten derfor vælger at handle opportunistisk, hvilket skaber risiko for samtidig at skabe en ineffektiv kontrakt¹⁹². Fundamentet for en efficient kontrakt er derfor at fjerne agentens fokus på egen profit, således at agenten ikke følger egne mål til skade for kontraktens efficiens.

I relation til ovenstående betragtes den offentlige part som principalen og OPP selskabet som agenten, og udtrykker til sammen et principal-agent forhold. Fokus i OPP kontrakten er på samarbejdet og derfor udspiller der sig ikke et klassisk principal-agent forhold. Incitamentet bør derfor medføre at agenten handler i parternes fælles interesse i stedet for kun i principalens interesse. Kontrakten mellem parterne bør derfor indeholde forskellige incitamentet som sikrer at agenten handler i interesse for kontraktens fælles mål. For opnåelse heraf kan nævnes konventionalbod, bonusskemaer, overvågning og skadeserstatning¹⁹³ etc.. Gennem disse mekanismer i kontrakten kan principalen til en vis grad sikre, at agenten anvender de bedste arbejdsmænd, varer af bedste kvalitet, arbejder effektivt m.m..

¹⁹¹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi – Om videnskabsidealer, forklaringstyper og forskningstraditioner*, 1991 s. 290.

¹⁹² Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 168

¹⁹³ Lando, Henrik; *A Perspective on the Allocation Risk in Large Construction Projects – A theoretical View Informed by Øresund Experience*, 2010

6.4 Incitament, risiko og OPP kontrakten

Idet en OPP kontrakt er et udtryk for et principal-agent forhold, er det væsentlig at OPP kontrakten indeholder en incitamentsstruktur, hvor der skabes den rette balance mellem omkostningerne ved at bære en risiko mod resultatet af incitamentets afkast¹⁹⁴. Sammenhængen mellem incitament og risiko kan derfor betegnes som proportionel – enten stigende eller faldende – hvor skabelse af incitament altid medfører en risiko¹⁹⁵.

OPP kontraktens klassiske betalingsstruktur er et eksempel på hvordan incitamentsskabelse medfører en risiko på OPP selskabet, uden at risikoen implicit kommer til udtryk. Incitamentet er at OPP selskabet først har et indgående cash flow, når aktivet tages i brug. OPP selskabet får derfor en risiko på baggrund af dette incitament, og får derved interesse i at yde en ekstra indsats, for at sikre at aktivet er færdigt og klar til ibrugtagning til det aftalte tidspunkt, idet de er afhængige af de indkomne betalinger for at sikre et lønsomt projekt. OPP selskabet bærer derved en risiko som de gennem sin rolle som bygherre kan påvirke og er derfor motiveret til at opfylde afleveringstidspunktet for aktivet. Ved anvendelse af denne betalingsstruktur sikrer principalen at agenten handler i deres fælles interesse.

Erfaringer fra tidligere udarbejdede OPP kontrakter har vist, at parterne finder det vigtigt at risikofordelingen er klar og præcis samt at den risiko som den private part ikke kan påvirke skal være pålagt den offentlige part¹⁹⁶ og vice versa. Det klassiske er derfor, at den private part bærer al risiko forbundet med design, efterspørgsel, medarbejdernes handlinger, tredje mands risiko, vejret, miljøhensyn med flere. Foruden er normen at en OPP kontrakt indeholder en samlet risiko¹⁹⁷, der hvor ingen af parterne har mulighed for at påvirke den givne begivenhed. Dette omfatter situationer såsom force majeure og ændringer af lovgivning¹⁹⁸.

Idet samarbejde og tillid er vigtigt for partnerskabet, vil det i det følgende analyseres hvordan fokus på incitament og samarbejde kan få agenten til at yde det bedste og derved minimere sandsynligheden for moral hazard problemer.

¹⁹⁴ Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 207

¹⁹⁵ Se afhandlingens afsnit 1.7.2 for nærmere forklaring heraf.

¹⁹⁶ Gay, Mindy Jiang Shu, Hwang, Bon-Gang og Zhao, Xianbo; *Public private partnerships projects in Singapore: Factors, critical risks and preferred risk allocation from the perspective of contractors*, 2012, s. 4.

¹⁹⁷ Akintoye, A., m.fl., *The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*, 2005, s. 33-34

¹⁹⁸ Akintoye, A., m.fl., *The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*, 2005, s. 34.

6.4.1 Bonusskemaer ved levering

Incitamentet i en OPP kontrakt skal sikre, at agenten handler i begge parter interesse. Derfor skal udarbejdelsen af bonusskemaer ske med dette in mente. Bonusskemaer kan anvende som incitament for agenten til at handle hurtigere eller for sikring af en høj kvalitet. I den kontekst er det centralt at bonusskemaet udarbejdes med fokus på samarbejde, så opnåelse af bonus ikke er eneste fokusområde for agenten. Ydermere skal bonusskemaer være realistiske, da urealistiske mål ikke vil skabe incitament for agenten, når han indser, at det er umulig at opnå. Dette kan i værste fald medføre den modsatte effekt.

Eftersom OPP kontrakter er opdelt i en bygge- og driftsfase, er det relevant, at der skabes et link imellem disse to faser, således at den indsats som agenten yder i byggefasen også har indflydelse på hans indsats i driftsfasen. Udarbejdelsen af et bonusskema, hvor der opnås bonus ved aflevering af aktivet før tid, kan bidrage positivt til at skabe dette link. Ved at give en sådan bonus vil kontrakten skabe incitament for OPP selskabet til at arbejde hurtigere og medfører incitament for OPP selskabet til at anvende de bedste arbejdsmænd, løse problemer hurtigere, fokusere på overholdelse af deadlines m.v.. Samtidig medfører dette dog en risiko for at der leveres en lavere kvalitet. Dette vurderes derimod at blive reguleret af det link der er til driftsfasen, hvor det er OPP selskabet som står for vedligeholdelsen, og derfor skaber dette incitament til ikke at slække på kvaliteten. Færdiggørelse af byggefasen før tid betyder, at OPP selskabet vil modtage sine betalinger før end kalkuleret, da betalinger fra den offentlige part til OPP selskabet starter når aktivet er leveret.

Det essentielle ved et sådan bonusskema er, at det skaber incitamentet som den private part selv har mulighed for at påvirke, til gavn for kontrakten og parterne. Den offentlige part skaber i denne situation incitament for OPP selskabet til at handle i kontraktens interesse, og parallelt hermed opnås optimal fordeling af risiko, uden at dette fremgår direkte af kontrakten.

Anvendelse af bonusskemaer som incitament i kontraktgrundlaget står derfor i kontrast til anvendelsen af konventionalbod. Anvendelse af en traditionel konventionalbod, vurderes ikke at have den samme effekt som et bonusskema, da den ikke vil have fokus på de ting som OPP selskabet når, men derimod på det der ikke nås. Dette betyder imidlertid ikke, at OPP selskabet frit kan vælge at aflevere aktivet efter det aftalte tidspunkt. Fokus er i stedet på at sikre et optimalt

skema ved forsinkelser, idet forsinkelser kan opstå på baggrund af udefrakommende hændelser. Dette analyseres i det følgende.

6.4.2 Ændringskemaer

Tai-Yeong Chung belyser problemer med underinvestering ex ante i sin artikel om inkomplette langvarige kontrakter og aktivspecifik investering¹⁹⁹. Her beviser han, at parterne kan forhandle kontraktens inkomplethed væk ved at indskrive ændringskemaer i kontrakten. Han antager, at de langvarige kontrakter oftest er inkomplette grundet transaktionsomkostninger og parternes begrænsede rationalitet²⁰⁰. Tai-Yeong Chung mener derfor at indførelse af ændringskemaer der tydeliggør den enkelte part forhandlingsstyrke ved nye allokeringer i takt med at nye informationer dukker op i kontraktperioden skaber en kontraktuel efficiens²⁰¹. Mekanismen i hans teori er at partnere kan påberåbe sig initialkontraktens bestemmelser, såfremt ændringskemaerne ikke indeholder den optimale allokering. Når dette tillades, skabes der incitament til at investere optimalt, da den oprindelige allokering derved gør det omkostningsfuldt at underinvestere. Dette giver derved begge parter incitament til at investere efficient ex ante. Målet er derfor at designe en kontrakt hvor der skabes efficiens i produktionen og investeringer²⁰². I artiklen fremhæver Chung endvidere, at det er domstolen der skal håndhæve initialkontrakten såfremt en af parterne ønsker det. Ved at tillade håndhævelse af initialkontrakten vil parternes investeringsbeslutninger være ex ante efficiente, og derved vil parterne have mulighed for, gennem ændringskemaerne, at opnå en mere efficient løsning ex post.

Der kan derfor argumenteres for at Tai-Yeong Chung i sin teori giver parterne incitament til ikke at underinvestere ex ante, når parterne får mulighed for at håndhæve initialkontrakten. Endvidere vil håndhævelse af initialkontrakten medføre at ingen af parterne vil handle opportunistisk når der skal gennemføres nye allokeringer. Allokeringerne i ændringskemaerne muliggør at parterne kan reagere på nye informationer som kan opstå i en kontraktopfyldelsesperiode. Parterne har derved mulighed for at skabe Pareto-forbedringer. Dette vurderes at være yderst aktuelt for en OPP kontrakt, da ikke alle fremtidige hændelser kan forudses.

¹⁹⁹ Chung, Tai-Young; *Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing*, 1991

²⁰⁰ Chung, Tai-Young; *Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing*, 1991, s. 1031

²⁰¹ Chung, Tai-Young; *Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing*, 1991, s. 1031

²⁰² Chung, Tai-Young; *Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing*, 1991, s. 1036

Chung kan i sin artikel kritiseres for ikke at anerkende vanskeligheden af at aftale nye allokeringer ved kontraktindgåelsen. Derimod synes det umuligt at skabe nogle ændringsskemaer – som ellers er i overensstemmelse med EU udbudsretten – der skaber rammerne for hvilke allokeringer der skal tillades. Ved ændringsskemaerne vil OPP kontrakten fortsat have fokus på incitamentsskabelse. Derfor vil den private part vælge at investere optimalt, hvilket i relation til forsinkelser, har en meget mere positiv effekt en anvendelse af konventionalbod. Konventionalbøder står ikke altid i mål med det som den offentlige part reelt taber ved forsinkelser, og derfor kan ændringsskemaer være med til at sikre levering til tiden.

Med ændringsskemaer der inddeler nye allokeringer skaber det overblik over hvilke konsekvenser som eventuelle handlinger har. Dette giver parterne en mulighed for hurtigere at reagere når der allerede er taget stilling til allokeringen. Dette stiller krav til parternes forudsigelighed, og derfor er det vigtigt med sikring af de korrekte incitament i selve ændringsskemaerne, således parterne ikke bliver tvunget til at håndhæve initialkontrakten når denne ikke længere er det mest efficiente.

Udarbejdelsen af ændringsskemaer er ikke umiddelbart en nem proces, da parterne umuligt kan forudse alle fremtidige hændelser. Det er derfor vigtigt at understrege, at disse ændringsskemaer ikke skaber en komplet kontrakt, men det vurderes at de kan gøre en inkomplet kontrakt mindre inkomplet²⁰³. Ordregiver skal fokusere på skabelse af nogle overordnede rammer for ændringerne, med en grad af præcisering der ikke efterlader tvivl om allokeringerne, men som samtidig ikke er beskrevet ned til mindste detalje. Endvidere skal de være incitamentsskabende, som nævnt i afsnit 6.4. Ordlyden af ændringsskemaerne skal være klar og præcis, således at de nye allokeringer ikke medfører fortolkningsmæssige uoverensstemmelser. Dette skal derfor sikres i ændringsskemaerne, og derfor kræver det grundige overvejelser og beregninger for sikring af optimalitet. Dette er i øvrigt i overensstemmelse med EU Domstolens krav til ændringsklausuler. Endvidere er det vigtigt at ændringsskemaerne bygges på gensidig tillid og samarbejde for eliminering af opportunistisk adfærd. Sandsynligheden for at ordregiver opnår en mere effektiv ramme for ændringsklausulerne gennem samarbejde og tillid er større, end hvis det gøres for egen vindings skyld.

²⁰³ Hvilket er i modsætning til Chung.

Som eksempel på hvordan den offentlige part kan skabe et ændringskema med de korrekte incitamentter kan nævnes et skema der regulerer forsinkelser på grund af vejrforhold.

Forsinkelser kan opstå på baggrund af mange forskellige faktorer, hvor nogle er under OPP selskabets kontrol mens andre er udenfor dets kontrol. Udgangspunktet er, at den private part via sin rolle som byggeherre har ansvaret for forsinkelser grundet vejrforhold. Vejrforhold er en betegnelse for mange forskellige situationer, og er i princippet forhold som hverken den offentlige eller private part kan påvirke. Vejrforhold bør derfor deles op i forskellige kategorier og derudfra vurderes hvilke vejrforhold der taler for at der tillades forsinkelse i byggefasen og hvilke der ikke gør²⁰⁴. Forsinkelser skal gives når vejrforholdet sjældent opstår, da investering i forhindring af sjældne vejrforhold ikke er lønsomt, når sandsynligheden for at det opstår, er lav. Dette kan forklares ud fra en simpel model²⁰⁵, hvor sandsynligheden for at vejrforholdet opstår (f) = 0,02 %, investeringsomkostninger der skal forhindre vejrforholdet (c) = 400.000 og omkostningerne ved forsinkelse (s) = 1.200.000. Selvom det umiddelbart koster mindre at forebygge skaderne af vejrforholdet, vil dette ved indregning af sandsynlighed for at vejrforholdet ikke sker være det mest lønsomme og ej heller være incitamentsskabende for OPP selskabet²⁰⁶. Derimod vil det skabe incitament hos OPP selskabet hvis, de fik forlænget deres tidsfrist ved sjældne og uforudsete vejrforhold, når de har levereret optimal indsats og alligevel ikke kan forhindre forsinkelsen. Dette kan forklares ud fra Chung's teori, da han understreger at ændringskemaerne skal tillades når ny information opstår, da dette sikrer optimal investering ex ante, og derved har OPP selskabet leveret deres mest optimale indsats end hvis der ikke var skabt incitament for dem til at investere optimalt.

Rationalet er derfor, at OPP selskabet ikke kan yde mere end dets optimale indsats og krav om dette vil medføre mistillid imellem parterne. Hvis dette stod alene ville der ikke være noget incitament for OPP selskabet til at forhindre forsinkelser, så derfor skal tidsforlængelse kun tillades når optimal indsats er ydet. Dette rationale forudsætter derved, at ordregiver kan observere OPP selskabets indsats for at forhindre forsinkelserne, og indikerer derved at anvendelse af dette i praksis er forbundet med visse udfordringer. Derimod er det logisk, at det ikke skaber incitament for agenten til at minimere forsinkelser, hvis de ved optimal indsats ikke kan forhindre forsinkel-

²⁰⁴ Lando, Henrik; *A Perspective on the Allocation Risk in Large Construction Projects – A theoretical View Informed by Øresund Experience*, 2010, s. 22-23

²⁰⁵ Tallene er fiktive men illustrerer godt antagelsen bag rationalet.

²⁰⁶ $0,02 \times 1.200.000 \text{ kr.} = 24.000 \text{ kr.}$, hvilket er langt mindre end de 400.000 kr. det koster at forebygge.

serne. Ved at tillade forsinkelser vil dette forhindre moral hazard problemer i at opstå, når agenten kan se, at deres optimale indsats er registeret af den offentlige part. OPP selskabet vil endvidere, når urimelig risiko ikke er pålagt dem, fortsætte det gode samarbejde og partnerskab i driftsperioden.

Ud fra deisen om at effektive kontrakter skal skabe en balance mellem omkostningerne ved at bære en risiko mod de incitamentsresultater der opnås²⁰⁷, er det således klart, at der ikke skal tillades forsinkelser som OPP selskabet godt kan gardere sig imod ved at yde en optimal indsats, hvilket derfor skal fremgå tydeligt af ændringsskemaerne.

6.5 Genforhandling

Tidligere studier har vist at genforhandling er yderst central i skabelsen af en optimal incitamentskontrakt²⁰⁸, og derfor vil det blive analyseret hvilken betydning muligheden for genforhandling i en OPP kontrakt har for parternes strategiske adfærd og kontraktens efficiens. Endvidere vil dette bidrage til afvejningen af valg af kontraktform for en OPP kontrakt.

Genforhandling analyseres af David P. Baron²⁰⁹ hvor han fokuserer på offentlige kontrakter og genforhandling. Formålet med artiklen er, at belyse parternes strategiske adfærd i langvarige kontrakter og derved bevise at genforhandling kan medføre ex ante inefficiens²¹⁰. Han mener således at genforhandling ex post kan medføre ex ante inefficiens, da det skaber adverse selection problemer, såfremt det er tilladt at genforhandle initialkontrakten²¹¹. Det afgørende i hans analyse er således at belyse hvilken strategisk adfærd der udspiller sig, når genforhandling tillades og ny information i forbindelse hermed afsløres, samt hvilken strategisk adfærd begrænsning af observation og verificering medfører af ex post incitamentet ved genforhandling og når investeringer er foretaget.

I sin model antager han at opportunistik opstår på grund af ny information som partnerne får i løbet af kontraktperioden, og fordi kontraktforhandlinger er inkomplette grundet problemer med at verificere opståede problemer.

²⁰⁷ Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 207

²⁰⁸ Jones, G., *Incentivising public service contracts: a methodology and recommendations*, 1997, s. 234.

²⁰⁹ Baron, David P.; *Procurement Contracting, Efficiency, Renegotiation and Performance Evaluation*, 1988

²¹⁰ Baron, David P.; *Procurement Contracting, Efficiency, Renegotiation and Performance Evaluation*, 1988, s. 110

²¹¹ Ved initialkontrakten menes den udbudsretlige kontrakt – og derved de oprindelige bestemmelser i den.

Han beviser i sin artikel, at det er den mulige opportunistiske adfærd der gør, at der ikke vil forpligtes til ikke at genforhandle, da det øger muligheden for ex post gevinst når ny information inddrages i kontrakten, og derfor skaber det ex ante inefficiens²¹². Dette kan bedst illustreres som en situation hvor ordregiver har svært ved ikke at tilkendegive ikke at genforhandle i langvarige kontrakter, da det ikke vil være optimalt såfremt der var mulighed at for forhandle noget mere efficient ex post. Såfremt ordregiver ikke tillader genforhandling vil dette sikre at tilbudsgiver ikke får incitament til at anvende en stærkere strategisk adfærd der øger tilbudsgivers egen gevinst og mindsker ordregivers²¹³.

Ved at tillade genforhandling kan dette medføre at ordregiver gerne vil genforhandle kontrakten når tilbudsgiver afslører sin MC, og det er lige præcis denne opportunistisme som forklarer genforhandlingens rolle i kontrakter. Denne adfærd anerkender begge parter og vil således indregne dette i deres udarbejdelse af initialkontrakten – og således er den kontrakt der blev tilbudt uden mulighed for genforhandling ikke længere efficient, såfremt genforhandling tillades. Så hvis der forpligtes til ikke at genforhandle, skal kontrakten udformes så den ikke giver incitament til at handle opportunistisk når MC afsløres. Tilbudsgiver kan i givet fald anvende en strategisk adfærd hvor han overfor ordregiver afslører sin MC, og derfor vil ordregiver gerne genforhandle, da han kan maximere sin profit til der hvor den marginale værdi er lig med MC. Denne opportunistisme fra ordregivers side vil medføre at ordregivers betaling til tilbudsgiver stiger, og det samme gør det kvantum som der købes. Ordregiver er således havnet i en situation, hvor han på grund af sin opportunistiske adfærd er dårligere stillet, end hvis han havde forpligtet sig til ikke at genforhandle mens tilbudsgiver er bedre stillet²¹⁴.

6.6 Genforhandling og OPP kontrakter

Ved at tillade genforhandling vil parterne have en bedre mulighed for at tilpasse kontrakten efter behov, hvilket umiddelbart virker som en fordel for parterne. Ved at tillade genforhandling behøver kontraktens formuleringer ikke være så præcise og forudsigelige. I teorien er billedet dog ikke så enkelt, hvilket også illustreres af David P. Baron.

²¹² Baron, David P.; *Procurement Contracting, Efficiency, Renegotiation and Performance Evaluation*, 1988, s. 112

²¹³ Baron, David P.; *Procurement Contracting, Efficiency, Renegotiation and Performance Evaluation*, 1988, s. 119

²¹⁴ Da den marginale gevinst er mindre end MC og informationsomkostninger (omkostninger ved at designe kontrakten).

Ved at tillade genforhandling vil det jf. David P. Baron betyde, at der åbnes op for en mulig strategisk adfærd på baggrund af opportunistiske, og derved medføre en inefficent kontrakt ex ante. På den måde som Baron belyser langvarige kontrakter og genforhandling, er det afgørende at opportunistiske ikke opstår, da det skaber en inefficent kontrakt.

Han påpeger, at ordregiver har svært ved at forpligte sig til ikke at genforhandle, da muligheden for mere effektive løsninger undervejs er til stede grundet antagelsen om ny informations opståen på baggrund af tidligere adfærd. Derimod er dette den bedste strategi for ordregiver, da manglende forpligtelse til ikke at genforhandle giver incitament for tilbudsgiver til at udvise en stærkere strategisk adfærd.

Det vurderes derfor at være afgørende, at hvis genforhandling tillades må ordregiver skabe incitament for tilbudsgiver til ikke at handle opportunistisk. Som tidligere nævnt er samarbejde og tillid en vigtig faktor i en OPP kontrakt og derfor kan kontraktens fokus på relationerne imellem parterne minimere den opportunistiske adfærd såfremt genforhandling udgør en del af kontrakten²¹⁵.

Parternes strategiske adfærd kan illustreres gennem spilteori ved at anvende af en payoff matrix. I spilteorien er hovedformålet at illustrere hvilken strategi parterne vælger på baggrund af den andens valg²¹⁶. Parternes payoff afhænger derfor af den andens valg. Traditionelt ender spillet med en ligevægt der udtrykker rationelle agents valg i en strategisk situation²¹⁷. Ligevægten er ikke nødvendigvis det mest optimale for kontrakten eller parterne, men er det bedste mulig resultat som parterne kan opnå på baggrund af deres strategiske valg.

I nedenstående matrix er indsat ordregivers dilemma om hvorvidt han skal tillade genforhandling eller ej, mens tilbudsgiver kan vælge at afsløre sin MC eller at holde den skjult. Alt efter hvilken strategisk adfærd som parterne vælger, vil det medføre forskellige payoffs. Tallene er fiktive, men illustrer hvorledes ordregivers og tilbudsgivers payoff er relateret i forhold til hinanden og deres strategiske adfærd som belyst af Baron²¹⁸.

²¹⁵ Se eventuelt afhandlingens afsnit 6.2.1.

²¹⁶ Rasmusen, Eric; *Games and Information – An introduction to Game Theory*, 2007, s. 19

²¹⁷ Eide, Erland og Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, 2008 s. 125

²¹⁸ Egen tilvirkning. Tallene afspejler fiktivt de payoffs som parterne står overfor ved deres strategiske adfærd.

Ordregiver \ Tilbudsgiver	Skjult MC	Afsløre MC
Ingen genforhandling	3,2	1,1
Genforhandling	2,2	2,3

Figur 3²¹⁹

Ved at gennemføre spillet viser det sig, at uanset hvilken strategi som ordregiver vælger, vil tilbudsgiver følge efter. Hermed menes, at hvis ordregiver vælger ikke at forpligte sig til at genforhandle, vil tilbudsgiver holde MC skjult og payoff bliver (3,2) – hvilket er den kontrakt som parterne har været i offentligt udbud om. Når ordregiver derimod vælger ikke at forpligte sig til ikke at genforhandle, vil tilbudsgiver anvende en stærk strategisk adfærd og derved vil han få et højere payoff mens ordregivers mindskes, og payoff bliver (2,3). Spillet får derved to Nash-ligevægte²²⁰. Matrixens felt i nedre venstre hjørne vil grundet antagelsen om begrænset rationalitet, ikke være en aktuel payoff som parterne kan ende i. Tilbudsgiver vil således ikke vælge ikke at handle opportunistisk når genforhandling er mulig, da hans egen profit bliver større af ikke at gøre det. Matrixens øverste højre hjørne (1,1) udgør en meget usandsynlig situation, da tilbudsgiver ikke har noget incitament til at afsløre sin MC når ordregiver forpligter sig til ikke at genforhandle. Såfremt tilbudsgiver afslørede sin MC når kontrakten var indgået ville dette ende med et mistillidsforhold mellem parterne, da ordregiver ville opdage at tilbudsgivers MC var højere end forventet.

De to Nash-ligevægte udtrykker, at det ikke kan betale sig for nogle af parterne at vælge en anden strategi, når den anden har valgt deres. Dette illustrerer at parterne følger hinandens strategiske adfærd, hvilket har konsekvens for OPP kontraktens efficiens. Hvis parterne ender med payoff (2,3) vil dette resultere i at ordregiver må acceptere et lavere payoff som konsekvens af hans opportunistiske adfærd, mens tilbudsgiver via hans strategiske adfærd får et højere payoff. Foruden at dette påvirker parternes payoff har det også en betydning af deres samarbejde i den rasterende levetid af kontrakten. Grundet deres historisk i genforhandlingssituationer vil ingen af parterne have interesse i at samarbejde af frygt for resultatet heraf, hvilket skaber asymmetriske

²¹⁹ Egen tilvirkning.

²²⁰ Ved Nash-ligevægt forstås den situation hvor ingen part vinder mere ved at ændre deres strategi på baggrund af den forskrevne adfærd. (Kilde: Milgrom, Paul og Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 263.)

information imellem parterne. Derved opstår der moral hazard problemer, hvilket skaber risiko for at efficiente løsninger ikke tiltrædes af parterne i frygt for hinandens strategiske adfærd.

Det kan ud fra ovenstående konkluderes at parterne altid vil handle opportunistisk når genforhandling er muligt, da ingen af parterne har interesse i at den anden part vinder mere end dem selv. Genforhandling vil medføre at ordregiver bliver stillet værre end før genforhandlingen og derved er det ikke Pareto optimalt, på trods af at tilbudsgivers payoff vokser tilsvarende. Initialkontrakten vil derimod udtrykke en Pareto optimal tilstand, selvom tilbudsgivers payoff ikke er lige så stort som ordregivers. Dette skyldes, at udgangspunkt før kontrakten indgås er, at begge parterne har et payoff på nul.

Ud fra Barons artikel bør genforhandling ikke tillades, men eftersom tillid udgør et vigtigt element i en OPP kontrakt vil Barons model udvides med dette element i det følgende afsnit.

6.6.1 Genforhandling og tillid

Baron inddrager ikke tillid og samarbejde i sin model, men da disse faktorer udgør et vigtigt element i en OPP kontrakt vil dette afsnit undersøge om tillid kan skabe efficiens forbedringer for kontrakten i forhold til Barons artikel. Det antages derfor at tillid vil medføre rationelle parter. I relation til den ovenstående payoff matrix vil tillid have en rolle i situationen; (ikke genforhandling, afsløre MC). Umiddelbart vil tilbudsgiver ikke profitmæssigt have nogen interesse i at afsløre sin MC når der ikke kan genforhandles. Det samme gælder for ordregiver der ikke kan handle opportunistisk når der ikke er mulighed for at genforhandle. Endvidere kan afsløring af MC medføre at ordregiver opdager, at de har indgået en dårlig kontrakt, såfremt de ikke har fået afdækket tilbudsgivers reelle MC. Afsløring af MC vil derimod have en betydning i forhold til tilliden og samarbejdet i OPP kontrakten. Hvis tilbudsgiver vælger at afsløre sin MC i en kontrakt der ikke kan genforhandles, antages det, at de kun gør dette når deres MC ligger tæt på den MC som ordregiver i deres forhandling havde afdækket. I så tilfælde vil tilbudsgiver signalere at de vægter tillid i samarbejdet som vigtig. Værdien af tillid i kontrakten vil således være af bilateral interesse og kan derfor medføre et højere samlet payoff uden at nogen af parternes bliver mindre. Dette illustreres i følgende matrix:

Ordregiver \ Tilbudsgiver	Skjult MC	Afsløre MC
Ingen genforhandling	3,2	4,4
Genforhandling	2,2	2,3

Figur 4²²¹

Tankegangen bag ovenstående er, at parterne ved de befinder sig i en langvarig kontrakt hvor tillid og samarbejde er vigtig, og derfor kan tilbudsgiver ved at afsløre deres MC udvise deres engagement i kontrakten som begge parter kan have gavn af. Ordregiver er endvidere i denne situation ikke i stand til at handle opportunistisk med henblik på egen vinding, hvilket tilfører kontrakten en højere værdi til gavn for begge. Derfor vil parterne ende med et payoff på (4,4), hvor både ordregiver og tilbudsgiver får et højere payoff. Ordregiver opnår et højere payoff, fordi han drager nytte af den tillid, som tilbudsgiver udviser i kontraktopfyldelsesperioden. Det gør han eksempelvis når tilbudsgiver vælger at være åben og ærlig omkring en eventuel forhindring på vejen inden den bliver til en økonomisk ulempe for kontraktforholdet og derved også ordregiver. Tilbudsgivers payoff stiger, fordi de bliver mere trygge i relationen, når de ved, at ordregiver er imødekommende og samarbejdsvillig og vil derfor ikke have incitament til at handle opportunistisk.

Dette skaber derved en Nash-ligevægt, da begge parter vil udvise en positiv strategisk adfærd der optimerer kontraktens samlede payoff. Idet ingen af parterne stilles være når den ene stilles bedre vil tillid i kontrakten medføre en Pareto-forbedring. Desforuden kan den bilaterale tillid medføre at parterne ikke får incitament til at handle opportunistisk omkring andre forhold i kontraktopfyldelsesperioden. Mindre fejl, mangler eller misforståelser vil således ikke gøre det fristende for parterne at påberåbe overfor hinanden, i frygt for at bryde den tillid som er vigtigt for samarbejdet og OPP kontraktens efficiens.

Når parterne ved at de ikke kan genforhandle før tillid er udvist vil dette skabe incitament til at investere optimalt ex ante. Tilbudsgiver vil ikke have nogen interesse i at investere mindre efficiënt når de ved at genforhandling først kan ske efter tillid er udvist. Såfremt tilbudsgiver vælger at underinvestere ex ante vil han ikke være i stand til vise tillid i relationen, hvilket vil medføre mistillid mellem parterne i kontraktopfyldelsesperioden. En situation som linket mellem bygge-

²²¹ Egen tilvirkning

og driftsfasen også afspejler, da byggefasen skaber incitament til at levere et godt resultat da indsats i denne fase har betydning for OPP selskabet indsats i driftsfasen²²².

Når tillid er opbygget, kan dette skabe grundlag for, at genforhandling godt kan tillades uden at parterne vil have incitament til at handle opportunistisk. Det er indres at det var opportunisten der på baggrund af at genforhandling forhindrede en Pareto-optimal kontrakt. Tillid vil derfor forhindre strategisk adfærd på baggrund af opportuniste, idet rationelle parter vil indse, at dette vil medføre et dårligere resultat for dem begge. Det antages derfor at tillid vil minimere parternes begrænsede rationalitet og derfor minimere opportunisten, hvilket tilsammen skaber mindre ufuldkommen information mellem parterne. Begrænset rationalisme kan ikke fjernes helt og derfor skal parterne have incitament til at handle rationelt i selve genforhandlingssituationen, da det ikke er en selvfølge at parterne vil fortsætte med at udvise tillid, selvom de har udvist tillid forud for genforhandlingen. Incitamentet til at udvise tillid i selve genforhandlingen er at parterne opnår et større payoff herved. Dette kan forklares hvis OPP kontrakten betragtes som en kontrakt hvor der hele tiden udspiller sig transaktioner har ingen af parterne incitament til ikke at udvise tillid, da dette vil skade de fremtidige transaktioner og samarbejde. Udfaldet af tillid i genforhandlingssituationen er derfor som vist i figur 5.

Ordregiver \ Tilbudsgiver	Tillid	Ikke tillid
Tillid	5,5	2,3
Ikke tillid	3,2	-1,-1

Figur 5

Figuren illustrerer at ved ikke at udvise tillid i genforhandlingssituationen vil parterne ende i den samme situation som påvist i Barons artikel og som illustreret i figur 3. Derfor vil parterne kun på kort sigt drage nytte af ikke at udvise tillid i selve genforhandlingen, fordi parterne ikke vil have nogen interesse i at genforhandle igen, når deres strategiske adfærd har udspillet sig i den første genforhandling. Derimod vil udvisning af tillid i genforhandlingssituationen medføre både kort- og langsigtede fordele for parterne og også for selve OPP kontrakten. Parterne ender med et payoff på (5,5), da ingen af dem vil vælge ikke at udvise tillid, når den anden vælger at udvise tillid. Baggrunden for at parterne får størst payoffs ved at udvise fælles tillid i genforhandlingssi-

²²² Se afhandlingens afsnit 6.4.2.

tuationen, er at parterne bruger færre ressourcer på at screene hinanden for asymmetriske information, hvilket er til gavn for begge parter.

Ovenstående viser at genforhandling og tillid har en positiv sammenhæng, da tillid minimerer opportunisme. Parternes strategiske adfærd bliver, når tillid udvises, et redskab til at skabe en Pareto-forbedret kontrakt hvor der er dynamisk sammenhæng mellem OPP kontraktens kort- og langsigtede hensyn. Dette skaber derved en Pareto-forbedret kontrakt da ingen af parterne stilles værre samtidig med at de begge stilles bedre.

Overført til en OPP kontrakt vil det således betyde, at parterne kan bruge byggefasen til at skabe tillid mellem hinanden. Efterfølgende bør ordregiver tillade genforhandling i kontrakten, da parterne, hvis de agerer rationelt, vil forhandle en ny efficient løsning, når ny viden opstår.

6.7 Afvejning af de økonomiske og juridiske kriterier i en OPP kontrakt

OPP kontrakten mellem den offentlige og private part skal bygges på godt samarbejde og tillid. Tillid har en positiv effekt for parternes samarbejde og for kontraktens efficiens. Selvom kontrakten har et fælles mål for parterne, er det vigtigt at der skabes incitamenter for OPP selskabet til at yde deres mest optimale indsats. I den forbindelse er skemaer for bonus vigtig, da dette sammen med tillid er kriterier til, at sikrer en optimal OPP kontrakt. Endvidere er parterne indtrådt i en form for bilateralt monopol hvor begge parter har investeret i relationen og er derfor begge følsomme overfor hold up og opportunistisk adfærd. Dog vil afhængigheden mellem parterne minimere sandsynligheden for et klassisk hold up situation.

Ud fra disse resultater kan der tales for anvendelse af både en fleksibel og en lukket kontrakt. Den lukkede kontrakt er oftest velegnet til komplekse kontrakter og derfor er den umiddelbar den mest korrekte for OPP kontrakt. Foruden at den generelt er omfattende og langvarig er det nødvendigt at skabe incitamenter i denne kontrakttype og derfor er den fleksible kontrakt mindre egnet. Endvidere vil det i den lukkede kontrakt være nemmere at have fokus på relationerne imellem parterne end ved den fleksible. Tværtimod vil den fleksible kontrakt have lavere ex ante omkostninger når kontrakten skal kontraheres, fordi parterne ikke i samme grad skal indrette kontrakten efter eventuelle fremtidige hændelser.

Idet skabelse af incitamenter er essentielt i en OPP kontrakt, vurderes det at den lukkede kontrakt bedst kan håndtere dette. Den lukkede kontrakt vil tillade at parterne har defineret incitamenter der skaber sammenhæng mellem parternes og kontraktens mål. Den fleksible kontrakt vil ikke have det samme fokus på relationerne mellem parterne og derfor er incitamentsskabelse en svær proces.

Ændringsskemaer der tillader nye allokeringer i kontraktopfyldelsesperioden kan sikre optimalt investeringer ex ante, når initialkontrakten kan håndhæves. Parternes strategiske adfærd vil her ikke være opportunistisk, når parterne ved de har mulighed for, at forhandle sig frem til en pareto-forbedring. Denne genforhandlingssituation vil til en vis udstrækning være mulig i den lukkede kontrakt, da parterne agerer ud fra allerede definerede allokeringer. Allokeringerne bør være klare og præcise, så parterne ikke øjner chancen for at udnytte dette til deres egen fordel. Derimod er det en svær disciplin at gennemføre for den offentlige part, men det vurderes at det bliver nemmere jo flere gange en ordregiver har udarbejdet en OPP kontrakt.

Den fleksible kontrakt skaber nemmere mulighed for genforhandling end den lukkede og hvilket medfører forskellige fordele og ulemper. Genforhandling hvori opportunistisme og stærkt strategisk adfærd udspiller sig, vil skabe en mindre ex ante efficient kontrakt samt skabe en ikke pareto-efficient kontrakt. Hvilket taler for anvendelse af en lukket kontrakt. Derimod kan parterne ved at udvise en passende grad af tillid i relationen, minimere parterne opportunistisme. Genforhandling bør tillades når der har været uvist, da dette skaber et bedre payoff og en pareto-forbedret kontrakt. Rationelle parter vil fortsætte med at udvise tillid i selve genforhandlingssituationen, da opportunistisk adfærd ikke vil være en fordel for den enkelte part eller OPP kontrakten. Tillid i genforhandlingen kan derfor medføre en pareto-forbedret kontrakt. Såfremt tillid kan opbygge vil dette bevirke at den fleksible kontrakt er at foretrække.

Bestemmelserne om indgåelse af en OPP kontrakt gennem konkurrencepræget dialog i udbuds-direktivet har til formål at hindre forskelsbehandling samt sikre at det bedste tilbud bliver fundet. I søgen herefter er det nødvendigt med oplysninger om tilbudsgivernes tekniske, økonomiske og finansielle formåen. Ved grundig gennemgang af disse krav mindsker dette sandsynligheden for opportunistisk adfærd i kontraktperioden, men skaber også mange ex ante transaktionsomkostninger. Uanset om OPP kontrakten udarbejdes som en lukket eller fleksibel kontrakt skal ud-

budsdirektivets bestemmelser overholdes og har derfor ingen indflydelse på størrelsen af transaktionsomkostninger i de to kontrakttyper.

I relation til resultatet af den juridiske analyse, er det klart, at valget falder på en lukket kontrakt, idet reglerne giver meget svag mulighed for anvendelse af en fleksibel kontrakt, hvor der inddrages ny viden som ikke før var kendt. Resultatet i den juridiske analyse bevidner, at udbudsreglerne har høje krav om, at parterne til en hvis grad er forudsigelige om fremtidige hændelser, idet muligheder for ændringer skal indskrives i kontrakten. Der kan derfor argumenteres for, at en OPP kontrakt ud fra et juridisk synspunkt skal udarbejdes som en lukket kontrakt.

Generelt må det være transaktionsomkostningsminimerende når parterne ex post ikke handler i strid med OPP kontraktens formål. Alle kriterier der har fokus på at minimere moral hazard problemer bør den offentlige part indarbejde i en OPP kontrakt.

6.8 Delkonklusion

Idet formålet med afhandlingen ikke er, at skabe en komplet OPP kontrakt men derimod at bidrage til at gøre en kontrakt mindre inkomplet, kan det konkluderes at den offentlige part bør udforme OPP kontrakten som en blanding af den en lukket kontrakt og den fleksible kontrakt. Den offentlige part skal gøre dette ved at fokusere på relationerne mellem parterne, og derigennem skabe tillid og godt samarbejde, da det kan konkluderes at dette er vigtigt for skabelse af incitament i OPP kontrakten. Incitamenterne i kontrakten sikrer at OPP selskabet agerer for opnåelse af kontraktens mål. Endvidere kan det konkluderes at, tilladelse af nye allokeringer gennem ændringsskemaer sikrer at den private part ikke underinvesterer ex ante. Når tillid er udvist af parterne kan det konkluderes, at den offentlige part godt kan tillade genforhandling, da begge parter vil have incitament til at genforhandle tillidsfuldt med det resultat at skabe en Pareto-forbedret OPP kontrakt og samtidig sikre dynamisk efficiens mellem kontraktens kort- og langsigtede hensyn. Det vurderes og konkluderes at transaktionsomkostningerne ved en OPP kontrakt som tillader ovenstående er minimal da parternes incitament til at handle opportunistisk er minimeret.

Del IV – Konklusion

På baggrund af afhandlingens første juridiske analyse kan det konkluderes, at offentlige tjenesteydelser konstrueret som en OPP kontrakt, er omfattet af udbudsdirektivet, hvis tjenesteydelsen er kategoriseret i bilag II A og hvis tærskelværdier er på over henholdsvis 130.000 og 200.000 EUR. OPP kontrakter som er udarbejdet som en offentlig bygge- og anlægskontrakt med en tærskelværdi på over 5.000.000 EUR, er også omfattet af udbudsdirektivet. Såfremt OPP kontrakten omfatter en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder finder udbudsdirektivet anvendelse jf. artikel 56, når kontraktens værdi overstiger 5.000.000 EUR.

Ud fra den juridiske analyse i kapitel 4, kan det konkluderes at den offentlige part i hele kontraktopfyldelsesperioden er forpligtet til at iagttage EU rettens grundlæggende rettigheder og i særdeleshed principperne og ligebehandling og gennemsigtighed. Ændringer må derfor kun gennemføres hvis det sikrer overholdelse heraf.

Ordregivers muligheder for ændringer er meget begrænset, da ændringer der er afgørende forskellige fra den oprindelige aftale, viser det er parternes vilje at genforhandle kontrakten. Et faktum der medfører krav om nyt udbud hvis ændringen er væsentlig. Ud fra dette perspektiv kan det konkluderes, at den offentlige part godt kan gennemføre ændringer i prisen uden hjemmel, hvis det ikke rykker kontraktens økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver. Endvidere er der krav om objektivitet. På EU Rettens nuværende udviklingstrin kan ordregiver med hjemmel i kontrakten afvige prisen med, 10 % selvom det er til fordel for tilbudsgiver, da hjemlen bevidner at det ikke var parternes hensigt at genforhandle kontrakten.

Hvis ordregiver ændrer kontraktens genstand via hjemmel i kontrakten er der krav til at hjemlen er klar, præcis og utvetydig. Yderligere er der krav om at hjemlen som medfører ændringen også har været genstand for udbud, og i særdeleshed hvis dens værdi er over tærskelværdierne. Yderligere kan det konkluderes, at udvidelser af kontraktens genstand, som ikke har hjemmel i kontrakten, er væsentlig hvis de er af betydelig omfang og medfører nye ydelser som ikke oprindeligt var fastsat i OPP kontrakten. Yderligere har den offentlige part mulighed for at ændre i kontraktens genstand, og har i særlige tilfælde også hjemmel hertil i udbudsdirektivets artikel 31 stk. 4 litra a og artikel 61.

Muligheden for den private part til at udskifte OPP selskabet skal være hjemlet, men på trods heraf konkluderes det at er deres mulighed herfor er meget snæver. Dette skyldes at OPP selskabet har været afgørende for ordregivers tildeling af kontrakten. Step-in klausuler må derfor fortolkes indskrænkende og skal derfor i særdeleshed være formuleret præcist, klart og utvetydigt, samtidig med krav om at den nye private part opfylder de sammen egnethedskrav som OPP selskabet. Endvidere vil udskiftning af OPP selskabet i umiddelbar forlængelse af tildeling af OPP kontrakten betragtes som en omgåelse af udbudsreglerne. Hvis der ikke er hjemmel for udskiftningen, skal det være objektivt begrundet, hvilket kan konkluderes at være tilfældet ved udskiftning i ejerkredse.

Den offentlige part skal med henblik på at minimere transaktionsomkostningerne ex post skabe en efficient kontrakt, hvor der skabes incitament for den private part til at handle i OPP kontraktens interesse. Ud fra den økonomiske analyse kan det konkluderes, at OPP kontraktens skal indeholde incitament der skaber gode relationer bygget på godt samarbejde og tillid mellem parterne. Positive incitament skabes bedst gennem bonusskemaer og ændringsskemaer. Yderligere kan det konkluderes at ændringsskemaer vil medføre efficiente ex ante investeringer samtidig med det giver parterne mulighed for at gennemføre nye Pareto-forbedrende allokeringer. Genforhandling kan ikke tillades uden tillid da dette vil medføre opportunistik hos parterne og således ikke gavne det fremtidige arbejde. Den offentlige part kan derfor ved at tillade genforhandling når tillid er opbygget sammen med OPP selskabet skabe en Pareto-forbedret kontrakt. Endvidere kan det konkluderes at parterne også vælger at udvise tillid i selve genforhandlings situationen, da parterne vil indse at dette skaber et højere payoff til begge parter og derved også OPP kontrakten. Den offentlige part skaber derved en dynamisk efficient kontrakt ved at have en kontraktform med incitament der skaber samarbejde og tillid, og hvor genforhandling tillades når tillid er udvist. Derfor bør den offentlige part vælge en kontraktform der er et mix mellem den lukkede og fleksible kontrakt, da dette skaber Pareto-forbedringer i genforhandlingssituationer når parterne har udvist tillid i relationen. Afslutningsvist kan det konkluderes, ved at gennemføre ovenstående vil den offentlige part minimere transaktionsomkostninger ex post, da dette skaber minimal opportunistisk adfærd.

Litteraturliste

EU Domme:

- Sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL, Domstolens Dom af 15 juli 1967, Saml. Dansk speci-
eludgave 1954-1964
- Sag C-8/74 Procureur du Roi Benoit og Gustave Dassonville, Domstolens Dom af 11 juli
1974, Saml. 1974, s. 837
- Sag 120/78 Rewe-Zentral AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Saml. 1979
- Sag 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet, Domstolens
Dom af 6. oktober 1982, Saml. 1982, s. 3415,
- Sag 199/85 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik,
Dom afsagt d. 10 marts 1987. Saml. 1987, s. 01039
- Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Domstolens dom af 22 juni 1993, Saml. 1993, s.
I-03353
- Forenede sager T-191/96 og T-106/97 CAS Succhi di Frutta SpA mod Kommissionen, Dom
afsagt af Retten i første Instans d. 14 oktober 1999. Saml. 1999 s. II-03181
- Sag C- 107/98 Teckal Srl mod Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziale
(AGAC) di Reggio Emilia, Saml. 1999 I-8121
- Sag C-324/98 Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG,
Domstolens dom af 7 december 2000. Saml. 2000, s. I-10745
- Sag C-337/98 Kommissionen mod Frankrig, Domstolens dom af 5 oktober 2000. Saml. 2000,
s. I-08377
- Sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Domstolens dom af 29 april
2004. Saml. 2004, s. I-03801
- Sag C-340/02 Kommissionen mod Frankrig, Domstolens dom af 14 oktober 2004. Saml.
2004, s. I-09845
- Sag C- 26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft
Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 I-1
- Sag C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) mod Comune di Cingia de' Botti. Saml.
2005 s. I-07287
- Sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Saml. 2007 I- 09777
- Sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Saml. 2005 I-139

Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Domstolens dom af 19 juni 2008. Saml. 2008, I-04401

Sag C- 91/08 Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Saml. 2010 s. I-02815

Lovgivning:

EUF-Traktaten – Traktaten om den Europæiske Unions Funktion – EU-Tidende C 83 af 30.3.2010,

Kommissionens Forordning (EU) nr. 1251/2011 af 30. November 2011, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, 2004/18/EF og 2009/81/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. Marts 2004 om samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøb kontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedure i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

LBK nr. 1410 af 07/12/2007 – Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttet kontrakter.

Lov nr. 492 af 12/05/2010 og Lov nr. 318 af 14/06/2011 – Håndhævelsesloven.

Fortolkningsbidrag:

KOM(96) 538, Grønbog – offentlige Indkøb i EU overvejelser for fremtiden

KOM(2004) 327

Kom(2005) 569 endelig udgave

COM (2011) 896 final

COM (2011) 897 final

European Commission; Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive
(CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005)

Kommissionens fortolkningsmeddelse om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-privat partnerskaber (IOPP'er) –
C(2007)6661

Rådets og Kommissionens fælleserklæring EFT L 111/114 af 30. april 1994.

Forslag fra Generaladvokaten:

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Bot fremsat den 27. oktober 2009 - Sag C- 91/08
Wall, Samling af Afgørelser 2010 side I-02815

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 13. marts 2008 – Sag C-454/06
Pressetext, Samling af Afgørelser 2008 side I-04401

Bøger

Andersen, Henrik, Cao, Fuguo, Tvarnø, Christina D., Wang, Peter, Public-Private Partnerships – An international analysis from a legal and economic perspective, 2010, Asialink – EuropeAid.

Andersen, Niels Åkerstrøm, *Partnerskabelse*, 1. udgave 2006, København: Hans Reitzels Forlag

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2005, London: Sweet & Maxwell.

Eide, Erland og Stavang, Endre, *Rettsøkonomi*, 2008, Oslo: CAPPELEN DAMM AS

Fabricius, Jesper. *Offentlige indkøb i praksis*, 2. udgave, 2012, København: Karnov Group Denmark A/S

Foss, Nicolai Juul og Raaschou-Nielsen, Agnete. *Indledning til Rets- og Kontraktøkonomi*, 1997. København: GadJura.

- Grimsey, Darrin og Lewis, Mervyn K. *Public Private Partnerships*, 2004, USA: Edward Elgar Publishing, Inc.
- Grosemeyer, Lise og Steinicke, Michael, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, 2008, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Hagel-Sørensen, Karsten, *Aktuel Udbudsret*, 2011 København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Hagen, Kåre P., *Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*, 2. Udgave, 2005, Bergen: J.W. Cappelens Forlag as.
- Indén, Tobias & Olesen, Karsten Naundrup Offentlig-Privat Samarbejde, 1. Udgave, 2012, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Knudsen, Christian. *Økonomisk metodologi – Om videnskabsidealer, forklaringstyper og forskningstraditioner*, 1991, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Milgrom, Paul og Roberts, John, *Economics, Organization & Management*, 1992, New Jersey: Prentice Hall.
- Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, 2010, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., *Retskilder & Retsteorier*, 2011, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Rasmusen, Eric, *Games and Information – An Introduction to Game Theory*, 4. Udgave, 2007. USA: BLACKWELL PUBLISHING
- Stiglitz, Joseph E. og Walsh, Carl E., *Economics*, 4 udgave, 2006, USA: W.W. Norton & Company, Inc.
- Williamson, Oliver E., *The Economic institutions of capitalism*, 1987. USA: The Free Press
- Zack, Michael H., *Knowledge and Strategy*, Kapitel 9: Winter, Sidney G.; *Knowledge and Competence as Strategic Assets*, 1999, USA: Butterworth-Heinemann.

Artikler

- Akintoye, A., Bing, Li, Edwards, P.J., Hartcastle, C., *The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*, 2005, International Journal of Project Management.
- Ayers, Ian and Gertner, Robert; *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, 1992. The Yale Law Journal Company Inc.

- Bajari, Patrick and Tadelis, Steven; *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts*, 2001, Rand Journal of Economics.
- Baron, David P.; *Procurement Contracting, Efficiency, Renegotiation and Performance Evaluation*, 1988, Information Economics and Policy 3.
- Chung, Tai-Young; *Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing*, 1991, Review of Economic Studies.
- Gay, Mindy Jiang Shu, Hwang, Bon-Gang og Zhao, Xianbo; *Public private partnerships projects in Singapore: Factors, critical risks and preferred risk allocation from the perspective of contractors*, 2012, International Journal of Project Management.
- Huet, Freddy and Saussier, Stéphane Saussier; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, 2003. European Business Organization Law Review.
- Jones, G., *Incentivising public service contracts: a methodology and recommendations*, 1997, European Journal of Purchasing & Supply Management.
- Lando, Henrik; *A Perspective on the Allocation Risk in Large Construction Projects – A theoretical View Informed by Øresund Experience*, 2010.
- Tadelis, Steven, *Public procurement design: Lessons from the private sector*, 2012. International Journal of Industrial Organization.
- Tirole, Jean, *Incomplete Contracts: Where do we stand?*, 1999. Econometrica – Journal of the Econometric Society.

Rapporter

- Erhvervs- og Byggestyrelsen: *OPP- Markedet i Danmark 2005-2010*, juni 2010. København.
- Konkurrence- og forbrugerstyrelsen; *Hovedkonklusioner angående de danske OPP-erfaringer*, 2012
- The European PPP Expertise Centre, *The European Rapport*, 2009, DLA Piper