

Den effiente koncessionskontrakt

The efficient concessions contract

Kandidatafhandling / Master's thesis

Cand.merc.(jur.)

Copenhagen Business School

Afleveringsdato: 15 maj 2019

Antal sider i alt: 120

Antal anslag inkl. Mellemrum: 269.502

Udarbejdet af:

Simon Ø. Larsen, (studienr. 93356)

Jacob L. S. Christensen, (studienr. 91727)

Vejledere:

Juridisk: Kathrine Søs Jacobsen Cesko

Økonomisk: Nicolai Christian Baaring

Executive Summary

The European Commission published the new public procurement directives in 2014 with an overall target of simplifying the rules and procedures for the public sector across the Member States in Europe. The concessions directive was one of the parts of this “package” of directives and has been groundbreaking in terms of the integration of works concessions and service concessions into one directive to avoid the legacy of legal fragmentation. Concession contracts are an important part of the European Commission's “Europe 2020-Strategy” which encourage the Member States to gain the benefits of the private companies’ expert knowledge and investments across borders. A concession contract should be seen as a partnership between a public entity and a private company and can last for many years. It can be seen by the public EU procurement register “Tenders Electronic Daily” that the concession contracts for work concessions in Europe has a huge fluctuation between Member States.

This master’s thesis wants to investigate how a public entity can increase the value of the concession contract based on the concession directive and the economic characterization of the concession contract for works concessions. As the concession contract can provide the public entities with a lot of efficiency and help to solve budgetary constraints this thesis wants to examine what a public entity should be aware of when awarding a concession contract to an economic operator.

To answer the problem definition, it has been necessary to derive a legal clarification of how a contract can be awarded as a concession contract in terms of the concession’s directive. The economic part of this thesis will use Principal-Agent Theory and Transaction Cost Economics to analyze how procuring a works concessions contract impacts the incentives by the economic party compared to a public procurement contract. These theories show, that with a high information asymmetry, where hidden action occurs, and with a high asset specificity on the market, it will be advantageous to procure a works concessions contracts rather than a public contract. These advantages of the works concession contract also create some incentive problems regarding the price set by the operator and the incentive to invest in contract. Due to these incentive issues in the contract, the analysis in chapter 4 of the thesis tries to analyze how the public entity can design a contract to reduce the incentive problems in the framework of the concession directive, to hereby capitalize on the positive effects of the works concession contract. If the risk is allocated efficiently in the contract, if the length of the contract is long enough to encourage high investment incentives without pricing the monopoly price for a long period of time, and if a proper price regulation is set by the public entity in the contract, it is possible for the public entity to design a Kaldor-Hicks-efficient works concession that encourage high investments with a low price on the market in the framework of the concession directive.

Forkortelser og begrebsafklaring

Art: Artikel

BOOT-koncession: Build-Own-Operate-Transfer-koncession

BOT-koncession: Build-Operate-Transfer-koncession

COM: Betegnelse for dokumenter på engelsk fra Kommissionen

Domstolen: Den Europæiske Unions Domstol ("EU-Domstolen")

EU: Den Europæiske Union

EUR: Euro (møntfod)

Iht.: I henhold til

Jf.: Jævnfør

Offentlig kontrakt: En kontrakt som hører under udbudsdirektivet 2014/24/EU

KOM: Betegnelse for dokumenter fra Kommissionen

Koncessionsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

Koncessionshaver: Den økonomiske aktør, som har fået tildelt koncessionen.

M.fl.: Med flere

MC: Marginal omkostninger

Moral Hazard: Skjult handling

OPP: Offentlig Privat Partnerskab

OPS: Offentlig Privat Samarbejde

Ordregiver: Den offentlige myndighed som udbyder koncessionen

Pkt.: Punkt

PPLR: Public Procurement Law Review (fagtidsskrift for udbudsret)

Pr.: Præmis

TED: Tenders Electronic Daily (Register over alle offentlige udbud i medlemsstaterne)

TEU: Traktaten om den Europæiske Union

TEUF: Traktaten om den Europæiske Unions Funktion

Tilbudsgiver: En privat virksomhed

Udbudsdirektiverne: Omfatter koncessionsdirektivet 2014/23/EU, Udbudsdirektiv 2014/24/EU, Forsyningsvirksomhedsdirektivet 2014/25/EU og Håndhævelsesdirektivet 2014/67/EU.

Økonomisk aktør: En af de tilbudsgivere, som er med i betragtning til at blive udvalgt som koncessionshaver.

Indholdsfortegnelse

<i>Executive summary</i>	2
<i>Indholdsfortegnelse</i>	4
1 – Indledning, problemstilling og metode	6
1.1 Indledning	6
1.2 Problemformulering	8
1.3 Synsvinkel	8
1.4 Den juridiske og økonomiske definition på en koncession	9
1.5 Afhandlingens case.....	9
1.6 Afgrænsning.....	9
1.6.1 Juridisk afgrænsning.....	9
1.6.2 Økonomisk afgrænsning.....	10
1.6.3 Afhandlingens juridiske metode.....	10
1.6.4 Afhandlingens økonomiske metode.....	18
1.6.5 Afhandlingens integrerede metode.....	21
1.6.6 Kritik og yderligere anvendelse af metode	23
1.7 Struktur	24
2 – Juridisk analyse	25
2.1 Indledning	25
2.2 Baggrunden for koncessionsdirektivet.....	25
2.2.1 Formålene med udbudsdirektiverne.....	26
2.3 Koncessionsdirektivets anvendelsesområde	34
2.3.1 Kontrakten mellem ordregiver og en økonomisk aktør.....	35
2.3.2 Kontrakter omfattede af koncessionsdirektivet.....	37
2.3.3 Koncessionsbegrebet.....	38
2.4 Kontraktens varighed	55
2.5 Den juridiske analyses udgangspunkt i forhold til casen	59
2.6 Juridisk delkonklusion.....	60
3 – Økonomisk analyse	62
3.1 Indledning	62

3.2	Økonomisk definition af en koncession.....	63
3.3	Spillet opbygning	66
3.3.1	Koncessionskontrakten.....	66
3.3.2	Den offentlige kontrakt.....	67
3.4	Fordele ved at indgå en koncessionskontrakt.....	67
3.4.1	Høj asymmetrisk information.....	68
3.4.2	Mellem-høj aktivspecifitet i koncessionskontrakten	78
3.4.3	Sammenfatning	86
3.5	Incitamentsproblemer ved en koncessionskontrakt	87
3.5.1	Monopolprisen	88
3.5.2	Hidden action-problem i koncessionskontrakten	89
3.5.3	Inkomplette langvarige kontrakter.....	90
3.5.4	Sammenfatning	92
3.6	Økonomisk delkonklusion	94
4	- Integreret analyse	96
4.1	Indledning	96
4.2	Den juridiske ramme	97
4.3	Allokering af risici.....	97
4.3.1	Risikovillighed hos parterne i koncessionskontrakten	98
4.3.2	Den optimale risikoallokering.....	100
4.4	Koncessionskontraktens længde	106
4.4.1	Det juridiske sammenspil mellem kontraktens længde og driftsrisikoen	106
4.4.2	Den optimale længde af koncessionskontrakten	107
4.4.3	Sammenfatning	110
4.5	Prisfastsættelsesordninger.....	110
4.5.1	Tre former for prisfastsættelsesordninger i en koncessionskontrakt.....	111
4.5.2	Den optimale prisfastsættelsesordning i en koncessionskontrakt	116
4.5.3	Sammenfatning	117
4.6	Integreret delkonklusion	118
5	- Konklusion.....	119
6	- Litteratur og kildehenvisninger	121

1 – Indledning, problemstilling og metode

1.1 Indledning

Koncessionsdirektivet blev i 2014 introduceret, som en del af de fire EU-udbudsdirektiver. Formålet med koncessionsdirektivet var i modsætning til retsstillingen før at skabe juridisk sikkerhed, for at koncessionskontrakter kan indgås effektivt i forbindelse med offentlige udbud.

Koncessionskontrakter er en vigtig del af Kommissionens “Europa 2020-strategi”, for herved at opnå bæredygtig og inklusiv vækst i medlemsstaterne.¹ En af de fordele som koncessionskontrakter nemlig medfører er, at ordregiver kan gøre større brug af den private sektors ressourcer. Dette sker, da de private virksomheder får kompetence til at designe og drive koncessionsarbejdet efterfølgende. På grund af medlemsstaternes budgetmæssige stramninger, hjælper koncessionskontrakter ligeledes til at offentlige udbud af store og komplekse kontrakter bliver billigere for ordregiverne.² Koncessionskontrakter kan derfor siges, at have en vigtig rolle i Kommissionens ønske om, at øge effektiviseringen og innovationen på markedet.

Koncessionsdirektivet er på baggrund heraf udarbejdet med henblik på, at skabe klare og fleksible rammer således, at disse fordele ved koncessionskontrakten opnås på markedet. Koncessionsdirektivet sigter på denne baggrund i højere grad at involvere de økonomiske aktører i kontrakten, for at opnå en større investering og hermed øge innovationen.

I henhold til det samlede Europæiske register af offentlige udbud³ indenfor medlemsstaterne, fremgår det dog, at koncessionskontrakter på bygge- og anlægsarbejder i visse medlemsstater kun udgør en meget lille andel af de samlede udbud.⁴ Af registret fremgår det, at der i perioden fra koncessionsdirektivets implementeringsfrist d. 18. april 2016 og frem til 12. maj 2019 var registreret under 10 udbud af koncessionskontrakter indenfor bygge- og anlægsarbejder pr. medlemsstat i f.eks. Østrig, Holland og Danmark.⁵ Omvendt kunne der i lande, der før koncessionsdirektivet har haft

¹ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 3.

² Ibid.

³ Tenders Electronic Daily (herefter TED) - <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>, senest besøgt d. 31. Marts 2019.

⁴ Se bilag 1.

⁵ Flere lande fremgår af bilag 1.

national regulering på området, som f.eks. Frankrig, ses et langt højere antal udbud af koncessionskontrakter på bygge- og anlægsarbejder i samme periode.⁶

På baggrund heraf tyder det derfor på, at fordelene ved udbud af koncessionskontrakter på bygge- og anlægsarbejder ikke udnyttes af ordregiverne i visse medlemsstater. Dette indikerer derfor, at koncessionskontrakter på bygge- og anlægsarbejder visse steder i EU, ikke har opnået den samme værdi, som Kommissionen tilsigter med dens “Europa 2020-strategi”.

Afhandlingen ønsker derfor at undersøge, hvordan værdien af koncessionskontrakten kan øges indenfor koncessionsdirektivets rammer, for at gøre kontrakten mere optimal at indgå for ordregiver. På denne måde prøver afhandlingen, at øge ordregivers muligheder for at opnå de fordele, som koncessionskontrakten skaber.

Da koncessionskontrakter indeholder både juridiske- og økonomiske problemstillinger, ønsker afhandlingen derfor først at undersøge, hvornår der juridisk set foreligger en kontrakt der kan defineres som en koncessionskontrakt indenfor koncessionsdirektivets anvendelsesområde. Derefter vil afhandlingen undersøge, hvad der økonomisk nærmere karakteriserer koncessionskontrakten og dennes fordele, for derefter at forklare de incitamenter den økonomiske part får i kontrakten. Afhandlingen vil på baggrund af disse analyser herefter søge at svare på, hvordan ordregiver kan øge den sociale værdi af koncessionskontrakten.

⁶ Perioden omfatter 18. april 2016 til 12. maj 2019. Se bilag 1.

1.2 Problemformulering

På baggrund af ovenstående indledning, vil afhandlingen søge at besvare følgende konkrete spørgsmål:

Juridisk spørgsmål:

- *Hvorledes karakteriseres en kontrakt på bygge- og anlægsarbejder, som en koncessionskontrakt i henhold til koncessionsdirektivet?*

Økonomisk spørgsmål:

- *Hvornår vil det være fordelagtigt for ordregiver at indgå en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder med efterfølgende drift, og hvilke økonomiske incitamentsproblemer medfører en sådan kontrakt for ordregiver?*

Integreret spørgsmål:

- *Hvilke muligheder har ordregiver for at optimere kontraktens værdi ved indgåelse af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder med efterfølgende drift, indenfor rammerne af koncessionsdirektivet?*

1.3 Synsvinkel

Afhandlingens fokus vil være på kontraktniveau ud fra ordregivers synsvinkel. Dette er gjort for at belyse de mulige fordele og udfordringer, som en ordregiver kan opleve i forbindelse udbud af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder. Afhandlingen vil derfor alene fokusere på de effekter koncessionskontrakten har på ordregiver, og hvorledes dennes nytte kan maksimeres i kontrakten.

Ordregivers nytte ved en koncessionskontrakt vil blive vurderet ud fra den sociale værdi igennem kontrakten, hvilket betyder at ordregiver ønsker at maksimere forbrugeroverskuddet⁷ i kontrakten. Dette skal ske igennem den mest effektive og billigste måde for ordregiver.

⁷ Christensen, Leslie & Rasmussen, Helmer Jens, 2012, Microeconomics HA Kom/Jur. Pearson Education Limited. 6. Udgave. s. 286 ff.

1.4 Den juridiske og økonomiske definition på en koncession

Da afhandlingen indeholder en juridisk- og økonomisk analyse, er det vigtigt at påpege at der vil være små forskelle i definitionen på, hvordan en koncession defineres. Afhandlingen foretager en vurdering af de væsentligste afvigelser i afsnit 3.2.

1.5 Afhandlingens case

Afhandlingen vil være inspireret af en case igennem alle tre analyser. Dette vil betyde, at det vil være muligt at komme med realistiske eksempler på indvirkningen af det, som analyserne når frem til. Analyserne bliver hermed mere konkrete og relaterbare ift. virkelige situationer. Valget af en case skaber samtidig også en positiv afgrænsning i forhold til afhandlingens analyser.

Den case afhandlingen vil tage udgangspunkt i, er et udbud af en kontrakt mellem en offentlig ordregiver og en privat økonomisk aktør. I henhold til kontrakten skal den økonomiske aktør først bygge et parkeringshus, hvorefter dette skal drives.

1.6 Afgrænsning

1.6.1 Juridisk afgrænsning

Afhandlingen vil ikke tage stilling til retspolitiske forhold, “de lege ferenda”,⁸ som herunder tæller forslag om hvorvidt en lov eller retsregel skal, eller bør ændres.

Ved anvendelsen af den objektive ordlydsfortolkning, inddrages der kun engelske og danske versioner af fortolkningsbidrag til koncessionsdirektivet. Dette gøres selvom en korrekt ordlydsfortolkning iht. EU-retten skal foregå på alle officielle sprog i medlemsstaterne, som den pågældende regel er implementeret på. Derfor afgrænses der fra alle øvrige sprog end dansk og engelsk.

Der afgrænses samtidigt fra at anvende national ret i afhandlingen. Selvom koncessionsdirektivet er et direktiv, og derfor skal implementeres i national ret, vil fokus udelukkende være på selve koncessionsdirektivet.

⁸ Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D, 2017, Retskilder & Retsteorier. København: Jurist - og Økonomforbundets forlag. 5. Udgave. s. 30.

Endvidere afgrænses der også fra de tjenesteydelser, der ikke er underlagt koncessionsdirektivets anvendelsesområde, som bl.a. eksklusive rettigheder til en ordregivende myndighed eller enhed, jf. Koncessionsdirektivets art. 10, stk. 1, og eksklusive rettigheder som tildeles til en økonomisk aktør iht. EUF og EU-retsakter, der tildeler fælles markedsadgang i forbindelse med aktiviteterne i direktivets bilag II, jf. Koncessionsdirektivets art. 10, stk. 1, 2. afsnit.⁹

Afhandlingen vil endvidere heller ikke behandle problemstillinger som relaterer sig til entrepriseretten. Fokus er derfor alene på udbudsretten og derfor ingen andre regelsæt.

1.6.2 Økonomisk afgrænsning

Eftersom at der findes flere forskellige former for koncessioner, vil der i den økonomiske analyse alene være fokus på såkaldte DBOT-koncessioner,¹⁰ så denne hænger sammen med koncessionsdirektivets definition af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder.

Desuden afgrænses der fra, at der kan laves konsortier, dvs. At to eller flere parter kan gå sammen, for at løse opgaven, som f.eks. At den ene part står for opførelsen af bygge- og anlægsarbejdet, og at den anden part kan drive. Ordregiver således kun handle med én økonomisk aktør i bygge- og driftsfasen.

1.6.3 Afhandlingens juridiske metode

1.6.3.1 Retsteoretiske metodeovervejelser

I Danmark og resten af Skandinavien er den retsdogmatiske metode dominerende i forhold til at kunne udlede gældende ret, ”de lege lata”.¹¹ Retsdogmatikken benytter sig af fortolkning på et generelt og et konkret plan.¹²

⁹ Disse aktiviteter er bl.a. Gas, varme, elektricitet, lufthavnsbaner m.v.

¹⁰ Design, build, operate and transfer koncession, hvilket svarer til bygge- og anlægsarbejder efter koncessionsdirektivet.

¹¹ Ibid, s. 29.

¹² Ibid.

Nærværende afhandling vil udelukkende gøre brug af EU-retskilderne. Idet EU er en sammensætning af Civil law og Common law lande, er EU-retten blevet en blanding heraf. Derfor er det diskuteret blandt teoretikere i hele EU om, hvilken retsteoretisk metode, EU-retten er underlagt.¹³

Som følge af EU-rettens relativt begrænsede levetid, er der dog næppe fundet en generelt accepteret EU-retsteori og EU-retlig metode¹⁴ blandt medlemslandene. De fleste retsteorier bygger derfor på juridiske systemer, før EU blev opbygget. Diskussionen bliver så, hvilken juridisk retsteoretisk metode, som vil være mest tilfredsstillende i nærværende afhandling.

EU-retten skal anses som et særskilt retssystem på lige fod med national ret og folkeretten. Samtidig er det allerede ved COSTA/ENEL¹⁵ statueret, at EU-retten har forrang for national ret. Domstolen afviste desuden et dualistisk forhold mellem national ret og EU-retten.¹⁶ Dette er blevet udfordret ved Ajos-sagen¹⁷ fra 2017, hvor den danske Højesteret tillagde et større dualistisk forhold mellem national og EU-retten, end hvad der tidligere er set. Dommen sætter et spørgsmålstejn ved, hvorvidt der stadig er denne hierarkiske tilgang mellem national ret og EU-retten. *Nielsen & Tvarnø* pointerer i deres artikel¹⁸ fra 2018, at der på baggrund af den danske Højesterets tidligere retspraksis i diskriminationssager, må kunne udledes, at Ajos-sagen er et helt enestående tilfælde, hvorfor at forfatterne bag artiklen ikke mener, at denne sag må kunne anses som værende gældende ret.

Selvom Ajos-sagen formentlig ikke kan anses som gældende ret, er Domstolen alligevel begyndt at anvende en mere horisontal tilgang. Dette ses i kraft af, at Domstolen ved forholdet mellem national ret og EU-ret, ikke anser national ret, der strider imod EU-retten, som ugyldig, men snarer som ikke-anvendelig. Den hierarkiske tilgang ses dog stadigvæk i forholdet mellem EU-rettens egne retskilder. Sekundær regulering der strider imod primær regulering, anses nemlig for ugyldig.¹⁹

¹³ Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2013, *European Legal methods, - towards a New European Legal Realism?*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, s. 82.

¹⁴ Nielsen Ruth & Tvarnø, Christina, D. 2014. *Retskilder & Retsteorier*. København: Jurist - og Økonomforbundets forlag. 4. Udgave. s. 118.

¹⁵ EU-sag C-6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, pr. 7-9.

¹⁶ Nielsen Ruth. & Tvarnø Christina D., 2017, s. 484.

¹⁷ U 2017.824 H: Afgørelsen vedrører forholdet mellem EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination og den dagældende Funktionærlovs § 2 a, stk. 3 om retten til fratrædelsesgodtgørelse i en tvist mellem en opsagt medarbejder og en privat arbejdsgiver.

¹⁸ Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D. Det afviste manuskript II i Ajos-debatten: Skibby Supermarked-sagen versus Ajos-sagen: Hvilken Højesteretsdom er udtryk for gældende ret?

¹⁹ Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina, D. 2017, s. 100.

På baggrund af ovenstående karakteristika ved EU-retten, vil de mest anvendte retsteorier blive redegjort for nedenfor. Herefter vil det blive vurderet, hvilken retsteori der kan belyse EU-retten på den mest tilfredsstillende måde.

Den skandinaviske retsrealisme er det retsfilosofiske udgangspunkt i Norden, skabt på baggrund af Alf Ross' bog "Om Ret og Retfærdighed".²⁰ Ud fra denne retsteori benytter Ross sin prognoseteori, til at finde ud af, hvad domstolene antages at ligge til grund for dens afgørelser.²¹ Ross' realistiske retsteori er en syntese af ideologisk- og behavioristisk realisme. Det ideologiske element i denne definition er dommerens retsbevidsthed, og det behavioristiske element er dommerens faktiske handlemåde. Alf Ross' anvendelse af sit "gældbegreb" passer kun på retsområder, hvor den relevante tvang udøves gennem nationale juridiske magteliter, som i Danmark er justitssektoren.²² I forhold til EU-retten og dennes anvendelse af ikke-bindende regulering, er det et problem begrebsmæssigt at binde retten til tvangen.²³ Derfor passer den skandinaviske retsrealisme ikke til EU-retten. Dog er det muligt, som anført af Nielsen, at tilpasse den retsdogmatiske metode således, at den modificeres til EU-retten, hvorfor der tages højde for den anderledes inddeling af retskilderne i forhold til f.eks. dansk national ret.²⁴ Baggrunden herfor er, at Domstolen som omtalt er begyndt at anvende en mere horisontal tilgang i forholdet mellem EU-retten og nationalretten.²⁵ Derimod bliver EU-retskilder, som strider imod højere rangerede EU-retskilder, ugyldiggjorte af Domstolen. Der er dermed kommet en del ligheder mellem retsrealismen og EU-retten, som gør, at retsrealismen kan anvendes ved analysen af EU-retten.

Den skandinaviske retsrealisme er imidlertid, som navnet antyder, kun udbredt i Skandinavien, hvorfor Ross ikke er en anerkendt retsteoretiker i resten af EU. I stedet er retspositivismen en mere dominerende retsteori i de europæiske lande.²⁶ Retspositivismen fokuserer på, hvordan retten faktisk er, og ikke på hvordan den bør være.²⁷ Retspositivismen udleder, hvad der forstås ved normer og

²⁰ Ross, Alf, 2013, Om Ret og Retfærdighed - En indførelse i den analytiske retsfilosofi. Introduktion af Jakob v. H. Holtermann. København: Hans Reitzels Forlag. 2. Udgave.

²¹ Ibid, s. 368.

²² Ibid s. 372.

²³ Ibid.

²⁴ Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2013, s. 83.

²⁵ Ibid, s. 105.

²⁶ Nielsen R. & Tvarnø C.D, 2017, s. 480.

²⁷ Ibid.

regler, hvorfra normerne og reglerne henter deres gyldighed, samt i hvilken udstrækning at disse normer og regler har forpligtende virkning, målt ud fra sammenhængen i retssystem. Retspositivismen bygger på det latinske udtryk ”*Ius positum*”, også kaldet den positive lov. En lov betegnes som positiv, når den har hentet sin gyldighed og kompetence i retssystemet.

Den klassiske retspositivisme ses ved *Hans Kelsens* ”*Rene Retsslære*”. *Kelsen* karakteriserer normer og regler som en ”kæde af gyldighed”,²⁸ hvor den øverste juridiske kilde bliver betragtet som ”grundnormen”. Dette er den øverste norm, over grundloven, og bestemmer gyldigheden af de nedenstående juridiske kilder.²⁹ Derfor er hovedfokus i denne teori, gyldigheden af juridiske retskilder.

Retspositivismen blev ikke udarbejdet med henblik på EU-retten, hvor hverken *Kelsen* eller andre teoretikere inden for retspositivismen³⁰ tog hensyn til EU-retten. Dog anerkendes retspositivismen alligevel, som en retsteori der kan beskrive EU-retten på en god måde.³¹ Retspositivismen er senere blevet udvidet ved den kritiske retspositivisme af *Tuori*,³² som bygger videre på *Kelsens* og *Harts* teorier. Retspositivismen passer ifølge mange retsteoretikere godt til, hvordan EU-retten er opbygget.³³ Baggrunden herfor er først og fremmest, *Kelsens* definition af en ”grundnorm” og EU-rettens primær regulering, herunder TEU og TEUF. EU-rettens primære regulering kan nemlig anskues som en grundnorm, da øvrige retskilder i EU, herunder bindende sekundær regulering, kun er gyldig, såfremt den er i overensstemmelse med primærretten. *Kelsen* antog samtidig, at international ret og national ret, var ét monistisk system, hvor international ret havde forrang for national ret.³⁴

EU-retten er, som også nævnt ovenfor, i nyere tid begyndt at bevæge sig mod en mere horisontal dimension, hvilket ikke passer godt til retspositivismen og dens fokus på hierarkiet. Denne udvikling i EU-retten har ført til institutionelle juridiske teorier, der integrerer retspositivisme og retsrealisme, for på den måde, både at have en hierarkisk og horisontal tilgang til EU-retten. En af disse institutionelle juridiske teorier er den såkaldte ”one big system”-model. En sådan ”one big system”

²⁸ Ibid, s. 346.

²⁹ Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2013, s. 83.

³⁰ Herunder kan nævnes blandt andre Hart og Dowrick.

³¹ Nielsen R. & Tvarnø C.D, 2017, s. 480.

³² Ibid, s. 265.

³³ Ibid, s. 266.

³⁴ Ibid, s. 349.

model³⁵ er skabt af *Nielsen & Tvarnø* gennem deres Europæisk realistisk retspositivisme. Denne retsteori er skabt ud fra en syntese mellem skandinavisk retsrealisme, som er udformet af *Alf Ross*, og retspositivismen, som den er udformet af *Kelsen* og *Hart* og videreudviklet i institutionel retsteori og critical legal positivism af *Tuori*.³⁶ Denne retsteori tager udgangspunkt i “et stort system”, hvor nationale retskilder, EU-retlige retskilder og folkeretlige retskilder indgår i ét integreret retssystem, og hvor det er en forudsætning for, at en regel kan anses for gyldig ret, når der er en rimelig grad af konsensus mellem domstole, lovgivere og juridiske forskere.³⁷ Princippet om EU-rettens forrang for national ret er et hovedelement i europæisk realistisk retspositivisme.³⁸

Selvom den europæiske realistiske retspositivisme, er en viderebyggelse af både retsrealismen og retspositivismen, og er skabt med henblik på anvendelse af EU-retten, kan teorien ikke anses at være særlig udbredt i Europa, på baggrund af dens relativ korte levetid.

1.6.3.1.1 Konklusion på valg af metode

På baggrund af ovenstående opridsning af de mest relevante retsteorier til at beskrive EU-retten, vil retspositivismen anvendes i afhandlingen. Selvom EU-retten har udviklet sig til en mindre hierarkisk tilgang end før, har EU-retten stadigvæk forrang for national ret, jf. *COSTA/ENEL*.³⁹ *Kelsens* rene retslære, er derfor stadigvæk ikke forkert, da EU-retten fortsat kan anskues som grundnormen i hele EU. Dette er i overensstemmelse med *Kelsens* synspunkt om, at international ret og national ret må anses som et monistisk system.

Herudover, vil nærværende afhandling udelukkende fokusere på EU-retten. National ret vil derfor ikke blive anvendt. Dette taler derfor også for, at retspositivismen vil kunne anvendes tilfredsstillende for afhandlingen, eftersom at Domstolen stadigvæk benytter en meget hierarkisk tilgang mellem de EU-retlige retskilder.⁴⁰ Domstolen benytter derfor en retspositivistisk tilgang til de EU-retlige retskilder, hvor sekundærretten skal hente sin gyldighed i primærretten.

³⁵ Ibid, s. 471.

³⁶ Ibid, s. 265.

³⁷ Ibid, s. 467.

³⁸ Ibid, s. 484.

³⁹ Sag C-6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, pr. 7-9.

⁴⁰ Da bindende sekundær regulering som omtalt, altid vil være ugyldig, såfremt den strider imod primærretten.

At Kelsens rene retslære samtidig refereres til ved Domstolens sager, taler yderligere for, at retspositivismen vil være en tilfredsstillende retsteori i afhandlingen.⁴¹

1.6.3.2 Afhandlingens anvendelse af retspositivisme

På baggrund af ovenstående diskussion vil nærværende afhandling til den juridiske analyse gøre brug af retspositivismen.⁴² Afhandlingen vil derfor analysere retskilderne ud fra en opbygning af, at der først kigges på lovgivningen, derefter på retspraksis fra Domstolen, og slutteligt inddrage forslag fra Kommissionen og litteratur. Deraf må den retspositivistiske tilgang til afhandlingens problemstilling ses opfyldt i afhandlingen.

1.6.3.2.1 EU-ret

EU-retten indeholder fire grupper af retskilder, som på baggrund af den retspositivistiske tilgang indgår i et hierarki. Disse retskilder er henholdsvis: primær regulering, bindende sekundær regulering, soft law samt retspraksis.

1.6.3.2.2 Primær regulering

Primær regulering er den øverste retskilde indenfor EU-retten. Den primære regulering tæller Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF), Charteret om de grundlæggende rettigheder og de grundlæggende principper. Charteret er blevet opløftet til traktatniveau efter vedtagelsen af Lissabontraktaten, jf. art. 6, stk. 1, 1 pkt. TEUF. Da retspositivismen anvendes som retsteori er primærreguleringen at anse som "grundnormen". Ingen retskilde, der er rangeret herunder, må derfor stride imod primær regulering.⁴³

Formålet med EU-traktaten og EUF-traktaten er at lægge en ramme for EU, hvor der fastlægges formålsbestemmelser, generelle principper samt kompetencefordelinger for EU's institutioner, samt sekundær lovgivning. På baggrund af, at der udarbejdes traktater med henblik på at fastlægge formål og principper, kan dette betegnes som en dynamisk kilde i henhold til retspositivismen. I afhandlingen vil primærretten blive anvendt ved de traktatfæstede principper, som skal følges ved alle udbud, hvilket herunder tæller koncessioner. Disse principper er iht. koncessionsdirektivets art. 3,

⁴¹ Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D., 2017, s. 362.

⁴² Ibid, s. 266.

⁴³ Neegaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2018, EU-ret, København: Karnov Group, 3. Udgave. s. 55.

Ligebehandlingsprincippet, det udbudsretlige gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet.⁴⁴

1.6.3.2.3 Bindende sekundærregulering

Bindende sekundærregulering tæller direktiver, forordninger, samt afgørelser mv. udstedt af EU-institutionerne. I art. 288 TEUF er der oplistet eksempler på bindende sekundærregulering.⁴⁵ Forordninger er bindende i alle former og gælder umiddelbart i alle medlemsstater, i deres EU-retlige form. Der kræves derfor ikke nogen implementering af forordninger i medlemsstaternes nationale ret.⁴⁶ Direktiver binder medlemsstaterne i forbindelse med det tilsigtede mål, jf. Art. 288 TEUF. Dog binder direktiver ikke mht. hvilken form og hvilke midler, der skal anvendes for at nå det tilsigtede mål.⁴⁷ Direktiver træder i kraft ved det i retsakten angivne tidspunkt, eller 20 dage efter offentliggørelsen. Hvilke mål og krav medlemsstaterne skal opfylde ved direktivet, beror på om der foreligger minimumsharmonisering eller fuld harmonisering. Ved minimumsharmonisering fastlægges minimumskrav som skal være opfyldt ved medlemsstaterne.⁴⁸ Ved fuld harmonisering skal direktivet implementeres fuldt ud i national ret, uden der må trækkes noget fra eller til. Nærværende afhandling bygger på koncessionsdirektivet. Dette er derfor at anse som en bindende sekundærregulering. Da TEUF art. 288 statuerer, at direktiver binder medlemsstater, samt at koncessionsdirektivets art. 3 statuerer, at ordregiver skal overholde de traktatfæstede principper, som nævnt ovenfor, må det i henhold til retspositivismen anses som gyldig ret, da den derfor er i overensstemmelse med primærretten, og hermed grundnormen.

Koncessionsdirektivet er et minimumsdirektiv.⁴⁹ Medlemsstaternes nationale implementeringer af koncessionsdirektivet kan derfor være strengere, end hvad fremgår i direktivet.

⁴⁴ TEU art. 5, stk. 3.

⁴⁵ Bestemmelsen er derfor ikke udtømmende.

⁴⁶ Nielsen Ruth & Tvarnø Christina .D., 2017, s. 105.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid, s. 106.

⁴⁹ Se blandt andet koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 72 og art. 42, stk. 5, som fastslår, at medlemsstaterne frit kan sætte strengere regler, end hvad direktivet angiver. Når medlemsstaterne selv får kompetence til at sætte strengere regler, end hvad der fremgår af direktivet, må dette betragtes som et minimumsdirektiv.

1.6.3.2.4 Soft law

Henstillinger og udtalelser⁵⁰ er ikke bindende, jf. art. 288 TEUF. Dette gælder også konklusioner, som heller ikke kan anses som bindende regulering. Domstolen anvender alligevel til en vis grad, disse ikke-bindende retsakter til støtte for dens afgørelser, jf. bl.a. Johnston.⁵¹

1.6.3.2.5 Retspraksis

Afgørelser fra Domstolen afsiges uden dissens. Domstolen tillægger sine egne afgørelser stor betydning og henviser ofte til praksis i Domstolens tidligere afgørelser.

Der vil med retspositivismen også blive taget hensyn til det forhold, at der foreligger en ringe forudsigelighed ved fremtidige afgørelser fra Domstolen, idet Domstolen, som også omtalt tidligere, ikke praktiserer common law-doktrinen, ”stare decisis”, hvilket bevirker, at Domstolens fortolkningsstil er dynamisk og kreativ. Derfor er Domstolen principielt ikke bundet af tidligere afgørelser,⁵² og eftersom Domstolen samtidigt anvender civil law⁵³ tilgangen ved sine afgørelser, kan man ikke fuldstændigt forudsige en afgørelse ud fra et studie af tidligere domme.⁵⁴ Det bør dog imidlertid tillægges vægt i betragtning af, at Domstolen sjældent eksplicit ændrer eller modificerer sin tidligere praksis.⁵⁵

1.6.3.2.6 Fortolkning af EU-rettens retskilder

Fortolkning af EU-rettens retskilder, vil ske gennem en objektiv formålsfortolkning, som har fokus på retskildens tekst og formål.⁵⁶ Yderligere vil der inddrages en subjektiv fortolkning i afhandlingen. Dette vil ske, ved at inddrage forarbejder til koncessionsdirektivet. Selvom forarbejder ikke anses som retskilder i EU-retten,⁵⁷ henvises der ved Domstolen ofte til forarbejder ved sager om direktiver og forordninger.⁵⁸

⁵⁰ Herunder Kommissionens udtalelser.

⁵¹ Sag 222/84, Marguerite Johnston v. Det Nordirske politi.

⁵² Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2016, s. 176.

⁵³ Civil law udspringer sig af romerretten. Her tages der en mere videnskabelig tilgang til juraen end i f.eks. Common law. Civil law lande tæller bl.a. Frankrig og Tyskland mv. Common law: ses i bl.a. Engelsk og amerikansk ret.

⁵⁴ I Danmark vil de nationale domstole i højere grad rette sig efter stare decisis, og derfor vil de følge en afgørelse som behandler samme retskilder under omstændigheder som ligner de faktiske omstændigheder i efterfølgende sager.

⁵⁵ Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D., 2017, s. 253.

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ Ibid, s. 253

⁵⁸ Ibid, s. 250

Slutteligt vil der blive inddraget en ordlydsfortolkning, baseret på ordlyden af koncessionsdirektivet. I EU-retten gælder alle officielle sproglige versioner for alle medlemsstater.⁵⁹ På baggrund heraf, skal der ved en ordlydsfortolkning ske en sammenligning af alle sproglige versioner af retsakten, jf. CILFIT.⁶⁰

1.6.3.2.7 Udtalelser fra generaladvokaterne

Domstolen bistås af generaladvokaterne, som fremsætter forslag til afgørelserne. Oftest så indeholder disse mere omfattende teoretiske diskussioner og en videregående inddragelse af litteraturen, end Domstolens egne domme.⁶¹ Retskildeværdien af disse udtalelser fra generaladvokaterne er imidlertid tvivlsom.⁶² Det vil dog på områder, hvor retsstillingen ikke har fæstnet sig være tilfældet, at udtalelserne fra generaladvokaterne ofte vil give et godt indtryk af problemstillingerne og de modstående synspunkter.⁶³

1.6.4 Afhandlingens økonomiske metode

1.6.4.1 Overordnede metode (den deduktive metode)

Afhandlingens økonomiske analyse vil tage udgangspunkt i den deduktive metode,⁶⁴ hvorfor at den økonomiske problemstilling ønskes besvaret ud fra allerede eksisterende økonomisk teori.

1.6.4.2 Principal-agent teorien

Principal-agent teorien er kendetegnet ved at gøre den enkelte transaktion til basal analyseenhed for sin teori.⁶⁵ Principal-agent forholdet er relationen mellem to parter. Den ene part "Principalen" engagerer den anden part, kaldet "Agenten", til at træffe en række beslutninger for sig,⁶⁶ hvor parterne umiddelbart har (delvist) modstridende interesser. Teorien benyttes, hvor der foreligger økonomisk asymmetri, hvilket vil sige, at principalen har færre informationer om, hvad agenten foretager sig, end agenten selv har. Det teoretiske problem, som teorien herefter søger at finde, er en løsning på,

⁵⁹ Nielsen Ruth & Tvarnø Christina D., 2017, s. 222.

⁶⁰ Sag C-283/81, CILFIT, pr. 18 og 19.

⁶¹ Nielsen Ruth & Tvarnø Christina D., 2017, s. 158.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Andersen, Ib, 2013, Den Skinbarlige virkelighed - Vidensproduktion i samfundsvidenskaberne, Frederiksberg: Samfundslitteratur, 5. Udgave. s. 31.

⁶⁵ Ibid s. 164.

⁶⁶ Ibid.

hvordan der kan udformes en incitamentsforenelig kontrakt. Dette sker ved at udforme en kontrakt, som istedet giver agenten incitament til at handle i principalens interesse.⁶⁷

Principal-agent teorien kan anskues fra flere forskellige vinkler, hvilket afgøres efter, hvornår i parternes forhold den asymmetriske information forekommer. Dette skyldes, at der kan være et ex ante- og et ex post-problem.

Nærværende afhandling analyserer en koncessionskontrakt efter den er blevet indgået, hvorfor der fokuseres på en ex-post analyse af koncessionskontrakten. Der vil på denne baggrund foreligge en analyse af "hidden action"-problemet igennem koncessionskontrakten.

Aktørforudsætningerne i Principal-agent teorien er, at der foreligger fuldkommen rationalitet hos principalen,⁶⁸ og at agenten er opportunistisk.⁶⁹ Fuldkommen rationalitet indebærer, at principalen kan forstå et problem med det samme. Dette betyder at kontrakten vil være komplet, og herved indeholde alle relevante informationer, hvor der tages fat på alle fremtidige situationer, der kan ske. Opportunismeantagelsen dækker over de handlinger, som parterne reelt foretager sig, for at kunne maksimere egennyttens, uagtet, at dette vil have en negativ indflydelse på den kontraherende part i den pågældende transaktion. Opportunistisk adfærd kan derfor f.eks. Dække over de situationer, hvor en part tilbageholder væsentlig information om en transaktion overfor den kontraherede part.⁷⁰

Den hårde kerne betragtes også som den invariable del af et forskningsprogram.⁷¹ Da Principal-agent teorien søger at udforme incitamentsforenelige kontrakter under usikkerhed, er den hårde kerne karakteriseret som "maksimeringsrationalitet".⁷²

For at kunne udvikle Principal-agent teorien er der også et beskyttelsesbælte,⁷³ som betragtes som den variable del af et forskningsprogram. Med den hårde kerne som "maksimeringsrationalitet", kan

⁶⁷ Ibid. s. 164 - 165.

⁶⁸ Knudsen, Christian, 1997, Økonomisk metodologi bind 2 - Virksomhedsteori og Industriøkonomi, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Udgave, s. 171.

⁶⁹ Hendrikse, George, 2003, Economics and Management of Organizations - Co-ordination, Motivation and Strategy. Berkshire: McGraw-Hill Education, s. 94.

⁷⁰ Ibid s. 94.

⁷¹ Ibid, s. 33.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid s. 172.

der ved ændring af (1) præferencestruktur, (2) risikoformer, (3) informationsstruktur og (4) længden af kontrakten, analyseres på, hvordan disse ændringer påvirker (1) udformningen af kontrakten, (2) risikofordelingen og (3) velfærdsmæssige sammenligninger, der er forbundet eller ikke forbundet med informationsusikkerhed.⁷⁴

1.6.4.3 Transaktionsomkostningsteorien

Transaktionsomkostninger er de omkostninger, der opstår på baggrund af transaktioner, der sker mellem mindst to parter, når disse kontraherer den pågældende kontrakt. Der er her tale om teorien omkring de inkomplette kontrakter, dvs. at der kan opstå uforudsete, eller ikke anticiperede hændelser, som man ex ante ikke kan tage hensyn til ved udformningen af kontrakten.⁷⁵

Transaktionsomkostningsteorien tager dog højde for omkostninger både på ex ante og ex post-niveau. Ved et fokus på kontrakten ex ante, er transaktionsomkostningerne karakteriseret ved at være de omkostninger, som parterne har i forbindelse med indgåelse af kontrakten. Dette gælder altså omkostninger til f.eks. Udvælgelse af tilbudsgiver, søgeomkostninger, forhandlingsomkostninger, safeguarding m.v. Transaktionsomkostninger ex post gælder derimod de omkostninger, som omhandler genforhandlingen mellem parterne, omkostning ved tvister m.v.

Den hårde kerne i forskningsprogrammet baserer sig på aktørforudsætningerne. Aktørforudsætningerne vil i forskningsprogrammet være begrænset rationalitet⁷⁶ og opportunistisk adfærd,⁷⁷ for at kunne udlede rationale bag transaktionsomkostningers opståen indenfor kontrakter.⁷⁸ Beslutningstageren antages at være begrænset rationel således, at han forfølger sine mål på en logisk og konsistent måde, samtidigt med at han oplever begrænsninger i evnen til at modtage, lagre og behandle informationer for at nå sine mål.⁷⁹ Med begrænset rationalitet påvirkes aktørerne ved, at de ikke kan agere fuld rationelt, eftersom at alle situationer ikke kan forudses. Begrænset rationalitet vil derfor altid påvirke kontraheringen af en kontrakt, uanset om der er tale om en koncessionskontrakt eller en anden type kontrakt, da det næsten er umuligt at tage højde for alle udfald. Fordi de

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Knudsen, Christian, 1997, s. 377.

⁷⁶ Williamson, Oliver E. 1973, Markets and Hierarchies, The American Economic Review, Vol. 63. No. 2. Papers and Proceedings of the Eighty-fifth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1973), s. 317.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Knudsen, Christian, 1997, s. 213.

⁷⁹ Ibid.

økonomiske agenter er begrænset rationelle, opstår der risiko for en opportunistisk adfærd blandt parterne.

Den opportunistiske adfærd i transaktionskostningsteorien betyder, at de økonomiske agenter ikke blot forfølger selviske mål, men også at de ifølge *Oliver E. Williamson* (herefter *Williamson*) er “*self-interest-seeking with guile*”.⁸⁰ Begrænset rationalitet og den opportunistiske adfærd er sammenhængende i den forstand, at dette medfører tilstande med ufuldstændig information, hvor de økonomiske agenter handler ud fra hvordan de kan tilgodese deres egen interesse.⁸¹

Beskyttelsesbæltet i Transaktionskostningsteorien er frekvensen hvormed en transaktion gentages, graden af usikkerhed hvorunder en transaktion udføres, samt graden af aktivspecifitet, dvs. Den grad, hvor der indgår et specifikt teknologisk og ledelsesmæssigt know-how i transaktionen. Af de tre ovennævnte dimensioner ved en transaktion tillægger *Williamson* graden af aktivspecifitet mest vægt, fordi den skønnes at have størst betydning institutionelt og organisatorisk.⁸² Dette ses ved f.eks. Transaktioner, hvor der indgår aktiver eller ressourcer med en høj grad af specificitet, hvorfor at der derfor eksisterer store kvasirenter, som parterne i en forhandlingssituation skal nå til enighed om at dele mellem sig. I sådanne bilaterale relationer vil der eksistere frihed for parterne til at udvise opportunistisk adfærd, når de oprindelige kontraktvilkår skal genforhandles. *Williamson* taler ved aktivspecifitet om, at den fundamentale transformationsproces, hvor et oprindeligt atomistisk konkurrenceforhold gradvist transformeres til et bilateralt monopolforhold, efterhånden som graden af aktivspecifitet øges.⁸³

1.6.5 Afhandlingens integrerede metode

Afhandlingens integrerede metode er en rets- og kontraktsøkonomisk tilgang.⁸⁴ Mere konkret vil dette udmunde sig i en kontraktsøkonomisk analyse. Fokus vil derfor kun være på koncessionskontrakten og dennes design, og ikke på de økonomiske implikationer af koncessionsdirektivet.⁸⁵ Havde

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Williamson, Oliver E., 1985, *The economic institutions of capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Yale University, The Free Press, s. 47.

⁸² Knudsen, Christian, 1997, s. 216.

⁸³ Ibid, s. 217.

⁸⁴ Nielsen Ruth & Tvarnø Christina. D., 2017, s. 434.

⁸⁵ Ibid.

afhandlingens fokus i stedet været på ændring af selve koncessionsdirektivet havde dette i stedet været en retsøkonomisk tilgang, hvilket afhandlingen dog ikke behandler.

Idéen med at anvende kontraktøkonomien til behandling af den integrerede problemstilling vil være, at benytte retsvidenskabens regler og resultater til at beregne nytte og efficiensen af kontrakten.⁸⁶

Afhandlingens integrerede del vil derfor selvstændigt analysere samspillet mellem resultatet fra den juridiske- og økonomiske delkonklusion. Formålet med det integrerede kapitel er at kunne vurdere effekterne af et forbedringsforslag til hvordan kontrakten kan optimeres, på baggrund af de økonomiske incitamentsproblemer i koncessionskontrakten. Eftersom at der anvendes en kontraktsøkonomisk tilgang⁸⁷ i det integrerede kapitel, skal denne optimering af kontrakten ske indenfor den juridiske ramme af koncessionsdirektivet, således at kontrakten stadigvæk kan defineres som en koncessionskontrakt i henhold til koncessionsdirektivet.

Afhandlingen anvender ordet efficiens, hvilket skal forstås som Kaldor-Hicks-efficiens.⁸⁸

1.6.5.1 Efficienskriteriet

Efficiens bliver skabt når ressourcerne anvendes på den mest effektive måde. For at kunne vurdere hvilken mulighed, som er den mest samfunds efficiente løsning i afhandlingens integrerede analyse, vil Kaldor-Hicks-kriteriet⁸⁹ anvendes som mål herfor. Afhandlingen benytter sig af netop Kaldor-Hicks-kriteriet, for at kunne sammenligne de mulige udfald af kontraktens design, for at karakteriserer resultatet af en ændring i situationen.⁹⁰ Kaldor-Hicks-kriteriet beskriver, at en ændring bør foretages i det omfang, at denne ændring samlet set øger den målte værdi for kontrakten.⁹¹ Kriteriet vil i afhandlingen derfor benyttes til at udlede hvilke ændringer i kontrakten, som derfor kan skabe den største profit for ordregiver, hvilket giver det Kaldor-Hicks-efficiente resultat.

⁸⁶ Ibid, s. 430.

⁸⁷ Ibid, s. 434.

⁸⁸ Eide, Erling & Stavang, Endre, 2008, Rettsøkonomi, Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 1, Udgave. s. 36.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid, s. 37.

1.6.6 Kritik og yderligere anvendelse af metode

1.6.6.1 Kildekritik

Økonomiske artikler er kun blevet anvendt i afhandlingen, såfremt de er “peer-reviewed”⁹² og “post-print”,⁹³ for netop at sikre at artiklerne har en vis anerkendt videnskabelighed og kvalitet. Da afhandlingen samtidig har benyttet tidligere afgørelser fra Domstolen, er der dog ikke benyttet en kildekritisk tilgang hertil, eftersom at Domstolens afgørelser, som også omtalt ovenfor, ikke oplyser omkring bl.a. dissens.

Som kildekritik bør endvidere samtidig nævnes, at afhandlingen generelt ikke har benyttet sig primær empiri, hvorfor at resultatet af afhandlingen i stedet bliver en prædiktion ud fra sandsynligheder og data indsamlet af andre end afhandlingens forfattere.

Alle juridiske artikler som anvendes i afhandlingens juridiske kapitel baserer sig ligeledes fra fagankendte tidsskrifter⁹⁴ og artikelsamlinger. Denne kildekritik skyldes, at der kan være geografiske forskelle mellem forfatterne af den juridiske litteratur ift. Koncessionskontrakter. Dette ses bl.a. I Sydeuropa, hvor man har større tradition for koncessionskontrakter generelt, end i Nordeuropa.

1.6.6.2 Toulmins argumentationsmodel

Afhandlingens brug af argumentation i analyserne, er gjort med udgangspunkt i Toulmins argumentationsmodel.⁹⁵ Modellen forudsætter, at en saglig argumentation indeholder mindst to informationer, hvor den ene argumentation begrundes af den anden.⁹⁶ En god argumentation bør derfor ifølge Toulmin⁹⁷ indeholde påstand, belæg og hjemmel. På baggrund af modellen udledes de benyttede data i afhandlingen, og bliver slutteligt til en del- og en samlet konklusion heraf.

⁹² Bl.a. anvendes anerkendte tidsskrifter som JSTOR og Wiley Library.

⁹³ Andersen, Ib, 2014, s. 71.

⁹⁴ Bl.a. anvendes Public Procurement Law Review (P.P.L.R), hvor nogle af de største juridiske forfattere indenfor koncessionskontrakter og OPP'er udgiver deres artikler.

⁹⁵ Toulmin, S. E. 1958. The Uses of Argument. University of Leeds m.fl. Cambridge University Press.

⁹⁶ Ibid s. 15 ff.

⁹⁷ Ibid.

1.6.6.3 Occams Razer

Princippet om “Occams razer”⁹⁸ er anvendt i forhold til besvarelsen af det økonomiske- og integrerede afsnit. Dette går ud på, at skære “unødige” elementer væk fra en forklaring, hvorfor at man derfra vil vælge den simpleste af de tilgængelige forklaringer til besvarelse heraf. Occams udgangspunkt er, “at den simpleste forklaring må være den rigtige løsning på problemet”.⁹⁹ Benyttelsen af de økonomiske teorier i afhandlingen, er der derfor gjort med udgangspunkt i, at der eksisterer øvrige og andre udfordrende teorier end dem som er behandlet, hvorfor at afhandlingen til besvarelse af de økonomiske- og integrerede spørgsmål har anvendt mere simple teorier.

1.7 Struktur

Kapitel 1 indeholder introduktion og problemstilling til afhandlingens overordnede emne. Kapitlet indeholder afgrænsning, synsvinkel, metodeafsnit og de teorier, der er fundet relevante for at kunne besvare afhandlingens juridiske-, økonomiske- og integrerede problemformulering.

Kapitel 2 indeholder afhandlingens juridiske analyse. Dette kapitel starter ud med at se på, hvad baggrunden er for implementeringen af koncessionsdirektivet. Herefter vil analysen behandle de udbudsretlige principper, for at kunne skabe en korrekt formålsfortolkning af koncessionsdirektivet. Herefter vil analysen se på, hvornår der foreligger en kontrakt, som er i overensstemmelse med en koncessionskontrakt i koncessionsdirektivet. Kapitlet sluttet af med en juridisk delkonklusion.

Kapitel 3 indeholder afhandlingens økonomiske analyse. Dette kapitel starter ud med at se på, hvordan en koncession defineres økonomisk. Herefter vil der skabes en opbygning af et spil på baggrund af casen omkring parkeringshuset, hvorefter de fordele og incitamentsproblemer der er ved at indgå en koncessionskontrakt vil blive analyseret. Kapitlet afsluttes med en økonomisk delkonklusion

Kapitel 4 indeholder afhandlingens integrerede analyse. Dette kapitel starter ud med den juridiske ramme, som koncessionsdirektivet skaber. Herefter vil allokeringen af risici, koncessionskontraktens længde, det juridiske sammenspil mellem kontraktens længde og driftsrisiko behandles. Dette vil lede til en analyse af den optimale længde af koncessionskontrakten, hvorefter at den optimale prisfastsættelsesordning vil behandles. Kapitlet afsluttes med en integreret delkonklusion.

Kapitel 5 indeholder afhandlingens samlede konklusion, som vil skabe en afrunding af specialet og en samlet besvarelse af afhandlingens juridiske, økonomiske og integrerede problemformulering.

⁹⁸ Knudsen, Christian. 1994. Økonomisk metodologi bind 1 - Videnskabsteori og forklaringstyper. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. Udgave. s. 26.

⁹⁹ Ibid.

2 - Juridisk analyse

2.1 Indledning

For at kunne svare på det juridiske spørgsmål vil nærværende kapitel blive opdelt således, at der først vil blive undersøgt hvad baggrunden for koncessionsdirektivets implementering er. Herefter vil de udbudsretlige principper udledes for at kunne foretage en korrekt formålsfortolkning af koncessionsdirektivet. Ud fra dette vil der så kunne foretages en analyse af hvornår en kontrakt må anses for at være en koncessionskontrakt i overensstemmelse med koncessionsdirektivet.

For at svare på den juridiske problemformulering, vil denne juridiske analyse basere sig på, hvornår en kontrakt på bygge- og anlægsarbejder, kan defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet. Der vil derfor blive set væk fra kontrakter på tjenesteydelser. Det skal dog bemærkes, at der gælder de samme principper og krav, før kontrakten kan defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet.

2.2 Baggrunden for koncessionsdirektivet

Koncessionsdirektivet¹⁰⁰ regulerer tildelingen af koncessionskontrakter for både bygge- og anlægsarbejder samt tjenesteydelser. Før koncessionsdirektivets ikrafttrædelse¹⁰¹ var der dog en klar juridisk adskilning imellem disse kontrakttyper. Denne juridiske adspredelse medførte ifølge Kommissionen, at der blev skabt en uklar retstilstand på visse områder, hvilket foranledigede ineffektivitet på markedet for koncessioner.¹⁰² I 2014 valgte Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union at fjerne bestemmelserne om koncessioner fra udbudsdirektivet, hvorfor at bestemmelserne omkring koncessioner blev samlet i koncessionsdirektivet.

Det fremgår af koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 4, at adspredelsen mellem reguleringen af koncessionskontrakter på bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, har medført at nationale lovgivere har skabt forskellige fortolkninger af principperne i traktaten, hvilket har været årsag til afvigelser i medlemsstaternes lovgivninger.

¹⁰⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU.

¹⁰¹ 18. april 2016, jf. koncessionsdirektivets art. 51.

¹⁰² Som det fremgår af koncessionsdirektivet præambelbetragtning nr. 1 og KOM(2011) 897, s. 2.

Koncessionsdirektivets formål er at skabe en passende juridisk ramme for tildelingen af disse koncessionskontrakter, for derved at fremme offentlige og private investeringer i infrastruktur og strategiske tjenester, med det bedste forhold mellem kvalitet og pris.¹⁰³ For at fremme offentlige- og private investeringer i infrastruktur og strategiske tjenester, er udbudsproceduren i koncessionsdirektivet meget fri og fleksibel, og kan derfor tilrettelægges ud fra betydeligt frie rammer. Dette ses ved at ordregiver ikke er underlagt specifikke udbudsprocedurer der skal følges, som det f.eks. ses ved udbudsdirektivet. Dette er derfor en klar fordel ved koncessionsdirektivet og medfører, jf. Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 3, at den økonomiske aktørs ekspertise inddrages under udbudsproceduren.

I sammenhæng hermed fremgår det af Kommissionens forslag¹⁰⁴ til koncessionsdirektivet, at der *“På baggrund af de alvorlige budgetmæssige begrænsninger og økonomiske vanskeligheder i mange EU-medlemsstater er den effektive fordeling af offentlige midler et emne, der vækker særlig stor bekymring.”*¹⁰⁵ Kommissionen understreger her vigtigheden af, at medlemsstaterne kan nyde godt af de pekuniære fordele, som koncessionskontrakter kan medføre.

2.2.1 Formålene med udbudsdirektiverne

2.2.1.1 Indledning

Det følger af fast retspraksis,¹⁰⁶ at der i forbindelse med tildeling af udbud skal opfyldes en række traktatfæstede principper, når kontrakterne har grænseoverskridende interesse. I koncessionsdirektivets art. 3 fastslås det, at tildelingen af koncessionskontrakter skal ske i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, princippet om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet. Herudover vil de generelle TEUF-principper om fri bevægelighed af varer¹⁰⁷, tjenesteydelser¹⁰⁸ og kapital¹⁰⁹ derudover også være underlagt udbudsdirektivernes

¹⁰³ Koncessionsdirektivet præambelbetragtning nr. 1 og KOM(2011) 897, s. 2.

¹⁰⁴ KOM(2011) 897 endelig.

¹⁰⁵ Ibid, s. 2.

¹⁰⁶ Som bl.a. statueret i sag C-458/03, Parking Brixen.

¹⁰⁷ TEUF art. 34.

¹⁰⁸ TEUF art. 56.

¹⁰⁹ TEUF art. 63.

anvendelsesområde.¹¹⁰ Hjemlen herfor ses i udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, men må folgeligt være en almindelig antagelse, som også skal overholdes ved de øvrige udbudsdirektiver, såfremt der foreligger en grænseoverskridende interesse.

Af Domstolens afgørelse i Parking Brixen¹¹¹ opsummeres de principper, der skal være opfyldt for at være i overensstemmelse med EU-retten. Sagen angik et udbud af en tjenesteydelseskoncession, som ikke var underlagt reglerne om offentlige udbud. I stedet kunne en sådan koncessionskontrakt udbydes, såfremt den var i overensstemmelse med EU-retten. For at være i overensstemmelse med EU-retten opsummerede Domstolen de vigtigste principper, der skulle være opfyldt. Principperne var *“principperne om fri udveksling af tjenesteydelser og fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og den heraf følgende pligt til ligebehandling og gennemsigtighed samt proportionalitetsprincippet”*.¹¹²

Udbudsdirektiverne¹¹³ skal derfor opfylde reglerne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighed, samt proportionalitetsprincippet. Endvidere skal traktatens bestemmelser om fri bevægelighed også opfyldes. I traktaten er der ikke bestemmelser, der eksplicit regulerer offentlige indkøb, men udbudsdirektiverne er medvirkende til, at realisere traktatens bestemmelser om fri bevægelighed. Disse må siges at have en stor relevans på koncessionsdirektivet, da ordregiveren har stor fleksibilitet i tilrettelæggelsen af udbuddet, grundet kontraktens kompleksitet.¹¹⁴

For hermed at kunne fortolke formålene med de enkelte bestemmelser i koncessionsdirektivet, er det vigtigt at vide, hvordan og hvornår disse principper er overholdt. Derfor vil de ovenfor nævnte principper blive gennemgået i næste afsnit.

¹¹⁰ Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, EU's udbudsregler – i dansk kontekst, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2. udgave, s. 88.

¹¹¹ Sag C-458/03, Parking Brixen, pr. 49.

¹¹² Ibid, pr. 29.

¹¹³ Udbudsdirektiverne kom som følge af en samlet udbudspakke i 2014, der omfatter de 4 direktiver: Koncessionsdirektivet, direktiv 2014/24/EU (Offentlige udbud), direktiv 2014/25/EU (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) samt direktiv 2014/67/EU (håndhævelsesdirektivet).

¹¹⁴ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 68.

2.2.1.2 Traktatens frie bevægelighedsregler

Varenes frie bevægelighed har en væsentlig betydning indenfor bl.a. udbudsretten, eftersom at medlemsstaterne ikke må begrænse samhandlen på tværs af EU's landegrænser.¹¹⁵

Efter art. 34 TEUF forbydes kvantitative indførselsrestriktioner og alle foranstaltninger, som kan have en tilsvarende virkning. Domstolen har igennem dens omfattende praksis generelt benyttet en meget bred forståelse af art. 34 TEUF.¹¹⁶ Handelshindrende krav i offentlige indkøbskontrakter og til en vis grad bygge- og anlægskontrakter skal behandles efter art. 34 TEUF, som foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner.¹¹⁷

Efter art. 36 TEUF vil bestemmelsen i art. 34 TEUF ikke være til hinder for forbud eller restriktioner¹¹⁸ angående bl.a. indførsel, udførsel eller transit, hvis det er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, offentlige orden m.v. Dog således at disse hensyn ikke er et middel mod en vilkårlig forskelsbehandling, eller som en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

Domstolens afgørelse i Cassis de Dijon,¹¹⁹ konkluderede, at tvingende samfundsmæssige hensyn kan retfærdiggøre visse handelshindringer.¹²⁰ I dommen statueres det, at "(...) *hindringer for samhandelen indenfor Fællesskabet, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger vedrørende afsætningen af de pågældende produkter, må accepteres i det omfang, disse bestemmelser er uomgængeligt nødvendige af hensyn til især en effektiv skattekontrol, beskyttelse af den offentlige sundhed, god handelsskik og forbrugerbeskyttelse*".¹²¹

¹¹⁵ Arrowsmith, Sue. 2012. The Purpose of the EU procurement directives: Ends, means and the implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge. s. 120 ff.

¹¹⁶ Sag 8/74, Dassonville, pr. 5, sag C-267/91 Keck og Mithouard, pr. 16, samt sag C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA, pr. 18.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Som Domstolen formulerede det i sag C-55/94, Gebhard, pr. 37: "*nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende*".

¹¹⁹ Sag C-120/78, Cassis de Dijon. Efter pr. 14, så udgør det en hindring for samhandlen i strid med art. 34 TEUF, når en vare, der er lovligt fremstillet og bragt i omsætning i én medlemsstat, ikke lovligt kan sælges i en anden medlemsstat (gensidighedsbetingelsen).

¹²⁰ Sag C-120/78, Cassis de Dijon, pr. 8.

¹²¹ Ibid.

Reglerne omkring den frie bevægelighed efter TEUF, finder kun anvendelse i sager, hvor der er et grænseoverskridende element.¹²² Efter Domstolens retspraksis¹²³ gælder, at der før kontrakten kan indgås, påhviler ordregiveren at sikre at de traktatbaserede principper om ligebehandling og gennemsigtighed er overholdt blandt tilbudsgiverne.¹²⁴

2.2.1.3 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet skal i forhold til offentlige udbud garantere, at offentlige ordregivere har pligt til at behandle alle tilbudsgivere på lige vilkår. Afhandlingen tager derfor kun udgangspunkt i ligebehandlingsprincippet fra udbudsretten. Dette betyder, at der igennem hele udbudsproceduren, lige fra de forberedende faser og til og med kontraktindgåelse, er ordregivers ansvar at sikre, at alle tilbudsgivere får mulighed for at konkurrere på lige fod.¹²⁵

Domstolen har gentagne gange fastslået dette ligebehandlingsprincip ved indgåelse af offentlige kontrakter, som det bl.a. ses i Domstolens afgørelse sag “Hospital Ingeneure”¹²⁶ hvor at, *“Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsækelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt (...)”*¹²⁷

I Kommissionens fortolkningsmeddelelse¹²⁸ benævnes ligebehandlingsprincippet som værende, at rammerne for udbuddet af koncessioner skal være kendt af alle potentielle koncessionshavere, ligesom at disse skal være ens for alle. Af Domstolens retspraksis ved især afgørelserne Raulin¹²⁹ og Parlamentet mod Rådet¹³⁰ ses det, at overholdelse af ligebehandlingsprincippet ikke blot indebærer ikkediskriminatorisk adgang til en økonomisk aktivitet, men ligeledes at de offentlige myndigheder træffer alle nødvendige foranstaltninger. Ydermere har tidligere praksis fra Domstolen i sagerne

¹²² Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, s. 99, og Hamer, Carina Risvig, Ugeskrift for Retsvæsen 2015, U.2015B.200: “Kravet om klar grænseoverskridende interesse i udbudssager - er kravet egentlig klart?”.

¹²³ f.eks. Domstolens afgørelse i sag C-231/03, Coname.

¹²⁴ Hamer, Carina Risvig, Ugeskrift for Retsvæsen 2015, U.2015B.200: “Kravet om klar grænseoverskridende interesse i udbudssager - er kravet egentlig klart?”.

¹²⁵ Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth 2017, s. 110.

¹²⁶ Sag C-92/00, Hospital Ingeneure.

¹²⁷ Ibid, pr. 45.

¹²⁸ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02), pkt. 3.1.1.

¹²⁹ Sag C-357/89, Raulin, pr. 34.

¹³⁰ Sag C-295/90, Europa-Parlamentet mod Rådet for de Europæiske Fællesskaber, pr. 15.

Storebælt¹³¹ og Bus Wallons,¹³² været med til at præcisere ligebehandlingsprincippet indenfor udbud af offentlige kontrakter, eftersom at der i disse afgørelser blev fastslået, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne. Herved sikrer man muligheden for en objektiv sammenligning af de indkomne bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere.

Domstolen har ydermere fastslået, at fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud fra tilbudsgiverne på alle stadier skal overholde, såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, som princippet om gennemsigtighed, hvilket betyder at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.¹³³ Ordregiver kan samtidigt fastsætte de krav, som ansøgerne skal opfylde i procedurens forskellige faser. Valget iblandt ansøgerne skal hermed ske på grundlag af objektive kriterier, og at proceduren skal afvikles i overensstemmelse med de regler og fundamentale krav, som er fastsat fra starten. Hvis sådanne regler ikke er blevet fastsat, kræver princippet om ligebehandling under alle omstændigheder, at ansøgerne udvælges på et objektivt grundlag.¹³⁴

2.2.1.4 Princippet om ikkediskrimination

Ikkediskrimination indebærer, at der i EU-retlige sammenhænge normalt vil være et forbud mod nationalitetsdiskrimination¹³⁵ indenfor medlemsstaterne.¹³⁶ Der vil her være tale om en væsentlig sondring mellem enten “direkte diskrimination”¹³⁷ eller “indirekte diskrimination”.¹³⁸ Den direkte diskrimination består i, at man alene pga. sin nationalitet behandles ringere end de øvrige tilbudsgivere, ud fra en tilsvarende situation. Et eksempel på direkte diskrimination er blandt andet statueret i Domstolens afgørelse i Storebælt,¹³⁹ hvor den danske stat blev sagsøgt, efter at havde tilgodeset nationale tilbudsgivere til opførelsen af Storebæltsbroen.

¹³¹ Sag C-243/89, Storebælt, pr. 37.

¹³² Sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, pr. 70.

¹³³ Sag C-243/89, Storebælt, pr. 37.

¹³⁴ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02) pkt. 3.1.1, vedrørende ligebehandling.

¹³⁵ Som det bl.a. ses i UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune, v/Esbjerg Kommune, kendelse af 20.7.2016, J.nr.: 2016-6507, hvor prækvalifikationskravene, bl.a. pga. et krav om, at der var opnået erfaring med sprogundervisning i danske kommuner, medførte en forskelsbehandling mellem nationale og udenlandske aktører.

¹³⁶ Arrowsmith, Sue, The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, s. 106.

¹³⁷ Neergaard, Ulla & Nielsen Ruth. 2018. s. 66.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Sag C-243/89, Storebælt.

Indirekte diskrimination¹⁴⁰ foreligger derimod, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende forekommer neutral, vil stille personer eller virksomheder med forskellige nationalitet ringere end medlemsstatens egne nationale personer eller virksomheder. Der kan dog være undskyldende objektive omstændigheder, som begrundet en indirekte diskrimination. Undskyldende objektive omstændigheder ses ved saglige formål, og såfremt midlerne til at opfylde er hensigtsmæssige og nødvendige.¹⁴¹

I udbudssammenhænge henviser princippet om ikke-forskelsbehandling normalt til forbud mod nationalitetsdiskrimination, mens forbud mod alle former for usaglig forskelsbehandling er karakteristisk for ligebehandlingsprincippet.¹⁴²

2.2.1.5 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet¹⁴³ er ikke blot et princip, der alene kan udledes af TEUF. Princippet optræder allerede som et grundprincip i de tidligere generationer af udbudsdirektiver.¹⁴⁴ Gennemsigtighedsprincippet gælder derfor både indenfor og udenfor det direktivregulerede område.¹⁴⁵ I udbudsretten anvendes princippet om gennemsigtighed, ved de kriterier, der anvendes ved udvælgelse og tildeling af en kontrakt, som skal offentliggøres på forhånd. Formålet med gennemsigtighed er at sikre, at ordregiver igennem hele udbudsprocessen frem til og med kontraktindgåelsen, sker ud fra en korrekt begrundet tildeling af udbuddet. Ordregiver har derfor en forpligtelse til igennem hele udbuddet, at agerer gennemsigtig overfor alle tilbudsgivere. Gennemsigtighedsprincippet kan dog siges at have to funktioner i forbindelse med udbudsdirektiverne.

2.2.1.5.1 Gennemsigtighedsprincippets betydning som kontrolfunktion

I udbudsretlige sammenhænge tales der som udgangspunkt om, at gennemsigtighedsprincippet skal fungere som en kontrolfunktion.¹⁴⁶ Af Domstolens retspraksis¹⁴⁷ indebærer princippet om ikke-

¹⁴⁰ Bl.a. statueret i retspraksis ved sag C-350/96, Clean Car Autoservice.

¹⁴¹ Neergaard, Ulla & Nielsen Ruth. 2018, s. 66 ff.

¹⁴² Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, s. 113.

¹⁴³ Arrowsmith, Sue, 2012, The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. s. 108.

¹⁴⁴ Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth. 2017. s. 123.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Hansen, Carina Risvig, Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive, 2012, s. 61.

¹⁴⁷ Bl.a. Sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, pr. 43 og sag C-275/98, Unitron Scandinavia SA.

forskelsbehandling på grundlag af nationalitet en gennemsigtighedsforpligtelse, hvor at den ordregivende myndighed kan fastslå og kontrollere, at princippet overholdes. Dette kan blandt andet læses af dommen Unitron.¹⁴⁸ Domstolen bemærkede i denne dom, “(…), at princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt, ikke må fortolkes indskrænkende. Dette indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes.”¹⁴⁹ Gennemsigtighedsprincippet kan derfor ansues som en kontrolfunktion af, at princippet om ikke-forskelsbehandling overholdes.

Generaladvokat Mengozzi udtaler i sit forslag¹⁵⁰ til afgørelsen Kommissionen mod Irland¹⁵¹ at, “Det er rigtigt, at gennemsigtighedsprincippet i den logik, der har inspireret retspraksis, er accessorisk i forhold til ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling. At det er accessorisk betyder imidlertid ikke, at det er underordnet(…)”.¹⁵² Endvidere udtaler Generaladvokat Mengozzi, at “Gennemsigtighedsforpligtelsen er tværtimod nødvendig, for så vidt som dens overholdelse giver mulighed for at fastslå, om de andre »væsentlige« forpligtelser er blevet overholdt. Såfremt myndighederne ikke handler gennemsigtigt, bliver det vanskeligt, om ikke umuligt, at efterprøve, om de eventuelt har tilsidesat forpligtelserne til ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling.”¹⁵³ Selvom gennemsigtighedsprincippet derfor skal fungere som en kontrolfunktion, må den anses at være ligestillet med de øvrige principper.

For at de øvrige forpligtelser skal overholdes igennem hele udbuddet, udtaler Domstolen i dens afgørelse Bus Wallon,¹⁵⁴ at “Fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.”¹⁵⁵

¹⁴⁸ Sag C-275/98, Unitron Scandinavia SA.

¹⁴⁹ Ibid, pr. 31.

¹⁵⁰ Forslag til afgørelse fra generaladvokat P.Mengozzi, fremsat d. 29 juni 2010.

¹⁵¹ Sag C-226/09, Kommissionen mod Irland.

¹⁵² Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Mengozzi, fremsat d. 29. juni 2010, pr. 35, til afgørelse C-226/09, Kommissionen mod Irland.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Sag C-87/94, Bus Wallon.

¹⁵⁵ Ibid, pr. 54.

Det anerkendes derfor i praksis, at gennemsigtighedsprincippet hænger sammen med principperne om ikke-diskrimination og ligebehandling, for hertil at kunne kontrollere at disse principper overholdes.

I forbindelse med udbud af en koncessionskontrakt, uddyber Kommissionens fortolkningsmeddelelse¹⁵⁶ at gennemsigtighed kan sikres ved, at de potentielle koncessionshavere kan afgøre, om hvorvidt de er interesserede i at deltage i udbuddet af koncessionen eller ej. Ydermere skal emnet for koncessionen samt arten og omfanget af de ydelser, der kan forventes af koncessionshaveren offentliggøres. Kommissionen anser de ovenfor nævnte kriterier for følgelig at udbuddet af koncessionen vil overholde gennemsigtighedspligten.¹⁵⁷

2.2.1.5.2 Gennemsigtighedsprincippet betydning for opretholdelsen af konkurrence

Gennemsigtighedsprincippet er samtidig relevant i forhold til vurderingen af, hvorvidt flere tilbudsgivere kan deltage i udbuddet, samt for at opretholde en effektiv konkurrence. Ved at skabe gennemsigtighed i medlemsstaternes udbud, sikrer man samtidigt at de udenlandske tilbudsgivere fra de øvrige medlemsstater vil blive fristet til at deltage i disse udbud, hvorfor at konkurrencen intensiveres. Bedre konkurrence giver bedre “value for money”.¹⁵⁸

I Domstolens afgørelse *Telaustria og Telefonadress*¹⁵⁹ er det blevet fastslået, at ordregiver har en forpligtelse til at sikre gennemsigtighed for hermed at øge konkurrencen. Som det fremgår af denne afgørelse, betyder det, at *“Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.”*¹⁶⁰

2.2.1.5.3 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan gennemsigtighedsprincippet derfor anses for at have to kontrolfunktioner. (1) at sikre overholdelse af kravet om ikke-diskrimination, samt (2) at sikre den effektive konkurrence.

¹⁵⁶ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121 /02), punkt 3.1.2.

¹⁵⁷ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121 /02), punkt 3.1.2.

¹⁵⁸ KOM(2011) 897, s. 36.

¹⁵⁹ Sag C-324/98, *Telaustria og Telefonadress*.

¹⁶⁰ *Ibid*, pr. 62.

2.2.1.6 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet blev først fastslået som et almindeligt EU-retligt princip af Domstolens afgørelse i *Handelsgesellschaft*,¹⁶¹ som var den første dom, hvor proportionalitetsprincippet blev bekræftet som et almindeligt retsprincip i EU-retten.¹⁶² I dag er princippet traktatfæstet i art. 5, stk. 4 TEU. Efter Domstolens praksis¹⁶³ skal der ved vurderingen af om en foranstaltning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, om denne forfølger et lovligt formål, og at de midler, der bringes i anvendelse er egnede til at virkeliggøre det tilstræbte mål, samt ikke går ud over hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre dette. Til vurderingen heraf anvendes en treleddet test, som er baseret på (1) et lovligt mål, (2) midlerne skal være egnede og (3) må ikke være mere indgribende end nødvendigt.¹⁶⁴

2.2.1.7 Sammenfatning

På baggrund af gennemgangen ovenfor er det derfor en nødvendighed for, at et udbud af en koncession er foretaget i overensstemmelse med EU-udbudsretten, at udbuddet skal opfylde kravene omkring (1) traktatens frie bevægelighedsregler, (2) ligebehandlingsprincippet, (3) princippet om ikkediskrimination, (4) gennemsigtighedsprincippet, samt (5) proportionalitet.

2.2.1.8 Afhandlingens anvendelse af de udledte principper i den juridiske analyse

Den juridiske analyse vil benytte de udledte principper for at kunne analysere, hvornår en kontrakt kan defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet. Principperne vil blive anvendt som en formålsfortolkning af koncessionsdirektivets regler, for at få en nærmere forståelse af, hvordan hver enkelt bestemmelse skal forstås.

2.3 Koncessionsdirektivets anvendelsesområde

Koncessionsdirektivet finder kun anvendelse, såfremt den kontrakt som ordregiver ønsker at udbyde, kan defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet.¹⁶⁵ Derfor er det relevant at

¹⁶¹ Sag 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁶² Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, s. 130.

¹⁶³ Som bl.a. omtalt i sag C-426/93, *Tyskland mod Rådet*, pr. 42.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Koncessionsdirektivets art. 1, 5 og 8.

definere, hvad der forstås ved en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet, og hvornår man deraf opfylder kravene til en sådan definition.¹⁶⁶

Vigtigheden af en sådan definering af en koncession efter direktivet må ikke undervurderes. Definitionen har nemlig stor betydning for, om udbuddet efter koncessionsdirektivet kan anses for gyldigt eller ej. Vælger ordregiver at udbyde en koncessionskontrakt iht. Koncessionsdirektivet, hvor det senere viser sig, at kontrakten ikke kan defineres som en koncessionskontrakt efter koncessionsdirektivet, vil kontrakten være ugyldig, da udbuddet vil stride imod de ovenfor nævnte principper, herunder gennemsigtighedsprincippet.¹⁶⁷

I henhold til koncessionsdirektivets art. 1, stk. 2, litra a og b finder koncessionsdirektivet anvendelse på koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser, som bliver tildelt økonomiske aktører af ordregivende myndigheder, eller ordregivende enheder.¹⁶⁸

Før koncessionsdirektivet derfor kan finde anvendelse, skal der foreligge (1) en økonomisk aktør, (2) en ordregivende enhed eller myndighed og (3) en koncession på enten bygge- og anlægsarbejde eller tjenesteydelser, jf. Koncessionsdirektivets art. 5. Endvidere er det et krav, at koncessionskontrakten overstiger en samlet værdi på mindst 5.548.000 EUR., jf. Koncessionsdirektivets art. 8.¹⁶⁹

2.3.1 Kontrakten mellem ordregiver og en økonomisk aktør

Som netop anført ovenfor, er det første kriterium, før at koncessionsdirektivet kan finde anvendelse, at der skal foreligge to kontraherende parter. Disse parter skal være en ordregiver og en økonomisk aktør.

2.3.1.1 Ordregiver

En ordregiver defineres efter koncessionsdirektivets art. 1, stk. 2, litra a og b, som en “ordregivende myndighed” eller “ordregivende enhed”. En ordregivende myndighed karakteriseres iht.

¹⁶⁶ Hagel-Sørensen, Karsten, *Aktuel Udbudsret II*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, 1. udgave, s. 43.

¹⁶⁷ Denne retsvirkning ses af de fleste EU-domme omkring definitionen af en koncessionskontrakt. Se bl.a. Sag C-274/09, *Krankentransport Stadler*, pr. 50.

¹⁶⁸ Hagel-Sørensen, Karsten, 2016, s. 50.

¹⁶⁹ Ved Kommissionens forordning nr. 2015/2364/EU, 2015/2365/EU, 2015/2366/EU af 18. december 2017, er tærskelværdierne for koncessionsdirektivet ændret med virkning fra den 1. januar 2018. Beløbet er eksklusive moms i medlemsstaterne.

koncessionsdirektivets art. 6, som regionale myndigheder,¹⁷⁰ lokale myndigheder¹⁷¹ og offentlige organer,¹⁷² som dog ikke udfører aktivitet, som oplistes i koncessionsdirektivets bilag II.¹⁷³ Dette må derfor anses som den samme definition som ved udbudsdirektivets art. 2.¹⁷⁴

En ordregivende enhed anses derimod for at være en, som udbyder en koncessionskontrakt, med henblik på udførelse af en af de i bilag II nævnte aktiviteter, såfremt enheden er (1) statslig, regional eller lokal myndighed, (2) offentlige virksomheder eller (3) enheder der er givet særlige eller eksklusive rettigheder, hvor der er sikret tilstrækkelig offentlighed og tildelingen er baseret på objektive kriterier, jf. Koncessionsdirektivets art. 7. De i bilag II nævnte aktiviteter anses at være aktiviteter som hører under forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde. Opfyldes kravene i art. 7 derfor ikke, vil forsyningsvirksomhedsdirektivet derfor i stedet finde anvendelse, jf. modsætningsvist koncessionsdirektivets art. 6.

2.3.1.2 Økonomisk aktør

Kontrakten vil før at den kan defineres som en koncessionskontrakt, skulle overdrages til en økonomisk aktør, jf. koncessionsdirektivets art. 1, stk. 2. En økonomisk aktør er iht. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 2, "*den enhed som tilbyder udførelse af arbejder*". Dette skal forstås bredt, og gælder alle enheder og/eller personer, der tilbyder udførelse af bygge- og anlægsarbejder, samt levering af varer eller tjenesteydelser på markedet uanset selskabsform.¹⁷⁵ En økonomisk aktør kan ligeledes bestå af midlertidige sammenslutninger af virksomheder, som går sammen, for at kunne tilbyde udførelse af arbejdet. Som eksempler herpå kan nævnes konsortium m.v.

Begrebet "koncessionshaver", som inddrages i senere bestemmelser i koncessionsdirektivet, herunder koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, er derimod den økonomiske aktør, der er blevet tildelt en koncessionskontrakt, jf. art. 5, nr. 5, efter at udbudsprocessen er korrekt afsluttet. Koncessionshaveren

¹⁷⁰ Se Forordning nr. 1059/2003, bilag I (NUTS 1 og 2).

¹⁷¹ Ibid (NUTS 3).

¹⁷² Som undtagelse til ordregivende myndigheder, ses de myndigheder, organer eller sammenslutninger, der udfører en aktivitet eller flere aktiviteter efter koncessionsdirektivets bilag II. Eksempler på aktiviteter omfattet af bilag II ses primært indenfor forsyningsvirksomheds-området, hvilket bl.a. omfatter ydelser indenfor gas, varme, elektricitet og posttjenester mv.

¹⁷³ De oplistede aktiviteter i koncessionsdirektivets bilag II er de samme aktiviteter som er underlagt forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde.

¹⁷⁴ Reguleret under kapitel 3 i direktiv 2004/18/EF.

¹⁷⁵ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 49, 2. pkt.

er derfor den part, som har tilegnet sig de rettigheder og pligter i forhold til den udbudte koncessionskontrakt.

2.3.1.3 Tærskelværdi

Koncessionsdirektivet og de EU-retlige regler finder først anvendelse, såfremt den udbudte koncessionskontrakt må anses for at have grænseoverskridende interesse. En koncessionskontrakt anses generelt for at have en grænseoverskridende interesse, når den samlede værdi af kontrakten overstiger 5.548.000 €, ¹⁷⁶ jf. Koncessionsdirektivets art. 8, stk. 1. ¹⁷⁷ Når kontraktens værdi overstiger dette beløb, kan der ikke være tvivl om, at kontrakten har grænseoverskridende interesse. ¹⁷⁸

Værdien af kontrakten udregnes på baggrund af koncessionshavers samlede omsætning, som vederlag for bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, herunder de varer, der skal leveres i forbindelse med udførelsen af koncessionen. ¹⁷⁹ Denne udregning beror på en objektiv metode, jf. koncessionsdirektivets art. 8, stk. 3.

2.3.2 Kontrakter omfattede af koncessionsdirektivet

Det sidste krav er, at der skal foreligge en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder, jf. koncessionsdirektivets art. 1, stk. 2 litra a og b. Det er derfor vigtigt, når ordregiveren skal udbyde en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet, at der skelnes mellem tjenesteydelseskoncessioner og bygge- og anlægskoncessioner, så der henvises til de korrekte bestemmelser i offentliggørelsesbekendtgørelsen, hvorfor der sikres en gennemsigtighed i udbuddet

I henhold til koncessionsdirektivets definition af et bygge- og anlægsarbejde fremgår forskellen mellem bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser ikke. Kommissionen uddyber dog i dens fortolkningsmeddelelse, ¹⁸⁰ at før der er tale om et bygge- og anlægsarbejde skal der være tale om en opførelse. ¹⁸¹

¹⁷⁶ Ved Kommissionens forordning nr. 2015/2364/EU, 2015/2365/EU, 2015/2366/EU af 18. december 2017, er tærskelværdierne for koncessionsdirektivet ændret med virkning fra den 1. januar 2018. Beløbet er eksklusive moms i medlemsstaterne. Også omtalt i Risvig Hamer, Carina, 2016, Grundlæggende udbudsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, s. 288.

¹⁷⁷ Bl.a. omtalt i Arrowsmith, Sue, The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK, vol 2, third edition, s. 30.

¹⁷⁸ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 23.

¹⁷⁹ Poulsen, Sune Troels, M.fl. EU-Udbudsretten, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. udgave, s. 198.

¹⁸⁰ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02) pkt. 2.1.1.

¹⁸¹ Ibid.

Modsat hvad der gælder for bygge- og anlægsarbejder, så skal der ved tjenesteydelser ikke præsteres et opførelseselement i forbindelse med koncessionskontrakten.¹⁸² Heraf kan det altså f.eks. sagtens være en entreprenør, der skal opfylde koncessionen, men det er forudsat, at koncessionen alene i disse tilfælde kun angår tjenesteydelser.¹⁸³ Derfor vil koncessionen ikke være forudsat, at noget skal opføres eller nedrives før, at udnyttelsesretten kan anvendes af koncessionshaveren.

Koncessioner, som indeholder elementer af både bygge- og anlæg samt tjenesteydelser, vil som udgangspunkt skulle tildeles efter, hvad der i kontrakten må anses for at være “hovedformål”.¹⁸⁴

Af juridisk litteratur¹⁸⁵ fremgår det, at et moment som kan inddrages ved afgørelse af om en kontrakts genstand er bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelsesarbejder, er en afvejning af den relative værdi af anskaffelserne. *Arrowsmith*¹⁸⁶ angiver, at kriteriet om indbyrdes værdi kan anvendes som grundlag for afgrænsningen, såfremt kontraktens hovedformål ikke kan fastlægges. Såfremt der foreligger tvivl om kontraktens genstand, kan man se på ydelsernes værdi og ydelsen med størst værdi vil være udslagsgivende for kategoriseringen af kontrakten.¹⁸⁷

Adskillelsen mellem bygge- og anlæg og tjenesteydelser er ikke længere så afgørende som før koncessionsdirektivet,¹⁸⁸ da tærskelværdien for hvornår koncessionsdirektivet er det samme for både bygge- og anlæg samt tjenesteydelser, samt at de proceduremæssige regler er ens.¹⁸⁹

2.3.3 Koncessionsbegrebet

Koncessionsdirektivet finder herefter anvendelse, såfremt der foreligger en koncession på bygge- og anlægsarbejder.¹⁹⁰

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Og derfor ikke må kunne karakteriseres som en blandet kontrakt.

¹⁸⁴ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 2, third edition, 2018, s. 24.

¹⁸⁵ Hagel-Sørensen, Karsten, 2016, s. 50, samt Arrowsmith Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, s. 336.

¹⁸⁶ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, s. 336.

¹⁸⁷ Ibid samt Hagel-Sørensen, Karsten, 2016. s. 54.

¹⁸⁸ Dette skyldes, som også omtalt ovenfor, at bygge- og anlægskontrakter før koncessionsdirektivet skulle behandles efter det tidligere udbudsdirektiv, hvor at koncessioner på tjenesteydelser var underlagt de almindelige principper i TEUF. Se afhandlingens afsnit 2.1.

¹⁸⁹ Risvig Hamer, Carina, s. 288.

¹⁹⁰ Eller tjenesteydelser, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, litra b.

En “koncession på bygge- og anlægsarbejder” er, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1 litra a defineret som:

“En gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for udførelse af bygge- og anlægsarbejder til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de bygge- og anlægsarbejder, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.”¹⁹¹

I sammenhæng med den ovenstående definition fremgår det af koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, at:

“Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser (...).”¹⁹²

Ud fra ovenstående definition, skal to kumulative krav være opfyldt.¹⁹³ Disse krav er, at:

1. Vederlaget i kontrakten enten består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris, og
2. Koncessionshaver får overdraget en driftsrisiko ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder.

Såfremt de ovenstående to krav er opfyldt, foreligger der en kontrakt, som er en koncessionskontrakt, i overensstemmelse med koncessionsdirektivet. Der er dog hverken i koncessionsdirektivet eller de øvrige udbudsdirektiver¹⁹⁴ taget højde for, hvorvidt en koncession, som opfylder de ovenstående to krav, kan udbydes iht. en af de øvrige direktiver. Det må nok ud fra en lex specialis tankegang konkluderes, at en koncessionskontrakt omfattet af ovenstående definition, alene kan være omfattet

¹⁹¹ Egne understregninger.

¹⁹² Egne understregninger.

¹⁹³ Se hertil Generaladvokaten Sharpstons forslag til afgørelse af sag C-375/17, s. 7, hvor han ligeledes opstiller de 2 krav for, hvornår der foreligger en koncessionskontrakt iht. Koncessionsdirektivet.

¹⁹⁴ Direktiv 24/2014/EU og direktiv 25/2014/EU.

af koncessionsdirektivet.¹⁹⁵ Derfor vil en koncessionskontrakt, som opfylder ovenstående definition være underlagt koncessionsdirektivet.¹⁹⁶

2.3.3.1 Vederlag

Som det kan udledes i afsnittet ovenfor, beror vurderingen af, om kontrakten kan defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet, at vederlaget der betales fra den ordregivende myndighed, består i retten til at udnytte den udførte opgave, samt en eventuel betaling herfor. Derfor antyder ordlyden af art. 5, nr. 1, litra a i koncessionsdirektivet, at det særlige ved koncessionskontrakten er, at vederlaget består i en udnyttelse af brugsretten. Det er dog muligt at modtage et vederlag fra ordregiver, og derfor det relevant at analysere, hvor stort et vederlag der må komme fra ordregiver, samt hvor stort et vederlag der skal komme fra tredjemand i form af forbrugerbetaling.¹⁹⁷

Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1 antyder på denne baggrund, hvilket også er i overensstemmelse med koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 11, at der skal bestå en form for ret til at udnytte, det udførte arbejde. Ud fra denne ordlyd tyder det på, at vederlaget, ved udførelsen af arbejdet ikke alene må komme fra ordregiver. Dette understreges også af koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 17, hvorefter kontrakter der indebærer en betaling af et vederlag til koncessionshaver, som dækker alle omkostninger og investeringer, der afholdes af koncessionshaver, ikke kan anses som værende en koncessionskontrakt. Det er derfor tydeligt, at vederlaget ikke udelukkende må komme fra den ordregivende myndigheder eller ordregivende enhed.

Vederlagskravet blev første gang statueret i Domstolens afgørelse i *Telaustria og Telefonadress*,¹⁹⁸ omkring en indgået koncessionskontrakt mellem *Telefonadress GmbH* og *Herold Business Data AG*. Koncessionskontrakten vedrørte fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnementsfortegnelser. På grund af en klage indgivet af *Telaustria*, der mente, at den indgåede koncessionskontrakt, i stedet skulle indgås som en offentlig kontrakt, blev der til Domstolen stillet

¹⁹⁵ Arrowsmith, Sue, 2018, *The law of public and utilities procurement*, vol. 2. s. 17.

¹⁹⁶ I den engelske implementering af koncessionsdirektivet er der taget højde for dette forhold. I den engelske udbudslov (PCR 2015 reg. 2, stk. 1), fremgår det udtrykkeligt, at koncessionskontrakter iht. Koncessionsdirektivet, er udelukket fra den engelske udbudslov.

¹⁹⁷ Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, s. 519 ff.

¹⁹⁸ Sag C-324/98, *Telaustria og Telefonadress*.

syv præjudicielle spørgsmål. Domstolen fastslog i pr. 58, at der forelå en gensidigt bebyrdende koncessionskontrakt, når vederlaget udelukkende bestod i retten til at udnytte det udførte arbejde.¹⁹⁹ Er det eneste vederlag der modtages i kontrakten derfor fra forbrugeren, antyder denne dom, at der foreligger en koncessionskontrakt. Dette stemmer også overens med ordlyden i koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, da vederlaget som også tidligere benævnt, som udgangspunkt består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet. Baggrunden herfor blev senere uddybet i Domstolens afgørelse i Parking Brixen.²⁰⁰ Udbuddet angik driften af et parkeringshus, og udbuddet var udbudt som en tjenesteydelseskoncession. Domstolen bemærkede i dommens pr. 40, at når vederlaget udelukkende stammer fra forbrugeren, må risikoen anses at være på koncessionshaver.

Derfor hænger kravet om vederlag tæt sammen med kravet om, overdragelsen af driftsrisikoen som nævnt i afsnit 2.3.3.2.

Vederlaget kan også delvist komme fra ordregiveren.²⁰¹ Spørgsmålet som så rejser sig bliver, hvor meget af vederlaget der må komme fra ordregiveren, for at kontrakten stadigvæk kan karakteriseres koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet.

Dette spørgsmål blev behandlet i Domstolens afgørelse Kommissionen mod Italien.²⁰² Dommen angik et udbud af en tjenesteydelseskoncession vedrørende anvendelse af byaffaldet fra kommunerne i en region. Efter modtagelse af en klage over, at udbuddet blev kendetegnet som en koncessionskontrakt, lagde Kommissionen sag an mod Den Italienske Republik. Kommissionen og klagen²⁰³ mente ikke, at der forelå en koncessionskontrakt eftersom, at vederlaget ikke udelukkende kun bestod af retten til at udnytte arbejdet, samt at driftsrisikoen ikke var overdraget til entreprenøren. Kommissionen mente på baggrund heraf, at udbuddet var ugyldigt. Sagen beroede derfor udelukkende på, hvorvidt der forelå en gyldig tjenesteydelseskoncession. Domstolen udelukkede først, at kontraktens løbetid og det faktum at kontrakten var i offentlighedens interesse, havde nogen betydning for kvalificeringen af, om hvorvidt der forelå en offentlig kontrakt eller en

¹⁹⁹ Dette ses også i sag C-458/03, Parking Brixen, pr. 40. Hvor det blev bekræftet, at et vederlag for udnyttelse af et parkeringshus var gensidigt bebyrdende, da vederlaget alene bestod i den betaling der blev modtaget i parkeringsafgift.

²⁰⁰ Sag C-458/03, Parking Brixen.

²⁰¹ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 11 samt art. 5, nr. 1.

²⁰² sag C-382/05, Kommissionen mod Italien.

²⁰³ Ibid, pr. nr. 13.

koncessionskontrakt.²⁰⁴ Domstolen bemærkede herefter, at koncessionshaveren modtog et gebyr baseret på antal ton affald, som kommunen overdrog til koncessionshaveren. Derfor var det vederlag som tjenesteyderen modtog væsentligt baseret på det gebyr kommunerne betalte til tjenesteyderen.²⁰⁵ På baggrund heraf konkluderede Domstolen i sin afgørelse, at der ikke forelå en tjenesteydelseskoncession, da den væsentlige del af vederlaget kom fra ordregiveren, samtidig med, at driftsrisikoen ikke kunne anses for at være overdraget til tjenesteyderen.

Af afgørelsen Kommissionen mod Italien²⁰⁶ kan det udledes, at den væsentlige del af vederlaget skal komme fra forbrugeren. Størstedelen af vederlaget må derfor ikke komme fra ordregiveren, da kontrakten derfor ikke kan anses som gensidigt bebyrdende, hvis den private part er sikret et stort vederlag fra ordregiveren.²⁰⁷ Hvad der mere skal forstås ved, at den væsentlige del af vederlaget skal komme fra borgeren, er uvist. Det er ikke yderligere blevet defineret af Domstolen eller andre retskilder, hvorfor at det må konkluderes, at størstedelen af betalingen skal komme fra borgeren ved udnyttelse af arbejdet.

Kravet til hvornår der foreligger en koncessionskontrakt er dog senere blevet udviklet. Ikke nok med at vederlaget skal komme fra brugeren, så kan koncessionshaveren først anses at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen, når risikoen er overdraget. Dette blev præciseret i senere praksis, hvorefter det blev defineret, hvad der mere skal forstås ved en koncessionskontrakt.

Domstolens afgørelse i EuraWasser²⁰⁸ definerer nærmere, hvad der skal forstås ved udnyttelse af retten samt samspillet mellem vederlaget og udnyttelse af retten. Dommen angik et udbud af WAZV Gotha²⁰⁹ i Tyskland af en tjenesteydelseskoncession bestående i drikkevandsforsyning og bortledning af spildevand. Ved udbuddet var det fastsat at koncessionshaveren kun modtog vederlag gennem udnyttelsen af tjenesteydelsen. EuraWasser, som var tilbudsgiver klagede over, at der var valgt en forkert udbudsprocedure af WAZV Gotha, eftersom at EuraWasser ikke mente, at der forelå en koncession, men snarere en offentlig kontrakt. EuraWasser klagede både til WAZV Gotha, samt det

²⁰⁴ sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Pr. nr. 42 og 43.

²⁰⁵ Ibid, pr. nr. 35 og 36.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Sag C-206/08, EuraWasser.

²⁰⁹ WAZV Gotha var et konsortium af kommuner som der efter tysk ret var pålagt at forestå drikkevandsforsyning og bortledning af spildevand for den befolkning, som er bosat på dens område.

tyske udbudsnavn, som herefter konkluderede at udbuddet måtte anses som en offentlig tjenesteydelseskontrakt, og derfor ikke en koncessionskontrakt. WAZV Gotha appellerede denne afgørelse til Thüringer Oberlandesgericht.²¹⁰ Under denne appelsag aflagde retten 3 præjudicielle spørgsmål til Domstolen vedrørende forståelsen af, hvordan en koncessionskontrakt skulle defineres. De præjudicielle spørgsmål angik, hvorvidt det var tilstrækkeligt, for at kunne definere kontrakten som en koncession, at vederlaget alene kom fra brugeren, eller hvorvidt der i sammenhæng hermed, også skulle overdrages en risiko til koncessionshaveren. Domstolen bemærkede, at forskellen mellem en offentlig kontrakt og en koncessionskontrakt bestod i vederlaget, der skal præsteres.²¹¹ Vederlaget består nemlig i retten til at udnytte den pågældende tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde. Domstolen konkluderede derfor, at hvor en tjenesteyder godtgøres ved betalinger fra tredjemand, vil dette være en af de former, hvor der foreligger en udnyttelse af arbejdet.²¹² Dog var vederlaget ikke nok til at karakterisere kontrakten som værende en koncessionskontrakt. Domstolen bemærkede, at risikoen er en uadskillelig del af den økonomiske udnyttelse af tjenesteydelsen.²¹³ Overføres risikoen, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen ikke, er det ikke en koncessionskontrakt.²¹⁴

Det faktum at vederlaget udelukkende stammer fra brugeren af tjenesteydelsen eller bygge- og anlægsarbejdet, er derfor ikke tilstrækkeligt til at kunne konkludere, at der foreligger en koncessionskontrakt. Der skal herudover også overføres en risiko. Dette er også opsummeret i Kommissionens fortolkningsmeddelelse,²¹⁵ hvorefter *“Det kan hermed fastslås, at begrebet koncession omfatter de tilfælde, hvor staten betaler et vederlag for det udførte arbejde, forudsat at dette vederlag ikke fjerner den risiko, der er forbundet med driften. Det forhold, at det i bygge- og anlægsdirektivet præciseres, at der til retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet kan være knyttet en pris, betyder, at størstedelen af koncessionshaverens vederlag skal hidrøre fra udnyttelsen.”*²¹⁶

2.3.3.1.1 Sammenfatning

Det første krav der eksisterer, før at der kan foreligge en koncessionskontrakt, er vederlaget. Vederlaget skal bestå i en ret til at udnytte bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelsen, jf.

²¹⁰ Dette er hvad der i Danmark kan sammenlignes med Landsretten.

²¹¹ Sag C-206/08, EuraWasser, pr. 51.

²¹² Ibid, pr. 53.

²¹³ Ibid, pr. 66.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02), pkt. 2.1.2.

²¹⁶ Ibid.

koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. Vederlaget kan enten komme fra brugeren eller fra den ordregivende myndighed/enhed. Størstedelen af vederlaget skal dog iht. Kommissionen mod Italien²¹⁷ komme fra brugeren af arbejdet.

Det er dog ikke tilstrækkeligt at vederlaget alene kommer fra brugeren. Risikoen for driften er en uadskillelig del af det at udnytte koncessionskontrakten, jf. EuraWasser.²¹⁸ På baggrund heraf, skal der overdrages en driftsrisiko, før at koncessionshaveren må anses at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen. Vederlaget vil dog kunne indgå i vurderingen af, hvorvidt der er overdraget en risiko i forbindelse med driften til koncessionshaveren.

2.3.3.2 Driftsrisiko

Som anført ovenfor er det ikke nok, for at kontrakten kan karakteriseres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet, at vederlaget stammer fra forbrugeren af arbejdet. Et krav om overførsel af driftsrisikoen stammer nemlig helt tilbage fra Domstolens afgørelse i Telaustria og Telefonadress²¹⁹ i 1998, hvor Domstolen statuerede at en koncessionskontrakt først forelå, når risikoen fra driften af arbejdet var overdraget til koncessionshaver.²²⁰ Dette er endvidere blevet bekræftet i Domstolens senere afgørelse i EuraWasser,²²¹ hvoraf kravet om en overførelse af driftsrisiko til den økonomiske aktør deraf samtidigt er det eneste element, der kan adskille en offentlig kontrakt fra en koncessionskontrakt.²²² Domstolens retspraksis i de to førnævnte afgørelser har derfor ført til en kodificering af kravet om overførelse af driftsrisikoen til koncessionshaver igennem koncessionsdirektivet.

Driftsrisikoen defineres som udgangspunkt i koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. 1, 1. pkt. Heraf fremgår det, at *“Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller*

²¹⁷ Sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, pr. nr. 35 og 36.

²¹⁸ Sag C-206/08, EuraWasser, pr. 66 og 68.

²¹⁹ Sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, pr. 58.

²²⁰ For en nærmere gennemgang af pågældende dom, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, henvises til afsnit 2.3.3.1 om vederlagskravet.

²²¹ Sag C-206/08, EuraWasser, pr. 66 og 68.

²²² Kommissionens non-paper af 17. februar 2012, KOM(2011) 897 endelig, s. 9.

begge dele (...)". Driftsrisikoen kan derfor bestå i en efterspørgselsrisiko eller udbudsrisiko. Disse risici skal stamme fra koncessionshavers eksponering for markedets omskiftelighed.²²³

En efterspørgselsrisiko skal iht. koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 20, 3. pkt, forstås som "*(...) risikoen på faktisk efterspørgsel efter de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som er kontraktens genstand.*" En udbudsrisiko skal iht. Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 20, 4. pkt., nærmere forstås som: "*(...) risikoen ved leveringen af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten, navnlig risikoen for at leveringen af tjenesteydelserne ikke vil matche efterspørgslen.*"

Dette må anses at være en utydelig definition af de to begreber, hvorfor det herudfra ikke kan fastsættes med sikkerhed, hvilke præcise risici der skal overdrages, som en del af driftsrisikoen. Nedenfor, vil det derfor blive analyseret, hvad der mere kan forstås ved driftsrisikoen.

I forslaget til koncessionsdirektivet, defineres driftsrisikoen, som en efterspørgselsrisiko og en tilgængelighedsrisiko. Tilgængelighedsrisikoen bliver hertil defineret som "*risikoen i forbindelse med tilgængeligheden af den infrastruktur, som koncessionshaveren har stillet til rådighed, eller som er blevet anvendt ved leveringen af tjenesteydelser til brugerne*".²²⁴ Af den engelske version af forslaget til Koncessionsdirektivet beskrives denne tilgængelighedsrisiko som "*availability risk*", der er relateret til "*the availability of the asset.*"²²⁵ Både udbudsrisikoen og tilgængelighedsrisikoen, benyttes også af Eurostat ved dens fortolkning af en OPP.²²⁶ Her benævnes availability risk som værende risikoen, der relaterer sig til "*covering the volume and the quality of output (linked to the performance of the partner)*"²²⁷ Hvorvidt tilgængelighedsrisikoen relaterer sig til udbudsrisikoen den endelige udgave er koncessionsdirektivet er imidlertid usikkert. Det påpeges dog af Professor González,²²⁸ at tilgængelighedsrisikoen kan være en del af udbudsrisikoen, i form af den tilgængelighed af kvalitet og volume der er fra koncessionshavers leverandører, hvilket må siges at være en del af udbudsrisikoen.²²⁹

²²³ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 20, 3. pkt.

²²⁴ Kommissionens non-paper af 17. februar 2012, KOM(2011) 897 endelig, s. 26.

²²⁵ Ibid, s. 9.

²²⁶ Offentlig-private partnerskaber.

²²⁷ Eurostats Manual on Government Deficit and Debt, 2010, s. 333.

²²⁸ Francisco L. Hernández González, Professor i offentlig ret ved La Laguna Universitetet, Spanien.

²²⁹ González Francisco L. Hernández, The evolving concept of work and service concessions in EU - P.P.L.R 2016, 2. s. 51-60.

Af OECDs rapport fra 2008 omkring OPP'er uddybes det, hvad der kan forstås ved en udbuds- og efterspørgselsrisiko. I forbindelse med denne efterspørgselsrisiko nævner OECD følgende eksempler: *"changes in consumer preferences, the emergence or disappearance of substitute or complementary products, import competition, and changes in income and demographics"*²³⁰

I forhold til udbudsrisikoen, kommer OECD med følgende eksempler: *"the availability and costs of input and labour, technical and production process risks, residual value risk and risk associated with technological redundancy."*²³¹

Det er usikkert hvorvidt alle disse eksempler på udbuds- og efterspørgselsrisikoen fra OECDs rapport med sikkerhed kan inddrages i koncessionsdirektivets forståelse af de to former for risiko, da koncessionsdirektivet som sagt ikke tager stilling til, hvordan udbuds- og efterspørgselsrisikoen specifikt skal vurderes.²³² Afhandlingens forfattere vurderer dog, at disse eksempler fra OECDs rapport formentlig giver en rimelig indikation, og anvendes som fortolkningsbidrag til, hvad der nok kan forventes at kunne inddrages i disse to former for risici ved koncessioner. Som OECD også anerkender, er tilgængelighedsrisikoen en del af udbudsrisikoen.

Efterspørgsels- og udbudsrisikoen skal begge være af økonomisk karakter.²³³ Kendetegnet for både efterspørgsels- og udbudsrisikoen er samtidigt også, at de udspringer fra faktorer, der ligger uden for parternes kontrol.²³⁴ På baggrund heraf, kan det af retspraksis udledes, hvilke yderligere risici der kan defineres som henholdsvis efterspørgsels- og udbudsrisiko. Kravet om at driftsrisikoen relaterer sig til den risiko der ligger uden for parternes kontrol, er også kodificeret i tidligere praksis. I sagen Krankentransport Stadler,²³⁵ tog Domstolen beslutning om, hvad der nærmere skulle forstås ved begrebet driftsrisiko. Spørgsmålet i sagen var hvorvidt leveringen af en redningstjeneste skulle betragtes som en tjenesteydelseskontrakt eller som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Som

²³⁰ OECDs rapport af juli 2008 "Public private partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money", s. 58.

²³¹ Ibid.

²³² Koncessioner må ikke juridisk sidestilles med en OPP, men OECDs rapport er alligevel fundet fyldestgørende til at være fortolkningsbidrag. Dette skyldes, at OECD beskriver hvilke risici, der generelt gælder på et marked, og ikke kun på markedet for OPP'ere.

²³³ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 18, 2. pkt.

²³⁴ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 20, 1. pkt.

²³⁵ Sag C-274/09, Krankentransport Stadler.

led i sin besvarelse opsummerede Domstolen, hvilke former for risici, der var relateret til driftsrisikoen. I den engelske version af dommen fremgår det, at “(...) *it must be stated that the risk of the economic operation of the service must be understood as the risk of exposure to the vagaries of the market,*²³⁶ *which may consist in the risk of competition from other operators, the risk that supply of the services will not match demand, the risk that those liable will be unable to pay for the services provided, the risk that the costs of operating the services will not fully be met by revenue or for example also the risk of liability for harm or damage resulting from an inadequacy of the service.*”²³⁷ Domstolen beskæftiger sig i dennes pr. 37 med “*the exposure to the vagaries of the market*”, hvilket på dansk må oversættes til “*den del af risikoen på markedet, der er ude af parternes kontrol*”.²³⁸ Domstolen udvider således de former for risici, der er ude af parternes kontrol. Disse forskellige former for risici, må iht. den juridiske litteratur, være en del af efterspørgselsrisikoen, som defineret i koncessionsdirektivet.²³⁹

Da driftsrisikoen skal relateres til risiko, som er ude af parternes kontrol og som har en økonomisk karakter, vil risiko som følge af f.eks. dårlig forvaltning, misligholdelse fra en økonomisk aktør, samt tilfælde af force majeure ikke være afgørende for, om kontrakten kan klassificeres som en koncession. Disse former for risici kan nemlig findes i enhver form for kontrakt, uanset om det drejer sig om en offentlig kontrakt eller koncessionskontrakt.²⁴⁰ Disse undtagelser må anses at være en videreførelse af tidligere praksis, herunder i sagen Krankentransport Stadler.²⁴¹ I sammenhæng hermed inddrager Krankenstransport Stadler, at den erhvervsdrivendes urigtige skøn ligeledes ikke er en del af driftsrisikoen, da disse ligeledes er en del af enhver anden kontrakt.²⁴² Herudover definerer Kommissionen i dens non-paper af 17. februar 2012, at rent finansielle risici, som f.eks. stigning i omkostninger for lån af kapital, lovgivningsmæssig risici og byggerisiko, heller ikke falder under begrebet driftsrisiko. Disse førnævnte eksempler kan ikke anses som værende risici af rent økonomisk

²³⁶ Det skal bemærkes, at den danske version af dommen ikke benævner, at risikoen skal være ude af parternes kontrol. I stedet definerer den risikoen som “*Den risiko der findes på markedet*”. Dette må dog siges at være en meget utvetydig definition, da både den franske og engelske version af samme dom beskæftiger sig med “*exposure to the vagaries of the market*”, som indikere den del af markedet der er ude af parternes kontrol. Derfor må begrebet som nævnt i dommen forstås som risikoen der er ude af parternes kontrol.

²³⁷ Sag C-274/09, Krankentransport Stadler, pr. 37. Egne understregninger.

²³⁸ <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/vagaries>, senest besøgt d. 03-03-2019

²³⁹ González Francisco L. Hernández, “the evolving concept of works and service concessions in European Union Law” P.P.L.R 2016, 2, 51-60.

²⁴⁰ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 20, 2. pkt.

²⁴¹ Sag C-274/09, Krankentransport Stadler, pr. 38.

²⁴² Ibid.

karakter, hvilket driftsrisikoen skal være.²⁴³ På baggrund heraf, kan disse finansielle risici derfor ikke opfattes som driftsrisiko.

Slutteligt må det også bemærkes, at uforudsete omstændigheder ikke skal overdrages i forbindelse med driftsrisikoen. Baggrunden herfor må udledes af koncessionsdirektivets art. 43, stk. 1, som hjemler en mulighed for at ændre koncessionskontrakten ved uforudsete omstændigheder. Dette afspejles også af at driftsrisikoen skal overdrages således, at der er risici for at koncessionshaver ikke kan være sikker på tjene sine investeringer tilbage igen under normale driftsbetingelser.²⁴⁴ At risikoen derfor skal relatere sig til normale driftsbetingelser, medfører, at uforudsete omstændigheder ikke er en del af driftsrisikoen. Driftsrisikoen skal derfor relatere sig til den risiko, der er ude af parternes kontrol, men som kan forudses af kontraktparterne under normale driftsbetingelser.

2.3.3.2.1 Sammenfatning

Koncessionshaver skal modtage størstedelen af vederlaget fra forbrugeren gennem udnyttelse af bygge- og anlægsarbejdet. Før bygge- og anlægsarbejdet derfor kan siges at være udnyttet af koncessionshaver, skal driftsrisikoen overdrages til netop denne. Dette er det vigtigste element for at kunne adskille en koncessionskontrakt fra en offentlig kontrakt.

Driftsrisikoen der skal overdrages, skal være de risici der er ude af parternes kontrol, og som har en økonomisk karakter. Disse relaterer sig til en efterspørgsels- eller udbudsrisiko, hvilket herunder nok også indebærer en tilgængelighedsrisiko. I forbindelse med efterspørgselsrisikoen, findes risici om konkurrencen fra andre på markedet, risici for at omkostningerne ikke dækkes af omsætningen, risici for at brugerne ikke kan betale for servicen, samt risici der relaterer sig til produktansvar. Dette betyder også, at finansielle risici, samt risici relateret til force majeure eller dårlig forvaltning ikke kan anses for, at være en driftsrisiko der skal overdrages iht. Koncessionsdirektivet, da disse findes i alle kontrakter generelt. Samtidig må risikoen ikke skyldes uforudsete omstændigheder, hvorfor driftsrisikoen skal overdrages under normale driftsbetingelser.

Hvad der mere kan forstås ved en efterspørgsels- og udbudsrisiko, er usikkert. Definitionen i koncessionsdirektivet er meget bred, samtidig med at Domstolens tidligere retspraksis, som behandlet

²⁴³ Driftsrisikoen skal være af rent økonomisk karakter, hvilket både fremgår af Kommissionens non-paper af 17. februar 2012 KOM(2011) 897 endelig og koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 18.

²⁴⁴ Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

i afsnittet ovenfor ikke har defineret mere specifikt, hvilke former for risici der skal overdrages til koncessionshaveren. Dette må derfor formentlig bero på et skøn hos ordregiveren.

2.3.3.3 Andel af risiko der skal overdrages til den økonomiske aktør

Som beskrevet ovenfor, er definitionen af en koncessionskontrakt i koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, 2. pkt., at der skal overdrages en driftsrisiko, så koncessionshaver ikke er garanteret, at tjene sine investeringer tilbage igen. Dette antyder derfor, at hele risikoen ikke nødvendigvis er nødsaget til at blive overdraget, før der kan være tale om en koncession i henhold til koncessionsdirektivet. Spørgsmålet bliver så, hvor stor en del af driftsrisikoen der rent faktisk skal overdrages, før koncessionshaveren ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen.

Spørgsmålet har medført en del problemstillinger i tidligere retspraksis før koncessionsdirektivets ikrafttrædelse. Retsstillingen før koncessionsdirektivet var, at der skulle overdrages en *væsentlig* driftsrisiko,²⁴⁵ og ikke som efter ikrafttrædelsen af koncessionsdirektivet, hvor der “blot” skal overdrages en driftsrisiko.²⁴⁶ Dette blev allerede statueret i Domstolens afgørelse i Oymanns,²⁴⁷ som blev afsagt før koncessionsdirektivets ikrafttrædelse. Dommen omhandlede et udbud af ortopædiske sko, hvor der var indgået en rammeaftale med flere økonomiske aktører på markedet. Kontrakten kunne dog ikke ses at være en koncession, eftersom at størstedelen af vederlaget blev modtaget fra ordregiveren selv, samtidig med, at efterspørgselsrisikoen var forudsigelig.²⁴⁸ Domstolen udtalte hertil:

“... Den betydelige risiko forbundet med udnyttelsen af de omhandlede aktiviteter (...) bæres følgelig ikke af den erhvervsdrivende i det foreliggende tilfælde.²⁴⁹ (...) hvorfor den pågældende erhvervsdrivende hverken råder over nogen økonomisk frihed, hvilket kendetegner en situation med en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, eller nogen væsentlig risiko forbundet med udnyttelsen af sine tjenesteydelser”²⁵⁰

²⁴⁵ Som bl.a. omtalt i sag C-300/07, Oymanns.

²⁴⁶ Kravet om at koncessionshaveren skal bære en væsentlig del af driftsrisikoen fremgår af Parlamentets og Rådets forslag til direktivet, KOM(2011) 897 endelig, det fremgår forslaget art. 2, stk. 2, at retten til at udnytte ydelsen indebærer, at den væsentlige driftsrisiko overføres til koncessionshaveren. Dog fremgår dette ikke af det endelige koncessionsdirektivs art. 5.

²⁴⁷ Sag C-300/07, Oymanns.

²⁴⁸ Ibid, pr. 74.

²⁴⁹ Ibid, pr. 75.

²⁵⁰ Ibid, pr. 73.

Som det derfor kan læses i Oymanns, har det været antaget, at koncessionshaveren skulle bære den væsentlige driftsrisiko ved udnyttelse af bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen. Her blev der vurderet på den samlede risiko, som koncessionshaveren bar ved at udnytte det pågældende arbejde. Samme definitionen fandtes i Kommissionen mod Italien,²⁵¹ som refereret nedenfor.

Begrebet væsentlighed blev dog ændret ved EuraWasser.²⁵² Her fastslog Domstolen, at der ikke skulle kigges på den samlede risiko på markedet ved at udnytte arbejdet, men derimod udelukkende på den risiko ordregiveren bar og herefter kunne overdrage. Derfor behøvede risikoen ikke at i sig selv, at være væsentlig, så længe den overdragede risiko, som ordregiveren havde, var væsentlig.²⁵³ Domstolen definerede dette begreb, som “... for at det kan konkluderes, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, [er det] nødvendigt, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den løber, til koncessionshaveren”. Samme måde at fortolke væsentlighedskravet på, blev videreført i senere domme som f.eks. Norma²⁵⁴ og Krankentransport Stadler.²⁵⁵ Det har i litteraturen været meget omdiskuteret,²⁵⁶ da det indebærer, at et marked med begrænset risiko kan udbydes som en koncession, så længe den risiko som den ordregivende myndighed bærer bliver overdraget. Dette er derfor ikke i overensstemmelse med Oymanns,²⁵⁷ hvor det blev fastsat, at der var et krav om at risikoen var væsentligt overdraget, når koncessionshaveren gennem udnyttelsen af bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelse, bar den væsentlige del af risikoen på markedet.

På baggrund af ovenstående usikkerhed om, hvordan væsentlighed nærmere skal forstås sigtedes der ved det nye koncessionsdirektiv, at fjerne denne usikkerhed.²⁵⁸ I forslaget til koncessionsdirektivets art. 2, stk. 1, videreførte man kravet om, at der skulle overdrages en driftsrisiko af væsentlig karakter, hvorefter det blev fastslået, at “*The level of risk is considered as substantial if the concessionaire is*

²⁵¹ Sag C-437/07, Kommissionen mod Italien.

²⁵² Sag C-206/08, EuraWasser.

²⁵³ Hansen, Carina Risvig, Contracts not covered or not fully covered by the public sector directive, 2012, s. 93.

²⁵⁴ Sag C-348/10, Norma, samt Hamer, Carina Risvig, 2016, s. 285.

²⁵⁵ Sag C-274/09, Krankentransport Stadler.

²⁵⁶ Risvig Hansen, Carina, Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive, 2012, s. 93-96. Endvidere også omtalt i Kotsonis, Totis “The role of risk in defining a services concession contract: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (sag C-206/08) (WAZV), (2010) PPLR no. 1, NA4-12.

²⁵⁷ Sag C-300/07, Oymanns.

²⁵⁸ Kommissionens non-paper af 17. februar 2012, 2011/0437 (COD).

not guaranteed to recoup the investments made or the costs incurred in operating the works or the services which are the subject-matter of the concession.”²⁵⁹

Der blev derfor indført et nyt begreb, hvorefter koncessionshaveren har fået overdraget den væsentlige driftsrisiko, såfremt han ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen. Ordet “væsentlig risiko” er dog blevet fjernet i det endelige koncessionsdirektiv, hvor at det kun benævnes som at risikoen skal overdrages. Derfor bliver spørgsmålet, hvorvidt at forslaget til koncessionsdirektivet kan anvendes som fortolkningsbidrag til udledelsen af, hvornår risikoen er korrekt overdraget til koncessionshaver.

Da ordlyden af koncessionsdirektivet derfor ikke viderefører dette krav om, at der skal overdrages en væsentlig driftsrisiko, bør driftsrisikoen i stedet anses for overdraget når, koncessionshaveren ikke er garanteret, at kunne tjene sine investeringer tilbage igen²⁶⁰. Dette antyder, at en stor del af driftsrisikoen må siges at skulle overdrages til koncessionshaveren. Samtidig hermed, skal den del af risikoen der overføres “... være en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt.”²⁶¹ Det er dog stadigvæk klart, at hele risikoen ikke skal overdrages, da vederlaget delvist kan komme fra ordregiveren.²⁶²

På baggrund af ovenstående antydes det derfor, at der stadigvæk foreligger et væsentlighedskrav i den forstand, at der skal ske en reel eksponering for markedets omskiftelighed, samtidig med, at koncessionshaveren ikke må være garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen. Overdragelsen af driftsrisikoen, må derfor på baggrund af ovenstående ikke være at ubetydelig karakter.

Samme holdepunkt har *González*,²⁶³ som konkluderer, at “*However, this change in the wording of the Directive does not alter the substantial or significant nature off the risk, inasmuch as it acknowledges that the concession contract is compatible with the fact that a part of the risk remains with the contracting authority or contracting entity*”. *González* finder ligeledes, at selvom ordlyden

²⁵⁹ Ibid, s. 8.

²⁶⁰ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 18.

²⁶¹ Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, litra b.

²⁶² Ibid, litra a og b.

²⁶³ González Francisco L. Hernández, “The evolving concept of works and service concessions in European Union Law”, P.P.L.R. 2016, 2, 51-60.

af koncessionsdirektivet har ændret sig, skal der stadigvæk ske en væsentlig overdragelse af risikoen fra ordregiveren.

Ændringen af ordlyden fra forslaget til det endelige koncessionsdirektiv ændrer herefter formodentlig ikke på, at der stadigvæk skal overdrages en risiko af væsentlig betydning. Kravet om at koncessionshaveren ikke må være garanteret at tjene sine omkostninger og investeringer tilbage, er dog en målestok, som er inddraget i henholdsvis forslaget til koncessionsdirektivet, samt det endelige koncessionsdirektiv, for hermed at skabe en større sikkerhed på forståelsen af, hvornår der er overdraget tilstrækkelig driftsrisiko.²⁶⁴

Hvornår koncessionshaveren ikke er garanteret at tjene sine investeringer og omkostninger tilbage, er dog uvist. Begrebet behandles ikke i tidligere praksis som nævnt ovenfor, og der er endvidere heller ikke kommet nyere praksis til siden koncessionsdirektivet. Det er derfor usikkert hvad der nærmere skal forstås ved dette krav. Kravet om at koncessionshaveren ikke skal være garanteret at tjene sine investeringer tilbage, er dog baseret på en tankegang om, at koncessionshaveren skal bære risikoen for et potentielt tab. Kravet om at der skal bæres et potentielt tab baserer sig implicit af tidligere praksis, jf. Kommissionens non-paper af 17. februar 2012.²⁶⁵ Da risikoen der skal overdrages derfor stadigvæk skal være væsentlig, og da reglerne er baseret på tidligere praksis, kan tidligere praksis som følge heraf måske give et syn på, hvornår koncessionshaveren bærer en stor nok driftsrisiko.

I sagen Kommissionen mod Italien²⁶⁶ blev der taget stilling til, hvorvidt kontrakten skulle betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt eller som en koncessionskontrakt på bygge- og anlæg.²⁶⁷ Ordregiveren skulle iht. kontrakten finansiere 60% af kontraktsummen, hvorefter den økonomiske aktør finansierede de resterende 40%. I den underliggende kontrakt, blev udnyttelsen af ydelsen, herunder opkrævningen af betalingen hos brugeren, tildelt en anden tjenesteyder. Denne tjenesteyder skulle betale et gebyr til koncessionshaveren, hvorfor at koncessionshaveren kunne finansiere de 40% af kontraktsummen. Domstolen konkluderede, at dette ikke kunne defineres som en koncessionskontrakt på baggrund af, at der ikke var overdraget en tilstrækkelig risiko til koncessionshaveren, i og med, at koncessionshaveren finansierede de 40% af kontraktsummen

²⁶⁴ Kommissionens non-paper af 17. februar 2012, 2011/0437 (COD).

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Sag C-437/07, Kommissionen mod Italien.

²⁶⁷ Ibid, pr. 1.

gennem et gebyr opkrævet hos tjenesteyderen.²⁶⁸ Kontrakten skulle derfor anses som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, og ikke en koncession på bygge- og anlæg.²⁶⁹ Dommen antyder at den risiko der skal overdrages skal medføre, at koncessionshaver selv skal finansiere mere end 40% af kontrakten. Denne forståelse kan anvendes i forhold til koncessionsdirektivet, i og med, at dette indirekte må betyde, at koncessionshaver skal finansiere mere end 40% af koncessionskontrakten for ikke at være garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen.

I Oymanns,²⁷⁰ som refereret ovenfor, var der ikke overdraget en tilstrækkelig risiko, da den eneste risiko som koncessionshaveren løb, var risikoen for at forbrugerne fravalgte produktet og derfor handlede med andre konkurrenter (dvs. efterspørgselsrisiko). Dette var dog ikke tilstrækkeligt, da vederlaget kom fra den ordregivende myndighed, samtidig med, at efterspørgslen var forudsigelig. På baggrund heraf, forelå der en offentlig kontrakt.²⁷¹ Af dommen kan det derfor udledes, at vederlaget der betales kan være en god målestok for, hvorvidt risikoen er overdraget, samtidig med at efterspørgslen ikke må kunne forudsiges. Samme holdepunkt kan læses af Parking Brixen,²⁷² hvorefter den væsentlige risiko var overdraget, da vederlaget alene kom fra tredjemand gennem opkrævning af parkeringsudgifter.²⁷³ Som følge af dette, har vederlaget en betydning for, om risikoen er overdraget. Stammer vederlaget nemlig udelukkende fra tredjemand, må driftsrisikoen siges at være overdraget.

Herudover udtaler fagekspert i EU-udbudsret *Burnett*²⁷⁴ i sin artikel, at: “... *Clearly if the extent of the guaranteed amount were to exceed, say, 50%, of the total expected income of the private partner, this would raise questions about the extent to which the private partner was accepting risk*”²⁷⁵

Burnett konkluderer derfor, at der skal sættes spørgsmålstejn ved om der sker en overdragelse af risiko, når den garanterede betaling overstiger 50% af den forventede indtjening af kontrakten. Burnetts udtalelser er også i overensstemmelse med, hvad der fremgår af Kommissionens

²⁶⁸ Sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, pr. 11 og 15.

²⁶⁹ Ibid, pr. 33-35.

²⁷⁰ Sag C-300/07 Oymanns.

²⁷¹ Ibid, Pr. 74.

²⁷² Sag C-458/03 Parking Brixen.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Michael Burnett, f. England, der med sine mere end 20 årige erfaring indenfor EU-udbudsret bl.a. rådgiver Kommissionen og medlemsstater omkring offentlig private partnerskaber m.v.

²⁷⁵ Burnett, Michael “A new EU Directive on Concessions - The right Approach for PPP?”, 2008, European Procurement & Public Private Partnership nr. 3, s. 110.

fortolkningsmeddelelse, da *“Det forhold at det i bygge- og anlægsdirektivet præciseres, at der til retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet kan være knyttet en pris, betyder at størstedelen af koncessionshaverens vederlag skal hidrøre fra udnyttelsen.”*²⁷⁶ Dette må derfor virke som en god målestok, og kan måske ligestilles med udgangspunktet i Kommissionen mod Italien,²⁷⁷ som et indicium om, at koncessionshaver ikke må være garanteret en for stor betaling.

Selvom der skal overdrages en driftsrisiko, kan der, jf. Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 19, alligevel foreligge en koncessionskontrakt i sektorer, hvor der foreligger begrænsede risici. Dette vil efter koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 19, 2. pkt., være tilfældet ved sektorer der regulerer tariffer, eller når driftsrisikoen er begrænset ved kontraktforhold, der yder delvis kompensation, herunder kompensation i tilfælde af tidligt ophør af koncessionen af årsager der kan tilskrives den ordregivende myndighed, ordregivende enhed eller force majeure. Det er dog ikke en koncessionskontrakt, når den sektorspecifikke regulering eliminerer risikoen.²⁷⁸

Som følge heraf må det stå klart at selv markeder med begrænsede risici, kan anses som værende en koncession, så længe at koncessionshaveren ved udnyttelsen af arbejdet, ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

2.3.3.3.1 Sammenfatning

En driftsrisiko er først overdraget når koncessionshaver ikke er garanteret, at tjene sine omkostninger og investering tilbage igen, samtidig med, at et potentiel tab ikke er ubetydeligt, jf. Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

På baggrund af juridisk litteratur, samt forslaget til koncessionsdirektivet, tyder det dog på, at der stadigvæk skal overdrages en risiko af væsentlig betydning hvor, at koncessionshaver ikke kan være garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen. Det må på denne baggrund stadigvæk anses at være usikkert, hvornår der helt præcist er overdraget en så tilstrækkelig driftsrisiko, at koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen. Koncessionsdirektivet har på baggrund heraf, ikke skabt den juridiske sikkerhed, som direktivet ellers lovede.

²⁷⁶ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02), pkt. 2.1.2.

²⁷⁷ Sag C-437/07, Kommissionen mod Italien.

²⁷⁸ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 19.

Da væsentlighedskravet stadigvæk må anses at gælde, giver tidligere retspraksis en god indikation om, hvornår en væsentlig driftsrisiko er overdraget.

På baggrund af tidligere retspraksis, vil en driftsrisiko kunne anses at være overdraget på en væsentlig måde, når koncessionshaver i det mindste finansierer mere end 40% af koncessionskontrakten. Herudover kan vederlaget være en indikation på, om den væsentlige risiko er overdraget. Så længe vederlaget alene kommer fra tredjemand igennem brugen af arbejdet eller tjenesteydelsen, kan risikoen anses for at være overdraget. Vederlaget spiller derfor en afgørende rolle ved vurderingen af, hvorvidt driftsrisikoen er overdraget på en væsentlig måde. Betales der dog et vederlag fra ordregiver til koncessionshaver, vil driftsrisikoen formodentlig være overdraget på en væsentlig måde, når over 50% af vederlaget stadigvæk stammer fra forbrugeren.

Slutteligt er det muligt at udbyde en koncessionskontrakt selvom risikoen på markedet er begrænset på baggrund af tariffer eller lignende. Dette betyder derfor, at risikoen, som ordregiveren bærer på markedet, alene skal overdrages, således, at koncessionshaveren ikke er garanteret at tjene sine omkostninger og investeringer tilbage igen.

2.4 Kontraktens varighed

Selvom det ikke er et krav i selve definitionen af en koncession efter koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, kan kontraktens længde have en vis betydning for, hvorvidt driftsrisikoen er overdraget til koncessionshaveren.

Koncessionskontrakten skal som udgangspunkt være af begrænset varighed, jf. koncessionsdirektivets art. 18, stk. 1, således at EU-traktatens frie bevægelighedsregler som analyseret i afsnit 2.2.1.2 ikke overskrides, jf. koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 52.

Hvor lang koncessionskontrakten dog må være, fremgår ikke af koncessionsdirektivets art. 18, stk. 1.

I stedet fastlægges dette i koncessionsdirektivets art. 18, stk. 2:

"For koncessioner, der varer mere end fem år, må koncessionens maksimale varighed ikke overstige den tid, der anslås at være nødvendig, for at koncessionshaveren kan tjene de foretagne investeringer i driften af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ind

igen sammen med et afkast på den investerede kapital, idet der tages hensyn til, hvilke investeringer der kræves, for at opnå de specifikke kontraktuelle mål.”²⁷⁹

Koncessionskontrakter over 5 år skal derfor vurderes ud fra hvilke investeringer, der er foretaget i koncessionskontrakten fra koncessionshavers side. Denne vurdering skal begrundes ud fra, hvad der er nødvendigt for, at koncessionshaveren kan tjene sine investeringer ind med et afkast. Der skal derfor foretages en “nødvendighedstest”. Ved vurderingen tages der hensyn til ”... *de oprindelige investeringer og eventuelt yderligere investeringer under koncessionens levetid*”.²⁸⁰

Denne vurdering af nødvendighed skal sidestilles med en proportionalitetstest, jf. Kommissionens non-paper af den 24. februar 2012.²⁸¹

En koncessionskontrakt med en varighed på under 5 år, kræver herved ingen proportionalitetstest. Dette må kunne udledes, modsætningsvis af koncessionsdirektivets art. 18, stk. 2. Baggrunden for denne grænse kan udledes af Europarådets ændringsforslag til forslaget til koncessionsdirektivet, hvor ordlyden i koncessionsdirektivets art. 18 blev formuleret i sin endelige form.²⁸² Ordlyden af koncessionsdirektivets art. 18 blev her begrundet med, at en varighed på under 5 år, ikke anses at kunne begrænse de frie bevægelighedsregler, som art. 18 netop prøver at beskytte.²⁸³

Længden af koncessionskontrakten kan have en vigtig betydning for, om hvorvidt driftsrisikoen er overdraget, jf. koncessionsdirektivets art 5, nr. 1. I henhold til koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1 statueres det nemlig, at driftsrisikoen skal overdrages til koncessionshaveren så han ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen. I modsætning hertil, må kontrakten længde iht. koncessionsdirektivets art. 18, stk. 2, have en varighed der er nødvendig for, at koncessionshaveren kan tjene sine investeringer, samt et muligt afkast. På grund af ordlyden af disse to bestemmelser, antydes det, at kontraktens længde øger sandsynligheden for, at koncessionshaver kan tjene sine investeringer tilbage igen med et afkast. En lang kontrakt, kan på baggrund af denne ordlyd øge garantien for, at koncessionshaver tjener sine investeringer tilbage igen. Derfor tyder dette på, at

²⁷⁹ Egne understregninger.

²⁸⁰ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 52.

²⁸¹ Kommissionens non-paper af 17. februar 2012 KOM(2011) 897 endelig, s. 4.

²⁸² Wolswinkel, Johan, The magic of five in the duration of concessions: refining corollaries in the Concessions Directive, s. 326.

²⁸³ Europarådets forslag af 12. juli 2012 - 2011/0437 (COD). [<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12489-2012-INIT/en/pdf>]

kontraktens varighed har relevans for, om driftsrisikoen er overdraget, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

Af Kommissionens fortolkningsmeddelelse,²⁸⁴ kan det læses, at *“However, even within public works contracts, part of the risk may be borne by the contractor. However, the duration of concessions makes these risks more likely to occur, and makes them relatively greater.”*. Af denne definition kan det i modsætning til ordlyden af de 2 bestemmelser udledes, at risikoen kan blive større desto længere tid kontrakten løber. Dette tyder derfor på, at en længere kontrakt, øger den driftsrisiko der overdrages til koncessionshaver.

Det er derfor usikkert, hvorvidt kontraktens længde øger den overdragne driftsrisiko eller om den mindsker driftsrisikoen der overdrages.

Denne usikkerhed kan derfor være relevant ved vurderingen af driftsrisikoens overdragelse. I Kommissionen mod Italien,²⁸⁵ fremgår det dog, at *“(…) aftalers lange løbetid og den omstændighed, at tjenesteyderne ved gennemførelsen af aftalerne i begyndelsen skal foretage væsentlige investeringer, er endvidere heller ikke afgørende for disse aftalers kvalificering”*.²⁸⁶

Kontraktens længde kan derfor ikke være det afgørende moment i forbindelse med, om en driftsrisiko er overdraget på en væsentlig måde, men det kan have betydning.

Usikkerheden ses ligeledes omtalt i den juridiske litteratur. Ifølge Risvig, har en længere varighed på koncessionskontrakten den indflydelse, at jo længere kontrakten er, desto større chance er der for at den økonomiske risiko vil blive reduceret for den økonomiske aktør.²⁸⁷ I modsætning hertil påpeger Graells og Wolswinkel²⁸⁸ at en længere kontraktslængde kan medføre, at der vil være en større risiko for, at der vil ske noget uventet på markedet, som²⁸⁹ herefter øger den økonomiske risiko.²⁹⁰ Der foreligger derfor en usikkerhed i litteraturen på, hvorvidt en lang kontrakt øget eller formindsker risikoen på markedet.

²⁸⁴ Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02) pkt. 2.1.2.

²⁸⁵ Sag C-382/05, Kommissionen mod Italien.

²⁸⁶ Ibid, pr. 42.

²⁸⁷ Risvig Hansen, Carina, Contracts not covered or not fully covered by the public sector directive, 2012, s. 88. Endvidere også omtalt i Ølykke, Grith, Hansen, Carina Risvig og Tvarnø, Christina D., EU public procurement - Modernisation, Growth and innovation, Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives, 2012, s. 244.

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Sanchez-Graells, Dr. Albert, “What need and logic for a new directive on concessions, particularly regarding the issue of their economic balance?” European Procurement & Public Private Partnership Law Review, s. 100.

Det fremgår ikke yderligere, hverken af forarbejder eller juridisk litteratur, om kontraktens længde kan øge de risici der pålægges koncessionshaver eller om disse vil sænkes. Ordregiver er derfor nødsaget til, at foretage et konkret skøn om, hvorvidt koncessionskontrakten er for lang, således at driftsrisikoen, selvom den er overdraget iht. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, i stedet garanterer for at koncessionshaver kan tjene sine investeringer tilbage igen.

2.4.1.1.1 Sammenfatning

Som det fremgår af koncessionsdirektivets art. 18, stk. 2, kan koncessionskontrakten have en, som ud fra proportionalitetsprincippet skønnes nødvendig for at kunne tjene sine investeringer tilbage, samt et eventuelt afkast. En varighed på kontrakten på under 5 år, vurderes dog at kunne sættes uden en sådan proportionalitetstest. På baggrund af at en lang varighed på kontrakten kan øge muligheden for at koncessionshaver kan tjene sine investeringer tilbage, kan dette muligvis påvirke hvorvidt driftsrisikoen er væsentligt overdraget, i henhold til koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

Som følge af afgørelsen i sagen Kommissionen mod Italien,²⁹¹ kan kontraktens længde ikke siges at være en afgørende faktor for, om der foreligger en koncessionskontrakt eller ej. Dog spiller kontraktens længde en indirekte rolle til fastsættelsen af, hvorvidt der er overdraget en tilstrækkelig driftsrisiko til koncessionshaveren. Som det påpeges i litteraturen, kan en længere varighed på kontrakten medføre en reducere i den risiko, som den økonomiske aktør påtager sig. En lang koncessionskontrakt kan derfor reducere risikoen der er overdraget, hvorefter den økonomiske aktør i højere grad kan være garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen. Det er dog usikkert, hvorvidt en lang kontrakt også kan øge risikoen, således at det kan være et argument for at driftsrisikoen faktisk er overdraget.

Koncessionskontraktens længde må derfor ikke være så lang at koncessionshaveren er garanteret at kunne tjene sine investeringer tilbage, og heraf heller ikke med et afkast. Hvad der skal inddrages i denne vurdering, er dog uvist. Ordregiveren må derfor foretage en skøn heraf.

²⁹¹ Sag C-382/05, Kommissionen mod Italien.

2.5 Den juridiske analyses udgangspunkt i forhold til casen

For at et udbud vedrørende opførelsen af et parkeringshus, skal kunne defineres i henhold til koncessionsdirektivet, skal der først og fremmest foreligge en ordregivende myndighed og en økonomisk aktør. Grundet koncessionsdirektivets brede forståelse af begge begreber, skal ordregiveren blot være en kommune eller lign, jf. koncessionsdirektivets art. 6, hvorefter den økonomiske aktør, vil kunne være et hvilken som helst selskabsform, jf. koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 52. Da udbuddet angår en opførelse af et parkeringshus, må dette ligeledes anses for at være en kontrakt på bygge- og anlægsarbejde, da hovedydelsen vil være en opførelse af byggeriet.

Det svære bliver herefter, hvorvidt der er overdraget en driftsrisiko til koncessionshaveren. Som det blev konkluderet ovenfor, vil man ikke kunne sige med sikkerhed, hvornår at denne driftsrisiko er tilstrækkelig overdraget, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. I denne forbindelse vil ordregiver anbefales at skulle overdrage efterspørgsels- og udbudsrisikoen herunder særligt risikoen for manglende efterspørgsel,²⁹² eller risiko for et erstatningskrav fra tredjemand,²⁹³ da disse former for risici særligt vil kunne have relevans for parkeringshuse, hvis ingen vil parkere i huset, eller hvis en bil evt. ødelægges, på grund af, at taget på parkeringshuset evt. falder sammen og ødelægges en bil. Hvor stor en del af disse risici der skal overdrages, er usikkert, da det vil være svært at vurdere, hvornår koncessionshaver ikke vil være garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, 2 pkt. Såfremt ordregiver skal være garanteret at risikoen er overdraget, bør han, som tilfældet var ved Kommissionen mod Italien²⁹⁴ undgå at betale vederlag til koncessionshaver, således at hans eneste indtjening stammer fra driften af parkeringshuset. Som det blev konkluderet i Kommissionen mod Italien²⁹⁵ og senere juridisk litteratur²⁹⁶ vil en sådan foranstaltning betyde, at ordregiveren kan være sikker på at driftsrisikoen vil være overdraget.

²⁹² Efter koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

²⁹³ Krankentransport Stadler, pr. 37.

²⁹⁴ sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Pr. nr. 42 og 43.

²⁹⁵ Ibid

²⁹⁶ Sanchez-Graells, Dr. Albert, "What need and logic for a new directive on concessions, particularly regarding the issue of their economic balance?" European Procurement & Public Private Partnership Law Review, s. 100.

2.6 Juridisk delkonklusion

Det kan af den juridiske analyse konkluderes, at en kontrakt på bygge- og anlæg først kan karakteriseres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet, såfremt der foreligger en koncessionskontrakt på bygge- og anlæg mellem en økonomisk aktør og en ordregivende myndighed/enhed, jf. koncessionsdirektivets art. 1, stk. 2.

Både definitionen af en økonomisk aktør, jf. Art. 5, nr. 2, samt definitionen af en ordregivende myndighed/enhed, jf. koncessionsdirektivets art. 6 og 7 er brede og indeholder derfor samtlige private aktører, og offentlige myndigheder, herunder f.eks. kommuner.

Vurderingen af, hvornår der foreligger en koncessionskontrakt på bygge- og anlæg er i modsætning hertil, den svære vurdering ved, hvornår en kontrakt kan karakteriseres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet. Før en koncessionskontrakt er en kontrakt på bygge og anlægsarbejder, skal der iht. Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02), pkt. 2.1.1, foreligge et opførelseselement. Bærer kontrakten dog præg af henholdsvis en tjenesteydelse og bygge- og anlægsarbejder, vurderes kontrakten ud fra den primære ydelse der skal leveres.

En kontrakt på bygge- og anlægsarbejder er herefter først en koncessionskontrakt i koncessionsdirektivets forstand, såfremt (1) vederlaget består i en ret til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, og (2) at en driftsrisiko er overdraget til koncessionshaver, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

Det første krav omkring vederlaget indebærer, at en væsentlig del heraf skal komme fra forbrugeren gennem opkrævning af afgifter, jf. Kommissionen mod Italien.²⁹⁷ Dette indebærer, at vederlaget delvist kan komme fra ordregiveren, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, litra a, men at størstedelen heraf skal stamme fra forbrugerafgiften der sættes.

I sammenhæng hermed skal en driftsrisiko ligeledes overdrages til koncessionshaver, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, 2 pkt. Dette indebærer, at der skal overdrages henholdsvis en efterspørgsels- og udbudsrisiko. Begge risici er kendetegnet ved, at de skal være ude af koncessionshavers kontrol og være af økonomisk karakter, jf. koncessionsdirektivets

²⁹⁷ Sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Pr. nr. 42 og 43.

præambelbetragtning nr. 18. Finansielle risici og risici der befinder sig i alle former for kontrakter, som f.eks. force majeure, er derfor ikke en del af denne driftsrisiko. Dog er det usikkert, hvilket yderligere risici der kan defineres som driftsrisiko iht. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, 2. pkt. Bestemmelsen er derfor meget bred, og medfører en stor usikkerhed for ordregiver. På baggrund af forslaget til koncessionsdirektivet samt tidligere retspraksis fra Domstolen, vil en tilgængelighedsrisiko, samt risiko for erstatning fra tredjemand o.l. også vil være en del af driftsrisikoen.

Driftsrisikoen skal overdrages på en væsentlig måde, hvor koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage, samtidig med, at den risiko, som koncessionshaver bærer, ikke er af minimal karakter. Hvornår dette er tilfældet blev konkluderet at være meget usikkert på baggrund af en manglende praksis herom. I henhold til sag Kommissionen mod Italien²⁹⁸ blev det konkluderet, at den risiko der skal overdrages, i hvert fald skal medføre en større fordeling end 40/60. Herudover er en god indikation på, hvorvidt driftsrisikoen væsentlig er overdraget, at størstedelen af vederlaget skal komme fra forbrugeren af det præsterede koncessionsarbejde.

Varigheden kan slutteligt have en betydning for, hvorvidt driftsrisikoen er overdraget på en væsentlig måde. Det er dog usikkert, hvilken effekt en langvarig kontrakt har på koncessionskontrakten, da det både af forarbejder og litteraturen er diskuteret, om en lang varighed øger eller formindsker den risiko, som koncessionshaver påtager sig. Varigheden må dog ikke være det afgørende moment for, hvorvidt driftsrisikoen er overdraget på en væsentlig måde.

²⁹⁸ Som f.eks. Sag C-437/07, Kommissionen mod Italien.

3 - Økonomisk analyse

3.1 Indledning

Udgangspunktet for afhandlingens økonomiske kapitel vil være at analysere, hvornår det for ordregiver kan realisere økonomiske fordele ved at udbyde en koncessionskontrakt sammenlignet med en offentlig kontrakt.

Den økonomiske analyse vil til dette spørgsmål starte ud med at analysere de mulige fordele der er ved at indgå en koncessionskontrakt, for herefter at foretage en overgang til analysen af, hvilke økonomiske incitamentsproblemer der opstår, når en ordregiver vælger at udbyde en koncessionskontrakt. Denne fremgangsmåde er anvendt for at skabe en sammenhæng til afhandlingens integrerede kapitel.

Tilgangen til analysen i dette kapitel vil være ud fra afhandlingens økonomiske problemformulering og afgrænsningen i kapitel 1, hvorfor fokus stadig kun er på koncessionskontrakter indenfor bygge- og anlægsarbejde og på den efterfølgende drift heraf. For at give et konkret bud på, hvordan de økonomiske teorier fungerer sammen og påvirker ordregiver og koncessionshaver, vil den fiktive case omkring udbuddet af kontrakten på opførelse og drift af et parkeringshus stadig være omdrejningspunktet for den økonomiske analyse.

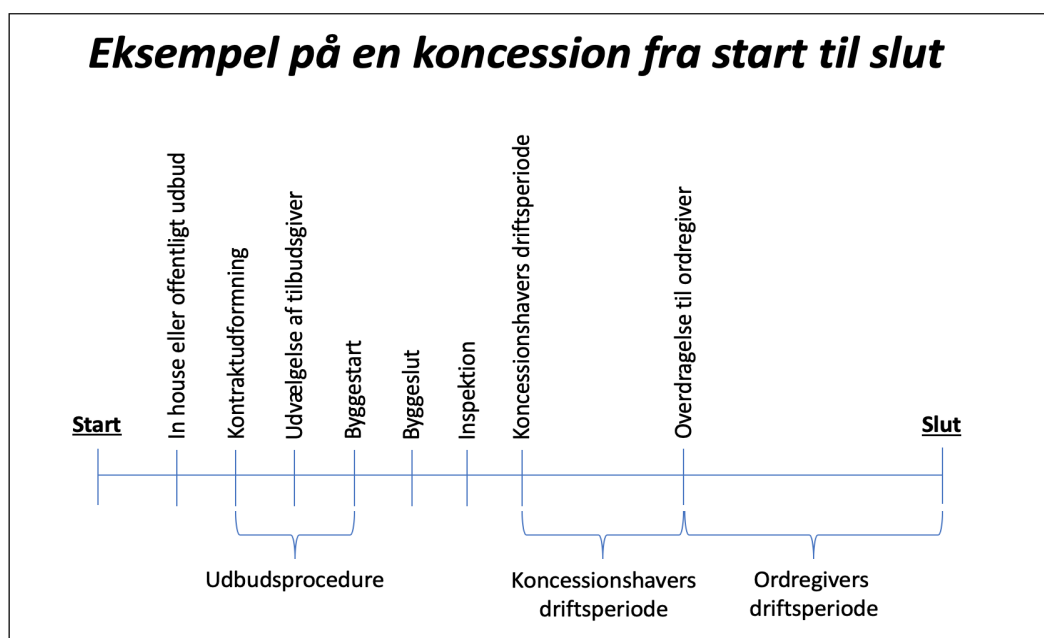
Det fremgik af afhandlingens juridiske kapitel, at der lå et relativt omfattende arbejde i “blot” at udlede, hvornår der er tale om en kontrakt, som er en koncessionskontrakt i overensstemmelse med koncessionsdirektivets anvendelsesområde. Af denne analyse kunne det konstateres, at det særligt var koncessionsdirektivets bestemmelse omkring overdragelsen af “driftsrisiko” til koncessionshaver, der gav anledning til udfordringer, når koncessionskontrakter skulle defineres juridisk.

Afhandlingens forfattere mener, at der ud fra et økonomisk perspektiv findes interessante problemstillinger ved at analysere på koncessionskontrakten generelt. Den økonomiske analyse vil derfor fokusere på de forhold, der opstår mellem ordregiver og koncessionshaver i koncessionskontrakten.

Karakteristika for en koncessionskontrakt er, at den kan sidestilles med en multitask-kontrakt, hvor der skal foretages to faser i kontrakten. Kontrakten skal henholdsvis opføres og herefter drives. En

sådan type af koncessioner benævnes også som en “BOT”-koncession²⁹⁹ eller “DBOT”-koncession,³⁰⁰ da opførelsesfasen ofte vil indeholde en design periode, hvor koncessionshaver får lov til at designe kontrakten, samtidig med, at kontrakten, efter kontraktperiodens slut, skal overdrages tilbage til ordregiver.

På baggrund heraf, kan det i nedenstående tegning læses, hvilke faser, koncessionskontrakten skal igennem.



301

3.2 Økonomisk definition af en koncession

Den økonomiske definition af en koncession adskiller sig ikke overordnet fra den juridiske definition. Som det fremgår af OECD's³⁰² rapport “Public-Private Partnerships - In pursuit of risk sharing and value for money” fra 2008, bliver en koncession defineret som *“Generally a case where the government, in agreement with a corporation, gives the latter the right to produce and sell a certain good or service. The private company generally charges the users directly for the use of services*

²⁹⁹ “Build-Own-Transfer”. A Theory of BOT concession contracts, 2011, Auriol Emmanuelle, Picard Pierre M, s. 187.

³⁰⁰ “Design-Build-Own-Transfer”. OECD Journal: Competition Law and Policy, Volume 2008 Issue 1-2, Concessions, s. 22.

³⁰¹ Eksempel på centrale forhold i et udbud af en koncessionskontrakt for bygge- og anlægsarbejde. Model af egen tilvirkning.

³⁰² Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (herefter forkortet OECD).

linked to the asset.(...)”.³⁰³ Derfor vil en koncession ud fra et økonomisk perspektiv have det samme generelle grundlag, som i den juridiske definition efter koncessionsdirektivet. Dette betyder at der stadig er tale om et partnerskab³⁰⁴ imellem en offentlig enhed og en privat virksomhed, hvor størstedelen af betalingen stammer fra forbrugeren.³⁰⁵

Koncessionshaver har derfor efter den økonomiske definition stadig mulighed for at generere sin indtjening igennem udnyttelsen af det færdigopførte bygge- og anlægsarbejde. Der kan dog også opnås en indtjening for koncessionshaver, såfremt at ordregiver i sit udbud har fastsat at koncessionshaver skal have et fastsat startbeløb når koncessionskontrakten indgås.

Udnyttelsen af arbejdet sker ved, at koncessionshaver enten opnår et ejerskab over bygge- og anlægsarbejdet i en periode,³⁰⁶ eller blot får lov til at udnytte arbejdet uden at der opnås ejerskab.³⁰⁷ En koncessionskontrakt vil ud fra den økonomiske definition fortsat være en lang kontrakt, som kan gælde op til over 30 år.³⁰⁸

To væsentlige forskelle på den økonomiske- og juridiske definition på en koncession er dog, at koncessioner ifølge den økonomiske litteratur³⁰⁹ betragtes som at falde under kategorien som et “offentligt privat partnerskab” (herefter OPP).³¹⁰ Derudover anvender den økonomiske litteratur³¹¹ ikke samme udtryk, som den juridiske definition i koncessionsdirektivet om, at “driftsrisikoen” skal overgå til den økonomiske aktør.³¹² Den økonomiske litteratur³¹³ anvender i stedet ordet om, at “størstedelen af risikoen” skal overgå til den private part.

³⁰³ OECDs rapport af juli 2008 “Public private partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money”, s. 95.

³⁰⁴ Auriol Emmanuelle, Picard M. Pierre, 2011, s. 1.

³⁰⁵ Se hertil koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

³⁰⁶ BOOT-koncession.

³⁰⁷ BOT-koncession.

³⁰⁸ Athias, Laure & Saussier Stéphane. 2018 Are public private partnerships that rigid? And why? Evidence from price provisions in French toll road concession contracts, transportation research part A 111 (2018), s. 174.

³⁰⁹ Bl.a. i artiklen Auriol Emmanuelle, Picard M. Pierre, 2011, s. 1.

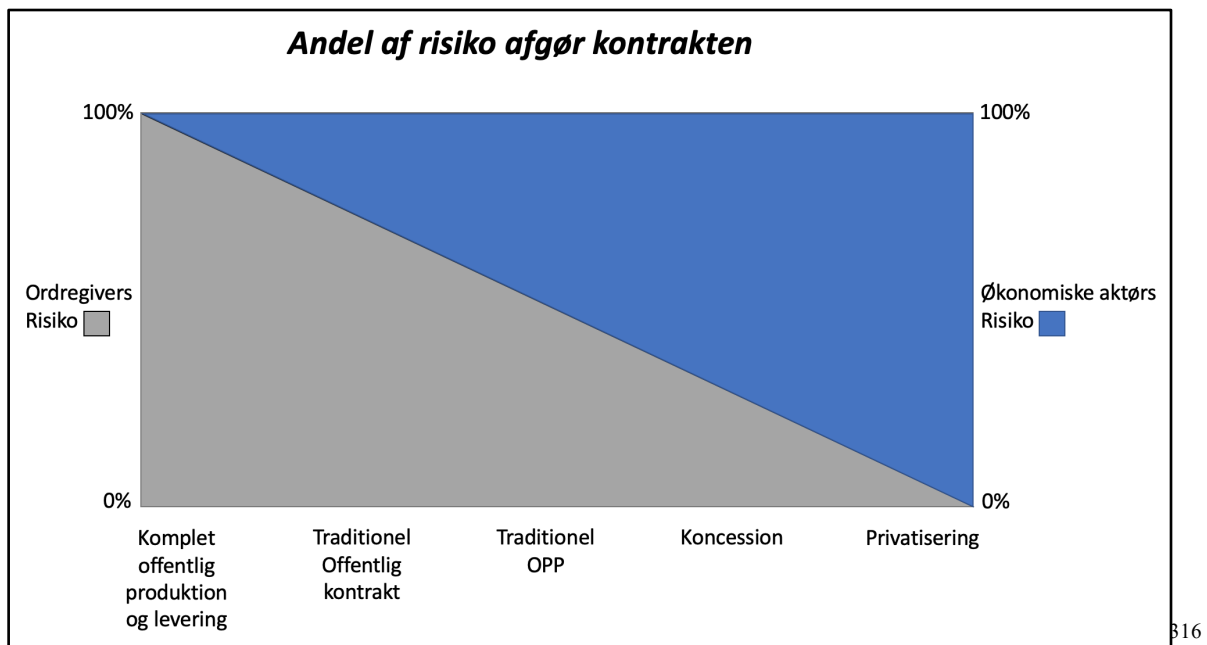
³¹⁰ Juridisk set anses koncessioner derfor som en selvstændig kategori, og derfor ikke vil være en OPP.

³¹¹ OECDs rapport af juli 2008 “Public private partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money”, s. 21 ff.

³¹² Se afsnit 2.3.3.2.

³¹³ Ibid, s. 21 ff.

Af den juridiske forståelse af en koncessions, skal OPP'er adskilles fra koncessioner, hvorfor at de to former ikke kan sammenlignes.³¹⁴ Der gælder derfor i juraen et andet regelsæt for OPP'er end koncessionsdirektivet. Økonomisk litteratur³¹⁵ anskuer i stedet koncessioner som at være den mest indgribende form for en OPP, hvor hovedparten af risikoen skal overvæltet på koncessionshaver. En koncession er dermed det yderste led indenfor den økonomiske definition af en OPP, hvilket betyder at en yderligere risikoovervæltning på den private part vil betyde en privatisering af opgaven.



Denne definition bekræftes endvidere i Auriol & Picards artikel,³¹⁷ da “*A frequent form of PPP is the build-operate-transfer (BOT) concession under which the private sector builds and operates an infrastructure project for a well defined concession period and then transfers it to public authorities*”.³¹⁸

³¹⁴ Tvarnø, Christina D., Why the EU Public Procurement Law should contain Rule that allow Negotiation in Public Private Partnership, EU procurement Directive, Modernisation, growth & Innovation, 2012, s. 201-219, fremgår det, at OPP'er kan udledes af udbudsdirektivet og er derfor ikke en del af koncessionsdirektivets anvendelsesområdet.

³¹⁵ OECDs rapport af juli 2008 “Public private partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money”, s. 21.

³¹⁶ Grafik af egen tilvirkning, men dog inspireret fra OECDs rapport af juli 2008 “Public private partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money”, figur 1.1, s. 20.

³¹⁷ Auriol Emmanuelle, Picard Pierre M, 2011. Den danske oversættelse af “PPP” (Public-private-partnership) vil være “OPP” (offentlig-privat-partnerskab).

³¹⁸ Ibid, s. 187.

Den risiko der skal overdrages fra ordregiver til den økonomiske aktør, er ikke det eneste der adskiller en koncession fra en privatisering. Den offentlige enhed vil ved en koncessionskontrakt også beholde enten hele eller noget af ejerskabet over aktivet i dets levetid. Ydermere så er koncessionskontrakter, og deraf retten til at koncessionshaver kan benytte aktivet som indtjeningskilde, altid omfattet af en begrænset periode fastsat i koncessionskontrakten.³¹⁹

3.3 Spillets opbygning

Som omtalt i indledningen til afhandlingens økonomiske kapitel, vil analysen anvende casen omkring parkeringshuset.³²⁰ Analysen nedenfor vil derfor benytte denne til at illustrere, hvordan henholdsvis fordele og ulemper har påvirkning på et udbud vedr. et parkeringshus.

I casen omkring parkeringshuset vil ordregiver på dette tidspunkt have vurderet, at opgaven bør sendes i udbud. Spørgsmålet for ordregiver bliver nu om, hvorvidt kontrakten skal udbydes som en koncessionskontrakt eller som en offentlig kontrakt. Ordregiveren anses som en offentlig myndighed,³²¹ hvorimod den økonomiske aktør anses som en privat aktør.

Den økonomiske aktør som får tildelt opgaven, vurderes i udbudsauktionen alene ud fra kvaliteten af produktet. På denne baggrund, vurderes tilbudsgiverne ikke på den pris de vil kræve i den offentlige kontrakt, eller den forbrugerafgift de vil kræve i driftsperioden af koncessionskontrakten.

3.3.1 Koncessionskontrakten

3.3.1.1 “Design - Opførelse - Drift - Overdragelse”

For at simplificere den økonomiske analyse og skabe en sammenhæng ift. afhandlingens juridiske kapitel, vil koncessionskontraktens type udbydes, som en såkaldt “DBOT” (Design-Build-Operate-Transfer³²²). Denne type af koncessionskontrakt betyder, at koncessionshaver, når kontrakten er indgået, først skal designe og opføre parkeringshuset, hvorefter koncessionshaver kan drive parkeringshuset. Når driftsperioden er udløbet, skal aktivet herefter overdrages til ordregiver.

³¹⁹ OECD Journal: Competition Law and Policy, Volume 2008 Issue 1-2, Concessions, s. 18.

³²⁰ Som defineret i afhandlingens kapitel 1, og som behandlet i den juridiske analyse, kapitel 2.

³²¹ Hvilket også er i overensstemmelse med koncessionsdirektivets art. 6.

³²² OECD Journal: Competition Law and Policy, Volume 2008 Issue 1-2, Concessions, s. 22.

Ordregiver sætter derfor nogle standardkrav i kontrakten, hvorefter koncessionshaver frit kan designe kontrakten og foretage investeringer, for herved at kunne leve op til den faste krav.³²³

For at simplificere analysen yderligere, samt gøre den i overensstemmelse med koncessionsdirektivet, vil den eneste betaling, som koncessionshaver modtager i kontrakten alene komme fra den forbrugerafgift der sættes på markedet i driftsfasen.³²⁴ Således vil alt risikoen relateret til driften i kontrakten være overdraget til koncessionshaver, hvorfor at koncessionshavers ydelse i kontrakten får stor betydning for dennes profit.

Koncessionskontrakten antages ligeledes at have en lang varighed, hvilket giver mening i en situation, hvor profitten alene stammer fra forbrugeren af produktet. Som et eksempel herpå, vil en koncessionskontrakt på bygge- og anlæg være lang, så snart den får en varighed på mellem 8-10 år.

3.3.2 Den offentlige kontrakt

Den offentlige kontrakt karakteriseres i modsætning til koncessionskontrakten, som en kontrakt opdelt i to faser, hvor (1) fase er opførelsen af parkeringshuset, som en økonomisk aktør foretager og leverer til ordregiver efter byggeriets afslutning. Denne type af kontrakt er i afhandlingen karakteriseret ved, at ordregiver har fastsat en pris, som der betales til den økonomiske aktør, når aktivet overdrages til ordregiver. Den (2) fase vil her være driftsfasen, som det antages at ordregiver selv vil forvalte. Ordregiver vil derfor i casen om en udbud af et parkeringshus tjene profitten i driftsperioden, gennem opkrævning af timesatser og opkrævning af parkeringsbøder.

3.4 Fordele ved at indgå en koncessionskontrakt

Det vil nedenfor blive undersøgt, hvilke fordele en koncessionskontrakt på bygge- og anlæg har for ordregiver, når denne skal vælge at udbyde en kontrakt på bygge- og anlæg. Da kontrakten er en meget indgribende kontrakt, hvor størstedelen af risikoen herefter skal overdrages til koncessionshaver, betyder dette, at koncessionskontrakten kun i visse tilfælde kan siges at være fordelagtig for ordregiverne at udbyde på markedet. Disse fordele vil herefter blive analyseret på ved (1) et marked med høj asymmetrisk information og (2) et marked som kræver høje aktivspecifikke investeringer ved inkomplette kontrakter.

³²³ Iossa, Elisabetta, The simple Microeconomics of Public-Private Partnerships s. 7.

³²⁴ Som det ses ved f.eks. Franchisekontrakter.

Da afhandlingen synsvinkel er ordregiveren, analyseres der på, hvornår udbydelsen af en koncessionskontrakt øger forbrugervelfærden på markedet.

3.4.1 Høj asymmetrisk information

For ordregiver vil “informationsasymmetrien”³²⁵ på markedet være et vigtigt parameter ift. vurderingen af, hvorvidt udbuddet bør foretages, som enten en koncessionskontrakt eller som et offentligt udbud. Når ordregivers informationsasymmetri på markedet øges, begynder det nemlig at blive interessant at se hen imod koncessionskontrakten. Argumentet herfor skal findes i de forskellige incitamentsstrukturer der foreligger for den økonomiske aktør ved hhv. en offentlig kontrakt og en koncessionskontrakt.

Den høje informationsasymmetri skal forstås ved, at ordregiver ikke kan observere og verificere den ydelse, som den økonomiske aktør vil foretage i kontrakten.³²⁶ Når dette er tilfældet, bliver det svært for ordregiver at koncipere en fuldkommen “perfekt kontrakt”.³²⁷ Baggrunden for denne informationsasymmetri skyldes, at ordregiver kan have et manglende kendskab til omkostningerne på markedet. Denne information på markedet vil den økonomiske part kende på forhånd, såfremt denne har erfaring indenfor lignende projekter, eller også vil den økonomiske part få information om markedet, så snart den kommer ind på markedet og observere markedets karakteristika.³²⁸ Den økonomiske aktør vil hurtigt kunne se hvilke karakteristika markedet har og hvilke omkostninger der er, hvorfor den økonomiske aktør kan investere i den kvalitet, der maksimerer sin egen profit.

Informationsasymmetrien kan derfor lede til et problem der udspringer sig fra, hvad der i Principal-agent teorien³²⁹ benævnes som “hidden action”-problemet.³³⁰ I afhandlingen betyder dette, at ordregiver vil blive anset for at være principalen,³³¹ og den økonomiske aktør vil være agenten.³³² På grund af, at omkostningerne på markedet er skjulte for principalen, kan principalen alene vurdere agentens handlinger på baggrund af det resultat, som kontrakten ender med ved byggeriets afslutning.

³²⁵ Hendrikse, George, 2003, s. 92.

³²⁶ Dette gælder både ved en koncessionskontrakt og en offentlig kontrakt.

³²⁷ Dette vil være en kontrakt, hvor der er taget højde for alle forhold, Hendrikse, George, 2003, s. 90.

³²⁸ Iossa, Elisabetta, *The simple Microeconomics of Public-Private Partnerships* s. 7.

³²⁹ Hendrikse, George, 2003, s. 90.

³³⁰ Ibid, s. 95.

³³¹ Ibid, s. 90.

³³² Den økonomiske aktør der skal opføre bygge- og anlægsarbejdet.

Hvorvidt den økonomiske part derfor følger opgaven, kan ordregiveren alene vurdere, så snart han får overdraget det som skal bygges tilbage til sig. Herefter kan ordregiveren foretage en inspektion af byggeriet, for at se om det opfylder kravene. Dette kan dog være svært at vurdere, ved en situation, hvor den økonomiske part har vundet kontrakten på baggrund af den kvalitet han har lovet at levere.

Kvalitet må siges at være en meget kompliceret variabel for ordregiver at måle på, og det er derfor ikke en urealistisk antagelse, at ordregiver derfor ikke kan se denne kvalitet under kontraktfasen. Dette må i særdeleshed være tilfældet, ved en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder, da store byggeprojekter, kan være utroligt svære at verificere for ordregiveren, ved overdragelsestidspunktet.

Før en antagelse om informationsasymmetri dog kan siges at være realistisk, antages det, at der forekommer en eksogen variabel på markedet.³³³ Dette indebærer, at når ordregiver ikke kan overvåge investeringen i kvalitet i løbet af kontrakts perioden, og derfor baserer sin fulde viden om kvaliteten, ved overdragelsen af projektet, vil der kunne forekomme en eksogen variabel, grundet risikoen i projektet, som gør, at selvom koncessionshaveren muligvis har investeret i den lovede kvalitet i kontrakten, vil en eksogen variabel medføre, at der kan ske noget uforudset, som herefter forværre den kvalitet, når projektet overdrages tilbage til ordregiver.³³⁴ Igen må dette være en stor faktor i bygge- og anlægsarbejder, over en lang varighed, hvor der kan forekomme store ændringer, som herved forværrer den kvalitet, som den økonomiske part ellers har investeret i.

På baggrund af den antagelse der ligger til grund for Principal-Agent teorien om opportunistisk adfærd, vil principalen derfor blive udsat for et hidden action-problem.

Når det antages, at dette er et simultant spil, hvor parterne ikke skal kontrahere med hinanden igen, vil agenten handle opportunistisk i den forstand, at agenten vil lade principalen tro, at der blev investeret i den krævede kvalitet, selvom dette ikke er tilfældet.³³⁵ Dette vil ske, fordi principalen, som skrevet i afsnit 1.3, ønsker den højeste sociale velfærd³³⁶ som muligt, hvorimod agenten ønsker at maksimere sin egen profit. Parternes mål strider derfor mod hinanden, hvilket betyder at begge

³³³ Sornn-Friese, 2007, s. 135-136.

³³⁴ Ibid, s. 136.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Dvs. øge forbrugeroverskudet og sænke dødvægtstabet.

parter ønsker at gøre hvad der er bedst for dem. På grund af disse afvigende interesser i kontrakten parterne imellem, vil dette skabe problemer for principalen, da en profitmaksimerende handling i kontrakten ikke vil øge den sociale værdi af kontrakten.

Når det antages, at kontrakten alene blev vundet på kvalitet, vil dette kunne ses ud fra, at incitamentet til at levere den lovede kvalitet i kontrakten vil forværres. En lavere kvalitet vil kunne have den indflydelse, at efterspørgslen efter produktet falder. En lavere efterspørgsel vil derfor forværre forbrugeroverskuddet i kontrakten. Ligeledes vil en lavere kvalitet medføre, at når ordregiver overtager kontrakten, skal denne investere i at øge kvaliteten i kontrakten, eller betale store vedligeholdelsesomkostningen. Da ordregiveren herefter antages at være en offentlig aktør, vil dette alt-andet-lige øge skatten. Forbrugeroverskuddet vil på denne baggrund forværres, hvilket hermed formindsker ordregiver nytte.

Når denne informationsasymmetri opstår, bliver spørgsmålet så, hvilken kontrakt principalen herefter bør anvendes til sit udbud. Den kontrakt der bør vælges, er hvor principalen sikrer sig, at incitamentet til at investere i kvalitet i kontrakten er højest, til den laveste "agentomkostning".³³⁷

Nedenfor vil koncessionskontrakten og den offentlige kontrakt derfor blive analyseret nærmere, for at udlede, hvilken kontrakt der skaber de største incitamenter til, at den økonomiske aktør vil investere i den aftalte kvalitet.

3.4.1.1 Uden asymmetrisk information

Foreligger der ingen asymmetrisk information imellem parterne, således at principalen kan observere alle agentens handlinger, bør en koncessionskontrakt ikke blive indgået. I en sådan situation vil principalen kunne udforme en efficient kontrakt til agenten igennem en offentlig kontrakt, hvorfor at agenten vil investere i kvalitet og omkostningsbesparende foranstaltninger, så den sociale værdi af kontrakten maksimeres.³³⁸

En koncessionskontrakt vil i dette tilfælde derfor ikke være efficient at indgå, da den sociale værdi vil være dårligere ift. Den offentlige kontrakt. Dette skyldes, som også beskrevet i afsnit 3.3, at

³³⁷ Hendrikse, George, 2003, s. 211 ff.

³³⁸ Auriol, Emmanuelle, Picard, Pierre M, 2011.

agenten med en koncessionskontrakt vil være den eneste operatør på markedet, hvilket medfører, at agenten vil sætte forbrugerafgiften som monopolprisen. Foreligger der ingen asymmetrisk information mellem parterne, bør principalen derfor ikke anvende en koncessionskontrakt til sit udbud.

3.4.1.2 Udbud af en offentlig kontrakt

Når principalen udbyder en offentlig kontrakt, vil der ved høj asymmetrisk information opstå et problem. Ved en offentlig kontrakt vil agenten ikke have incitament til at investere i den krævede kvalitet, når det antages at agenten kun skal overlevere bygge- og anlægsarbejdet til principalen én gang. Dette kan ligeledes perspektiveres til casen omkring parkeringshuset, da den økonomiske aktør også her kun skal overlevere ét parkeringshus til ordregiver.³³⁹ Da principalen ikke kan observere, hvorvidt og hvor stor investering der foretages i kvalitet, vil agenten have incitament til ikke at foretage investeringer i kvalitet, da dette vil formindske dennes profit.³⁴⁰ Agenten modtager alene en fast pris for at opføre bygge- og anlægsarbejdet, og får derfor ikke en yderligere profit, ved at investere i kvalitet.

På grund af agentens incitament til at profitmaksimerer, vil agenten i stedet antages alene at have incitament til at foretage investeringer i omkostningsbesparende foranstaltninger, således at byggeriet bliver så billigt som muligt.

Ovenstående viser derfor problematikken ved en kontrakt på bygge- og anlægsarbejder. På grund af, at bygge- og driftsfasen har den tætte sammenhæng, får investeringen i byggefasen stor betydning for, hvordan driftsfasen vil forløbe sig. På grund af denne sammenhæng hermed, vil en offentlig kontrakt skabe problemer, da den økonomiske aktør ikke har interesse i begge faser, men udelukkende byggefasen.

Agentens ydelse i kvalitetsforbedrende foranstaltninger i den offentlige kontrakt må derfor siges at være tæt på 0, såfremt kontrakten alene baserer sig på en fast pris.³⁴¹ Dette vil påvirke driftsfasen negativt, da principalen derfor skal drive et bygge- og anlægsarbejde af en dårlig kvalitet. Driftsomkostningerne må derfor antages at blive høje, hvilket alt-andet lige må øge omkostningerne

³³⁹ Iossa, Elisabetta, The simple Microeconomics of Public-Private Partnerships s. 13-14

³⁴⁰ Ibid, s. 14

³⁴¹ Ibid, s. 9-10.

for ordregiver ved at drive bygge- og anlægsarbejdet. De øgede omkostninger vil derfor sænke ordregivers nytte i kontrakten, da en større omkostningen i form af eventuelle vedligeholdelsesomkostninger, eller nye investeringer for at opbevare en bedre kvalitet, vil øge dødvægtstabet på markedet, i form af højere skatter og lavere efterspørgsel.

For at få agenten til at investere i den påkrævede kvalitet, kan principalen vælge at investere i overvågning af agenten eller formindske informationsasymmetrien. Denne overvågning skal benyttes, for at principalen kan sikre sig, at agenten nu også vil investere i den kvalitet som er aftalt i kontrakten. En større informationsasymmetri der dog foreligger på markedet, vil medføre flere omkostninger for principalen til at overvåge agenten. Alternativt vil principalen i stedet kunne opnå en såkaldt informationsrente ved først at screene markedet. Dette medfører dog igen højere agentomkostninger.

En høj informationsasymmetri, vil derfor have den betydning, at agentomkostningerne vil blive meget store. Dette øger agentomkostningerne for principalen, hvilket i sidste ende påvirker den sociale velfærd negativt. Konsekvensen af at principalen skal bruge flere penge for at skabe de korrekte incitamenter, medfører i sidste ende at bygge- og anlægsarbejdet vil blive dyrere for samfundet. Ordregiver skal derfor finansiere disse omkostninger ved at hæve skatterne.³⁴² Dette vil skabe et stort dødvægtstab, hvilket ikke er i ordregivers interesse. I forhold til casen omkring parkeringshuset, må dette samtidigt betyde at ordregiver skal være opmærksom på, hvorvidt disse forhold gør sig gældende på markedet, hvis denne vælger at udbyde parkeringshuset igennem en offentlig kontrakt.

3.4.1.3 Udbud af en koncessionskontrakt

Alternativet for at udbyde en offentlig kontrakt vil være, at principalen kan vælge at udbyde en koncessionskontrakt. Dette kan, til forskel fra den offentlige kontrakt, være en fordel for principalen, når der foreligger høj asymmetrisk information. Som det beskrives af økonomerne *Iossa og Martimort*³⁴³ i deres simple model omkring indgåelsen af koncessionskontrakter, vil en sådan kontrakt kunne sidestilles med en bundling af to faser. Koncessionshaver i kontrakten vil nemlig nu både have interesse i at øge sin profit i byggefasen og driftsfasen. På grund af dette, vil koncessionskontrakten

³⁴² Intellectual property - when is it the best incentive system, s. 55.

³⁴³ Iossa, Elisabetta og David Martimort, The simple microeconomics of Public-Private Partnerships, s. 30 ff.

være en stor fordel, fordi man herved kan få en økonomisk aktør til at øge sine interesser, således at interessekonflikter muligvis bliver mere ens med ordregiverens interesser i kontrakten.

Når agenten har vundet sin kontrakt på baggrund af kvaliteten,³⁴⁴ kræver kontrakten blot, at agenten leverer den aftalte kvalitet. Selvom principalen ikke foretager en overvågning af agentens ydelse i kontrakten, vil agenten, ligesom ved den offentlige kontrakt, vælge at investere i omkostningsbesparende investeringer, således at byggeriet bliver billigere og driftsomkostningerne ligeledes formindskes. Dette medfører, at det færdige bygge- og anlægsarbejde vil blive billigere at drive. Når agenten derfor yder en højere investering i opførelsesfasen, betyder dette at der skabes en større profit, som agenten tjener i driftsfasen.³⁴⁵

Samtidig argumenterer *Iossa og Martimor*³⁴⁶ ligeledes for, at agenten vil have incitament til at investere i kvalitetsforbedrende foranstaltninger i design- og opførelsesfasen. Baggrunden herfor er, at selvom principalen ikke vil kunne observere, hvor meget der investeres i kvalitet, vil der imidlertid foreligge et incitament for agenten til at investere i kvalitet, såfremt dette har en positiv effekt på driftsfasen, i form af lavere vedligeholdelsesomkostninger og efterspørgslen i driftsfasen. Igen vil dette være naturligt for agenten i og med, at lavere vedligeholdelsesomkostninger og en større efterspørgsel medfører en større profit for agenten.³⁴⁷

Selvom agenten derfor må siges at være profitmaksimerende, vil der på grund af at denne bundling af de to faser³⁴⁸ i kontrakten, automatisk skabes et incitament til agenten om at foretage en investering i en bedre kvalitet. Dette sker altså uagtet, at ordregiver ikke vil have mulighed for at observere dette.

Agentens motivation for, at ville investere i kvalitet er udelukkende for at øge sin profit. Derfor vil agenten alene investere i bedre kvalitet, så længe dette samtidigt har en positiv påvirkning på driftsfasen, da driftsomkostningerne herved bliver lavere og/eller efterspørgslen på markedet stiger. I forhold til casen omkring parkeringshuset vil en investering i kvalitetsforbedrende foranstaltninger, f.eks. være et højteknologisk parkeringsafgiftssystem, som vil minimere

³⁴⁴ Se denne antagelse i afhandlingens afsnit 3.3.

³⁴⁵ Iossa, Elisabetta og David Martimort, *The simple microeconomics of Public-Private Partnerships*, s. 30.

³⁴⁶ Ibid, s. 8 ff.

³⁴⁷ Ibid, s. 25.

³⁴⁸ Opførelses- og driftsfasen.

vedligeholdelsesomkostningerne i driftsfasen. Investeringen i et sådant parkeringsafgiftssystem vil sikre at koncessionshavers profit øges, da der sker en effektivisering i driftsfasen.

Når en positiv indflydelse af investeringerne i opførelsesfasen får indflydelse på driftsfasen, samt når der er en høj asymmetrisk information mellem parterne, vil en koncessionskontrakt derfor outperforme en offentlig kontrakt. Agenten vil nemlig i denne situation have incitament til både at investere i kvalitetsforøgende foranstaltninger, samt foretage omkostningsbesparende foranstaltninger, uden at principalen skal skabe incitamentet hertil. Principalen er derfor ikke nødsaget til at screene markedet eller på anden måde overvåge agenten, for at opnå information om agentens investering. Agentomkostningerne bliver derfor minimale, samtidig med at efterspørgslen vil kunne stige. Kontraktens sociale værdi må derfor være større ved indgåelsen af en koncessionskontrakt sammenlignet med en offentlig kontrakt, når disse elementer er til stede.³⁴⁹

Er situationen dog anderledes så en investering i kvalitet ikke formindsker driftsomkostningerne, men snarere øger disse, vil koncessionskontrakten ikke være efficient at indgå.

Årsagen til dette skal findes i, at agenten nu ikke vil have incitament til at øge sin investering i kvalitet, da dette ikke får indvirkning på agentens profit. Som *Ioassa og Martimort*³⁵⁰ argumenterer, vil en sådan negativ følgevirkning umiddelbart betyde, at agenten ikke vil have incitament til at investere i kvalitet i kontrakten. Agenten vil derfor alene investere i den kvalitet der lige præcis maksimerer egen profit. Ved negative følgevirkninger af en investering der foretages i opførelsesfasen, kan der således argumenteres for, at koncessionskontrakten skaber en lavere social værdi end en offentlig kontrakt.³⁵¹

Da der udelukkende investeres i at minimere omkostningerne i driftsfasen, vil investering i kvalitet alene afspejle hvad der maksimerer agentens profit. investering i kvalitet vil derfor blive så lav som mulig, hvis ikke 0. Agentomkostningerne vil her kunne siges, at være lavere ved at screene markedet, hvorefter principalen i stedet udformer en offentlig kontrakt, hvor agenten betales for at levere kvaliteten på markedet.³⁵² Herved undgås dødvægtstabet i kontrakten, ved at agenten sætter monopolprisen, samtidig med at kvaliteten forbedres.

³⁴⁹ Ioassa, Elisabetta og David Martimort, *The simple microeconomics of Public-Private Partnerships*, s. 30

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

Før koncessionskontrakten derfor vil outperforme en offentlig kontrakt, skal der herved foreligge høj asymmetrisk information i form af hidden action, samtidig med at en investering i kvalitet i opførelsesfasen skal medføre lavere driftsomkostninger i driftsfasen, samt have en sandsynlighed for, at dette ligeledes øger efterspørgslen efter produktet. Baggrunden herfor skyldes, at når efterspørgslen øges på baggrund af en øget kvalitet, vil dette derfor øge forbrugeroverskuddet på markedet. Dette vil derfor øge ordregiverens profit, når det antages, at han er det offentlige. På denne baggrund, skal denne positive indflydelse herved både mindske driftsomkostningerne, men ligeledes øge efterspørgslen efter produktet.

Asymmetrisk information/ Følgevirkning af investering	Høj	Lav
Positiv	Koncessionskontrakt	Offentlig kontrakt
Negativ	Offentlig kontrakt	Offentlig kontrakt

353

Når der herved foreligger en positiv følgevirkning, kan det ses, at koncessionshavers interesser dermed bliver mere forenelige med ordregivers interesser, da koncessionshaver, ved positive følgevirkninger på markedet, har interesse i høj efterspørgsel og lave omkostninger. De modstridende interesser, som herved skaber Principal-agent problemet formindskes derfor.

De positive indflydelser på driftsfasen må siges at hænge sammen med den usikkerhed der forekommer på markedet, samt den risiko der bæres af agenten. En stor usikkerhed på markedet, må umiddelbart formindske de positive indflydelser en investering i opførelsesfasen får på driftsfasen. Dette skyldes, da en for høj usikkerhed på markedet, medfører, at parterne ikke kan forudsige, hvad der vil ske i fremtiden. En investering i opførelsesfasen vil derfor på grund af en høj usikkerhed, kunne ændre sig i driftsfasen. Dette vil betyde, at kvaliteten ikke bliver så god, som man ellers havde forventet. På denne baggrund vil en investering i kontrakten derfor, på grund af en usikkerhed på markedet, herved mindske effekten på driftsomkostningerne og/eller efterspørgslen, således, at velfærden ikke øges og ordregiverens nytte derfor formindskes.

Det må derfor forudsættes, at en koncessionskontrakt først kan siges at være en fordel for principalen, hvor agenten vil foretage de efficiente investeringer i kontrakten, når usikkerheden på markedet ikke

³⁵³ Model af egen tilvirkning.

er alt for høj. Agenten vil derfor forvente, at investeringen i opførelsesfasen ikke går tabt, så den mister sin effekt i driftsfasen, og derfor hverken øger efterspørgslen eller formindsker driftsomkostningerne.

Fokuseres der på udbuddet af et parkeringshus, vil ovenstående analyse kunne ses ved, at koncessionshaver foretager en investering i byggefasen i et parkeringssoftware-system, som herved gør vedligeholdelsesomkostningerne i driftsperioden lavere. Er dette system ligeledes brugervenligt, vil denne investering også øge efterspørgslen i driftsfasen. Er der herved en lille usikkerhed på markedet, vil en sådan investering i byggefasen øge koncessionshavers profit i driftsfasen, gennem øge efterspørgsel og lavere omkostninger. Det må derfor antages at være realistisk, at udbuddet af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder vil øge investeringen i byggefasen.

3.4.1.3.1 Risikovillighed hos koncessionshaver

På grund af den grundantagelse der er foretaget i nærværende afhandling, betyder udbuddet af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder, at koncessionshaver, skal bære en stor risiko i kontrakten. Da det antages, at der ikke skal betales nogen pris til koncessionshaver, er det naturligt i kontrakten, at koncessionshaver bærer størstedelen af risikoen relateret til driften af kontrakten.

Før at denne antagelse vil give mening, skal koncessionshaver være meget lidt risikoavers i kontrakten. Er denne antagelse ikke opfyldt er det klart, at koncessionskontrakten allerede af den grund ikke vil være efficient for ordregiveren at indgå, da der vil skulle betales en stor risikopræmie til koncessionshaver for at påtage sig denne risiko. Dette skyldes, da en mere risikoavers koncessionshaver skal have betalt en risikopræmie så han er garanteret at tjene et fast beløb hjem. En meget risikoavers koncessionshaver vil nemlig ikke være villig til at påtage sig en risiko for, ikke at tjene nogen penge hjem.

En videre analyse af, hvordan risikoen kan allokeres indenfor koncessionskontrakten, vil blive foretaget i den integrerede analyse i afsnit 4.3, hvor at den juridiske ramme herefter kan inddrages i analysen.

3.4.1.4 Sammenfatning

Det må på baggrund af ovenstående konkluderes, at en høj asymmetrisk information på markedet vil lede til et hidden action-problem og medføre, at agenten ved en offentlig kontrakt ikke vil have

incitament til at levere den påkrævede kvalitet. Dette resulterer i at kvaliteten af det opførte bygge- og anlægsarbejde formentlig vil blive dårlig, hvilket giver i en lavere velfærd i samfundet.

I modsætning hertil vil udbydelsen af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder medføre, at koncessionshaver automatisk vil investere i kontrakten uden, at dette kræver en investering i overvågning hos ordregiver. Dette må derfor anses ud fra agentomkostningerne, som den billigste løsning, ved høj asymmetrisk information. På den billigste måde sikrer ordregiver derfor en investering i kvalitet, som herved øger efterspørgslen efter produktet, i nærværende tilfælde parkeringshuset.

Udbud af en koncessionskontrakt er dog alene den billigste løsning iht. Principal-agent teorien, såfremt der foreligger en positiv indflydelse mellem bygge- og driftsfasen. Dette betinges, af at en investering i opførelsesfasen alene påvirker omkostningerne og efterspørgslen i driftsfasen på en positiv måde. Dette vil som udgangspunkt være tilfældet, hvor usikkerheden på markedet er lavt, da en tilfældighedsfaktor ved koncessionshavers investering herved vil blive minimeret. Det er dog ikke muligt at fjerne denne usikkerhed helt. På grund af naturen af koncessionskontrakten, hvor størstedelen af risikoen i forbindelse med opførelsen og driften af kontrakten ligger på koncessionshaver, skal koncessionshaver derfor ligeledes være meget lidt risikoavers.

Ordregivers udbud af en koncessionskontrakt på et parkeringshus, som falder under et bygge- og anlægsarbejde vil derfor kunne anskues at være optimalt, sammenlignet med en offentlig kontrakt, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

Koncessionskontrakt som optimal kontrakt under asymmetrisk information

$$\downarrow RA \quad \uparrow PI \downarrow U$$

RA = Risikoaversitet

PI = Positiv indflydelse mellem bygge- og driftsfase

U = Usikkerhed på markedet

354

³⁵⁴ Af egen tilvirkning

3.4.2 Mellem-høj aktivspecifitet i koncessionskontrakten

Som beskrevet ovenfor, kan det udledes af Principal-agent teorien, at et udbud af en koncessionskontrakt vil kunne øge koncessionshaverens incitament til selv at foretage investeringer i kvalitet i kontrakten under byggefasen, således at koncessionshavers profit øges i driftsfasen. Af økonomisk litteratur,³⁵⁵ kan en kontrakt på bygge- og anlægsarbejder dog kendetegnes ved, at der foreligger en stor kompleksitet og usikkerhed, samtidig med, at der skal foretages store aktivspecifikke investeringer.

Selvom det ud fra Principal-agent teorien derfor kan konkluderes, at koncessionshaver vil foretage kvalitetsforbedrende investeringer i kontrakten i byggefasen, når forholdene er til stede på markedet, kan der dog opstå det problem, at disse kvalitetsforbedrende investeringer kan anses at være aktivspecifikke investeringer. Dette aspekt inddrages ikke i Principal-agent teorien, og kan skabe nogle problemer for forståelsen af, hvornår koncessionskontrakten vil kunne anses at være en fordel for ordregiveren at udbyde. Derfor leder dette afhandlingen hen mod en diskussion af teorien omkring inkomplette kontrakter,³⁵⁶ herunder transaktionsomkostningsteorien,³⁵⁷ for herved at få en større forståelse af, hvordan aktivspecifiteten i kontrakten kan have betydning for valg af kontrakt.

3.4.2.1 Problemet med inkomplette kontrakter

Generelt vil kontrakter være inkomplette af mange årsager.³⁵⁸ Først, så er den relevante situation, som kontrakten skal omfatte ofte kompleks og uforudsigelig, hvilket gør at parterne ikke kan koncipere alt i kontrakten.³⁵⁹ Dernæst, så er den begrænsede rationalitet hos kontraktens parter ligeledes årsag til, at inkomplette kontrakter eksisterer, da det vil være for omkostningstungt og svært at forudse og specificere alt i en kontrakt.³⁶⁰ For det tredje, så kan specifikke mål i kontrakten være svære for parterne at forhandle og aftale i kontrakten. Slutteligt, så vil parternes aftale kunne være svær at nedskrive præcist og entydigt, hvorfor at der senere kan ske misforståelser.³⁶¹

³⁵⁵ Som bl.a. Omtalt i Constantino, Nicola, Roberta Pellegrine & Roberto Pietroforte, 2011, Asset Specificity and Specialization in the U.S. Construction Industry: A Transaction Cost Theory Interpretation, s. 19.

³⁵⁶ Hendrikse George, 2003, s. 199.

³⁵⁷ Ibid, s. 211.

³⁵⁸ Ibid, s. 248.

³⁵⁹ Ibid

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Ibid.

Inkomplette kontrakter skaber således den udfordring i kontrakten, da den ikke skal skrives fuldkommen

En kontrakt på bygge- og anlægsarbejde af et parkeringshus, vil realistisk set godt kunne være inkomplet, grundet den kompleksitet, bygge- og anlægsarbejder netop har. Dette kan gøre den meget svær at forudsige, hvorfor at det kan være svært at få skrevet samtlige forhold ned i kontrakten.³⁶²

På grund af de inkomplette kontrakter, vil der være en risiko for, at der vil kunne ske noget uventet i fremtiden, som gør at kontrakten herved skal genforhandles.³⁶³ Fordi der herved ikke kan forudsiges alle ting i kontrakten, vil der på et eller andet tidspunkt ske en genforhandling i kontrakten, således at der kan tages højde for dette forhold i kontrakten.

Problemet med genforhandling forøges dog, når der forekommer aktivspecifikke investeringer på markedet. En aktivspecifik investering indebærer, at der foretages en investering i den pågældende kontrakt, som herefter anses som en sunk cost.³⁶⁴ Dette forstås på den måde, at investeringen, som der foretages i kontrakten, ikke kan anvendes i andre kontrakter. På baggrund heraf, opstår den problematik, at denne aktivspecifikke investering giver den investerede part en kvasirente, da kontraktens værdi, som udgangspunkt øges af, at der foretages en investering i kontrakten. Investeringen binder herefter parten til kontrakten, hvilket forværrer hans forhandlingsstyrke i kontrakten ved en genforhandling.³⁶⁵ Den anden part, som ikke investerer i kontrakten, antages herefter at kunne være opportunistisk i den forstand, at han har en større forhandlingsstyrke end den investerende part, da han har en troværdig trussel om at finde en anden kontrakt, hvis der ikke sker genforhandling.³⁶⁶

På grund af antagelsen om, at kontrakter er inkomplette, vil den investerede part ikke kunne verificere om genforhandlingen skyldes en opportunistisk adfærd eller grundet ændrede omstændigheder. På

³⁶² Constantino, Nicola, Roberta Pellegrine & Roberto Pietroforte, 2011, Asset Specificity and Specialization in the U.S. Construction Industry: A Transaction Cost Theory Interpretation, s. 19.

³⁶³ Sornn-Friese, Henrik, 2007, Hvad er en virksomhed? Erhvervsøkonomisk teori og analyse. 1. udgave, s. 109.

³⁶⁴ Hendrikse, George, 2003, s. 208.

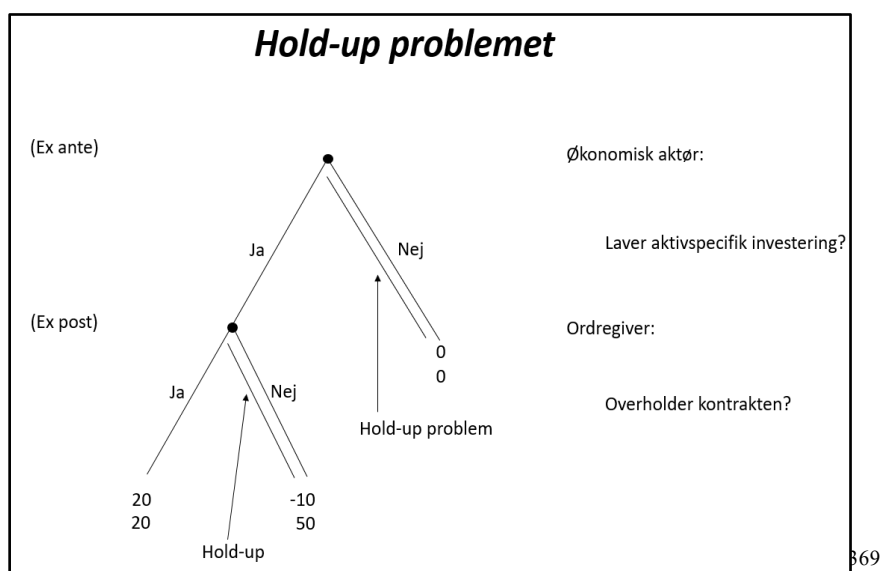
³⁶⁵ Ibid

³⁶⁶ Ibid, s. 209

denne baggrund, vil den part som investere i kontrakten opnå et tab ved at foretage den aktivspecifikke investering i kontrakten³⁶⁷.

Som eksempler på sådanne aktivspecifikke investeringer nævner *Williamson*,³⁶⁸ at der kan forekomme fire former for aktivspecificitet i en kontrakt, hvilket er (1) stedspecificitet, (2) fysisk aktivspecificitet, (3) human kapitalspecificitet, og (4) dedikerede investeringer.

Hold-up problematikken skaber derfor det problem i kontrakten, at incitamentet til at investere i aktivspecifikke investeringer forværres. Et eksempel på dette problem er illustreret nedenfor.



Illustrationen viser et sekventielt spil,³⁷⁰ hvor den økonomiske aktør, vil være den første til at træffe et valg, efter at kontrakten er blevet indgået. Dette valg består i hvorvidt, at denne vil foretage den aktivspecifikke investering eller ej.³⁷¹ Hvis den økonomiske aktør vælger ikke at foretage de aktivspecifikke investeringer, så modtager både denne og ordregiver 0 i payoff, eftersom at dette vil betyde, at den økonomiske aktør ikke opfører bygge- og anlægsarbejdet, eller i hvert fald at værdien

³⁶⁷ Ibid, s. 210

³⁶⁸ Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, Williamson, Oliver E., 1983, s. 526.

³⁶⁹ Hendrikse, George, 2003, s. 210. Illustrationen er dog tilpasset til afhandlingens problemstilling. Tal i illustrationen er blot for at vise parternes payoff, ud fra hvad deres handling.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Ibid.

af kontrakten falder, da en manglende investering i aktivspecifikke investeringer formindsker værdien af kontrakten, da dennes kvalitet alt-andet-lige formindskes.

Vælger den økonomiske aktør derimod at foretage de aktivspecifikke investeringer, så vil ordregiver nu stå i valget om hvorvidt, at denne vil foretage hold-up eller ej overfor den økonomiske aktør. Ifølge transaktionsomkostningsteorien vil ordregiver have incitament til at foretage et hold-up for netop at opnå denne kvasirente i kontrakten.³⁷² Den økonomiske aktør vil som følge af antagelsen omkring den begrænsede rationalitet dog forvente, at ordregiver ikke har tænkt sig at overholde kontrakten. Den økonomiske aktør forventer derfor, at ordregivers foretagelse af hold-up vil ske, når den aktivspecifikke investering er blevet foretaget. I dette tilfælde vil der derfor betyde et payoff på -10 til den økonomiske aktør. Havde den økonomiske aktør i stedet aldrig foretaget den aktivspecifikke investering, havde denne som ovenfor nævnt, i stedet stået med et payoff på 0.

På baggrund heraf vil den økonomiske aktør ikke at foretage den aktivspecifikke investering i kontrakten.

Ovenstående vil realistisk set kunne være et problem i en kontrakt om bygge- og anlægsarbejdet. På grund af, at der f.eks. i en kontrakt om et parkeringshus, skal lægges et fundament og herefter skal bygges, skal der foretages "site-specific"-investeringer. Disse investeringer kan selvfølgelig ikke rives op og bruges i en anden kontrakt og medfører derfor det problem, at den økonomiske part, så snart denne investering er foretaget, bliver bundet af den pågældende kontrakt.

På baggrund af ovenstående problem, er det derfor relevant at finde frem, hvilken kontrakt der optimal, for herved at løse hold-up problemet. Dette kan basere sig på transaktionsomkostningsteorien for herved, at kunne analysere på, hvilken kontrakt der vil kunne få en aktør til at have incitament til at foretage de nødvendige aktivspecifikke investeringer i kontrakten. Som det blev beskrevet ovenfor, vil en kontrakt på bygge- og anlægsarbejder nemlig være defineret som en kontrakt, der har en høj kompleksitet, og derfor kan anskues at være svær at skrive, samtidig med at der ved bygge- og anlægsarbejder vil skulle foretages store aktivspecifikke investeringer, for at kunne levere den tilfredsstillende værdi i kontrakten. Det vil derfor blive analyseret, hvorledes en offentlig kontrakt henholdsvis en koncessionskontrakt vil kunne sikre denne investering i aktivspecifikke investeringer i kontrakten.

³⁷² Ibid, s. 94.

3.4.2.2 Koncessionskontrakten som bedste governance structure

For læserens overblik starter diskussionen og argumentationen ud med, hvornår markedet og herved den offentlige kontrakt er den bedste governance structure, for derefter at søge hen imod hvornår koncessionskontrakten bør anvendes.

Såfremt aktivspecifiteten er lav, så vil ordregiver som udgangspunkt vælge at indgå en offentlig kontrakt, og deraf få løst opgaven på markedet.³⁷³ Dette skyldes, at risikoen for hold-up vil være lav, da den økonomiske aktør der skal foretage den aktivspecifikke investering i kontrakten ikke vil frygte hold-up fra ordregivers side af. Dette bundes i at den kvasirenten der kan tjenes for ordregiver herved vil være ubetydelig.³⁷⁴

Ordregiver ved, at opgaven derfor bør udbydes gennem en offentlig kontrakt³⁷⁵ når de aktivspecifikke investeringer er lave, da den økonomiske aktør vil vælge at foretage de nødvendige investeringer.³⁷⁶ Betydningen af dette bliver, at markedet i en sådan situation vil blive den billigste løsning for ordregiver. Ved en offentlig kontrakt, så er udgangspunktet, at ordregiver har incitament til ikke at overvåge markedet, nu hvor at ordregiver vil være stort set sikker på, at den økonomiske aktør foretager de nødvendige investeringer i kontrakten. Resultatet bliver, at markedet derfor bliver den billigste governance structure i kontrakten.

Dog vil situationen blive anderledes, når aktivspecifiteten øges, og ikke længere kan betegnes som "lav".³⁷⁷ Dette medfører som også tidligere omtalt nemlig risiko for hold-up problemet. Jo højere den eller de aktivspecifikke investeringer er, desto større vil kvasirenten, som kan tjenes igennem et hold-up fra ordregiver, blive. Den økonomiske aktør vil derfor få et mindre incitament til at investere i kontrakten, da denne godt er klar over at der vil være en realistisk risiko for hold-up. I sådan en situation vil markedet nu blive en dårlig governance structure for ordregiver, da denne ved en offentlig kontrakt vil skulle overvåge, hvorvidt den økonomiske aktør foretager de aktivspecifikke investeringer i kontrakten eller ej.

³⁷³ Hendrikse, George, 2003, s. 214.

³⁷⁴ Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, Williamson Oliver E., 1991, s. 282.

³⁷⁵ Dvs. den offentlige kontrakt.

³⁷⁶ Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, Williamson, Oliver E., 1991, s. 290.

³⁷⁷ Ibid.

Ordregiver bør derfor nu i stedet overveje at søge imod koncessionskontrakten.³⁷⁸ Dette gælder når aktivspecificiteten er på et “mellem til højt niveau” med en antagelse om en fast usikkerhed på markedet.³⁷⁹ Koncessionskontrakt vil nu begynde at blive en billigere løsning end markedet. Årsagen til dette er, at ordregiver nu i højere grad vil involvere den økonomiske part mere i kontrakten. Ved hybriden sker dette ved, at den økonomiske aktør får pålagt opgaven til at designe og finansiere opførelsen af byggeri- og anlægsarbejdet, hvorimod at ordregiver ved en governance structure som er markedet selv skal stå for disse opgaver. Dette øger som udgangspunkt transaktionsomkostningerne, da der herved vil være en længere forhandling end ved en offentlig kontrakt, men når koncessionshaver netop får mulighed for at designe kontrakten og herved får lov at styre, hvordan kontrakten skal opføres, vil dette som udgangspunkt kunne øge koncessionshavers ”commitment” i kontrakten.

Når den økonomiske aktør får indflydelse på, hvordan kontrakten udformes og påvirkes,³⁸⁰ skaber dette øgede incitamenter for den økonomiske aktør til at “engagere” sig i kontrakten. Ordregiveren er derfor ikke nødsaget til at skulle overvåge på for mange parametre i kontrakten, da incitamentsintensiteten vil være lavere. Dette argument blev jo netop analyseret i forbindelse med problemet om asymmetrisk information i den forstand, at en koncessionskontrakt automatisk leder til, at koncessionshaver selv vil foretage investeringer i kontrakten o.l.

I sammenhæng hermed spiller kontraktens længde en stor rolle for, at koncessionskontrakten på bygge- og anlægsarbejde er efficient for koncessionshaver. Som det blev antaget i spillet opbygning, vil en koncessionskontrakt have en lang varighed, som f.eks. 8 år, når vi der kigger på et parkeringshus. En lang kontrakt er et eksempel på en såkaldt “credible commitment” i kontrakten, da det vil øge koncessionshavers incitament til at foretage de nødvendige aktivspecifikke investeringer i kontrakten. En lang kontrakt signalerer nemlig til koncessionshaver, at ordregiver, selvom den har mulighed herfor, ikke vil have incitament til at bryde kontrakten.³⁸¹ Koncessionshaver vil derfor øge sit

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ Sornn-Friese, Henrik, 2007, s. 113.

³⁸⁰ Ved design og finansieringen.

³⁸¹ Joskow, Paul, contract duration and relationship-specific investments: emperical evidence from the coal market, 1987, American Economic Review 168-185, s. 169-170.

incitament til at foretage disse aktivspecifikke investeringer i kontrakten, når kontraktens længde øges.

En lang koncessionskontrakt vil ligeledes øge muligheden for, at koncessionshaver vil kunne tjene sine investeringer tilbage igen med et evt. afkast.³⁸² Da koncessionshaver tjener sine penge i kontrakten gennem forbrugerafgiften i driftsperioden, vil en længere kontrakt øge koncessionshavers muligheder for, at tjene sine investeringer tilbage igen. En langvarig kontrakt, som koncessionskontrakten som udgangspunkt defineres ved, øger derfor koncessionshavers incitament til at investere i koncessionskontrakten.

På den anden side, vil en kontrakt på kort varighed skulle genforhandles oftere i kontrakten. Dette vil betyde, at den "sunk cost" koncessionshaver har foretaget i investeringen, vil skulle genforhandles oftere, således at denne ikke ville have nået at tjene sine investeringer tilbage igen. En langvarig koncessionskontrakt har derfor den positive indflydelse, at koncessionshaver vil foretage investeringer i kontrakten. Den langvarige kontrakt i forbindelse med koncessionskontrakten skaber derfor den fordel, at den vil kunne øge incitamenterne hos koncessionshaver til at foretage de aktivspecifikke investeringer i kontrakten.

Koncessionskontrakten vil derfor ende med at blive billigere som governance structure. Dette på trods af, at en koncessionskontrakt er en lang kontrakt, hvilket medfører højere transaktionsomkostninger for parterne, da flere elementer skal konciperes i kontrakten. Transaktionsomkostninger ved en koncessionskontrakt, må dog alligevel siges at være lavere end ved en offentlig kontrakt, hvor ordregiver her vil få meget høje omkostninger ved at overvåge og sikre kontrollen over den økonomiske aktørs handlinger. Årsagen er at incitamentsintensiteten ved markedet³⁸³ vil være højere end ved en koncessionskontrakt.³⁸⁴ En højere incitamentsintensitet betyder, at den økonomiske aktør i højere grad vil være villig til at bryde kontrakten i takt med at aktivspecifцитeten øges.³⁸⁵ Da koncessionskontrakten har en lavere incitamentsintensitet end den offentlige kontrakt, betyder dette

³⁸² Iossa, Elisabetta & David Martimort "The theory of incentives applied to the transport sector" i "A handbook of Transport Economics" s. 12.

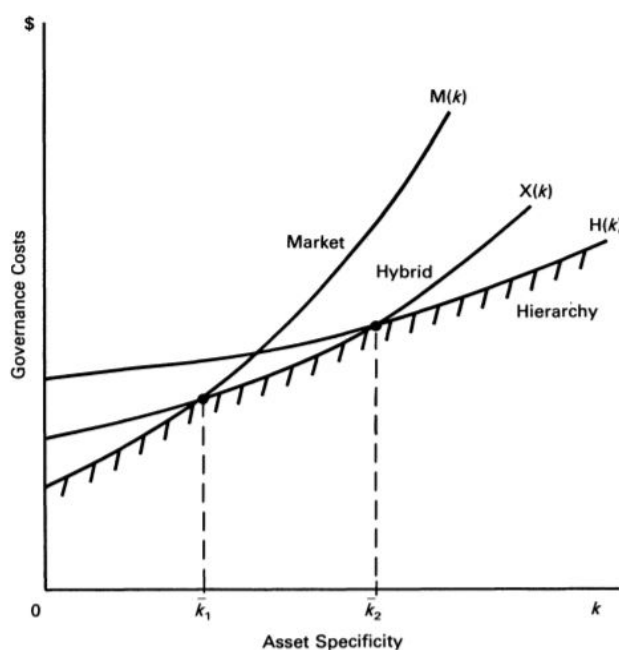
³⁸³ Dvs. Den offentlige kontrakt.

³⁸⁴ Dvs. koncessionskontrakten. Sornn-Friese, Henrik, 2007, s. 117.

³⁸⁵ Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, Williamson Oliver E., 1991, s. 281.

samtidigt, at den økonomiske aktør vil være mindre villig til at bryde kontrakten, i takt med at aktivspecifiteteten øges.³⁸⁶

I forhold til casen omkring parkeringshuset må denne som sagt også siges, at være karakteriseret som værende af en høj aktivspecifitet.³⁸⁷ Så snart koncessionshaver er begyndt at opføre parkeringshuset, vil dette være en sunk cost, da opførelsen af et parkeringshus medfører, at der skal lægges et fundament og bygges en bygning på en specifik placering. Så snart fundamentet er lagt, vil dette være en aktivspecifik investering, da den private part nu bliver bundet af kontrakten og derfor ikke blot kan bruge denne bygning eller fundament i en anden kontrakt. En kontrakt på et parkeringshus vil derfor være et godt eksempel på, at aktivspecifiteteten er høj, hvorfor at koncessionskontrakten vil være en billigere løsning, sammenlignet med en offentlig kontrakt.



388

Ovenfor ses illustrativt, hvordan de effiente governance structure og aktivspecifikke investeringer relaterer sig til hinanden.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Som bl.a. Også bekræftet i Constantino, Nicola, Roberta Pellegrine & Roberto Pietroforte, 2011, Asset Specificity and Specialization in the U.S. Construction Industry: A Transaction Cost Theory Interpretation, s. 19.

³⁸⁸ Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, Williamson, Oliver E., 1991, S. 284. Markedet vil være den offentlige kontrakt, hvor at hybriden vil være koncessionskontrakten, som omtalt i afsnittet. Hierarkiet er derimod, hvor ordregiver vælger at lave opgaven in-house.

3.4.2.3 Sammenfatning

Som det kan udledes af ovenstående afsnit, så bør ordregiver vælge at udbyde en koncessionskontrakt som governance structure, når der er tale om en kontrakt, der kræver en mellem til høj aktivspecifik investering fra den økonomiske aktør, og når usikkerheden er fastsat til et lavt niveau. Dette skyldes, at både ordregiver og den økonomiske aktør har incitament til at engagere sig i kontrakten, når koncessionskontrakten vælges. Samtidig medfører den lange varighed på koncessionskontrakten, at koncessionshaver vil have større incitament til at foretage store aktivspecifikke investeringer.³⁸⁹ Koncessionskontrakten vil derfor være den mest efficiente governance.

Af transaktionsomkostningsteorien kan i forhold til afhandlingens problemstilling derfor udledes, at når disse tilfælde er tilstede, så vil koncessionskontrakten være den optimale udbudsform. Derudover kan det samtidigt udledes, at en offentlig kontrakt vil være efficient at anvende, når de aktivspecifikke investeringer er lave, uagtet om usikkerheden er høj eller lav, hvilket skyldes, at den kvasirente som ordregiver vil kunne få ved at lave hold-up vil være ubetydningsfuld.

En koncessionskontrakt er derfor en fordel når følgende betingelser er opfyldt:

Koncessionskontrakten som optimal kontrakt ved aktivspecifitet

$\uparrow I, \uparrow L, \downarrow U$

I	= Aktivspecifik investering
L	= Kontraktens længde
U	= Usikkerhed på markedet

390

3.4.3 Sammenfatning

Ordregivers udbud af en koncessionskontrakt har nogle fordele, ved særlige situationer på markedet. Da udbuddet af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder medfører, at koncessionshaver får lov til at designe og drive kontrakten i henholdsvis bygge- og driftsfasen, betyder dette, at koncessionskontrakten skaber nogle frie rammer for koncessionshaver. Dette skaber derfor de fordele, som analyseret ovenfor.

Når det marked, hvor ordregiver skal udbyde et produkt er kendetegnet ved komplekse ydelser, som herefter kræver en stor viden indenfor markedet, vil koncessionskontrakten være en fordel at udbyde.

³⁸⁹ Dvs. koncessionskontrakten.

³⁹⁰ Af egen tilvirkning

Et marked som er komplekst, medfører nemlig en høj asymmetrisk information, som herefter skaber et hidden-action problem. Dette betyder, at den økonomiske ved en offentlig kontrakt ikke vil have incitament til at investere i kvalitet i kontrakten. I modsætning hertil, vil koncessionskontrakten ved høj asymmetrisk information være at foretrække, da koncessionshaver vil investere i den i kontrakten påkrævede kvalitet, da koncessionshaver herefter vil opnå en større profit i driftsfasen. Dette kræver dog, at usikkerheden på markedet er lavt, således at koncessionshavers investering i kvalitet i opførelsesfasen får en større positiv indflydelse på driftsfasen.

En kontrakt, som kræver høje aktivspecifikke investeringer, vil koncessionskontrakten ligeledes være en fordel at indgå. Kontrakter på bygge- og anlægsarbejder, vil som udgangspunkt have høje aktivspecifikke investeringer. På denne baggrund, vil et udbud af en koncessionskontrakt øge incitamentet til at investere i sådanne aktivspecifikke investeringer. Dette skyldes, at en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder ikke kræver en for stor overvågning, da incitamentsintensiteten i kontrakten er lavere end ved en offentlig kontrakt. Samtidig er koncessionskontrakter på bygge- og anlægsarbejder karakteriseret ved en lang varighed. På denne baggrund vil koncessionshaver have et større incitament til at foretage sådanne aktivspecifikke investeringer i kontrakten sammenlignet med en offentlig kontrakt.

På baggrund af ovenstående vil en koncessionskontrakt derfor være en fordel at udbyde for ordregiver, når følgende betingelser er opfyldt:

Den optimale koncessionskontrakt

$$\uparrow I, \uparrow RA, \uparrow L, \uparrow PI \downarrow U$$

- I*** = Størrelsen på den aktivspecifikke investering
- RA*** = Koncessionshavers risikoaversitet
- L*** = Kontraktens længde
- PI*** = Den positive indflydelse mellem bygge- og driftsfasen
- U*** = Usikkerheden på markedet

391

3.5 Incitamentsproblemer ved en koncessionskontrakt

Selvom det ovenfor blev konkluderet at koncessionskontrakten i visse tilfælde vil have en fordel for ordregiver sammenlignet med en offentlig kontrakt, er der stadigvæk nogle incitamentsproblemer ved

³⁹¹ Af egen tilvirkning

en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder. Når ordregiver derfor vælger at udbyde en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder, når ovenstående fordele er til stede, leder dette til yderligere problematikker i kontrakten.

3.5.1 Monopolprisen

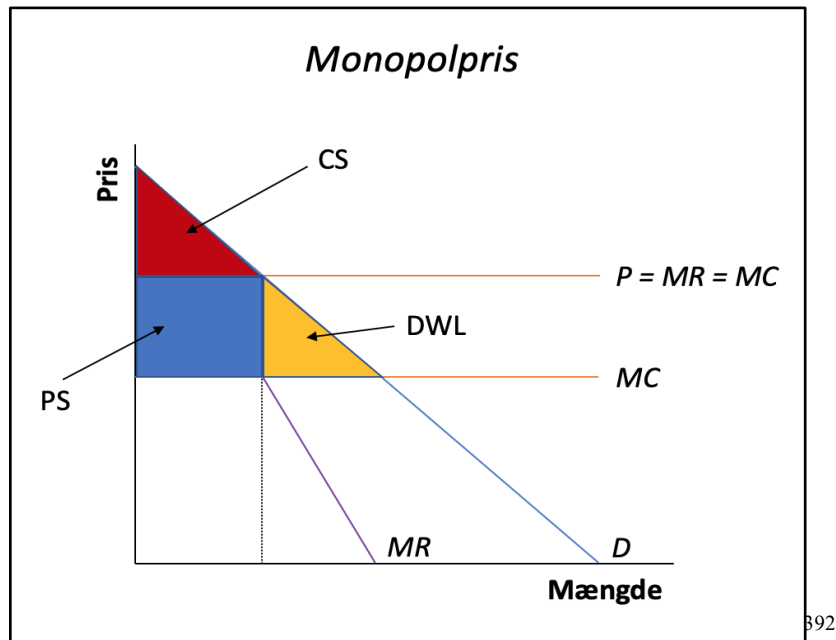
Det naturlige problem for ordregiver ved at indgå en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder, vil være den eneret koncessionshaver får i driftsfasen. Da koncessionshaver modtager profit i kontrakten gennem forbrugerafgiften, betyder dette at denne formegentlig vil være den eneste aktør på markedet, da de må antages som en offentlig kontrakt, som ejes af staten.

Da ordregiver alene vurderer koncessionshavers tilbud ved auktionen på kvalitet, vil koncessionshaver kunne sætte prisen frit på markedet. Dette leder derfor hen til, at koncessionshavers "eneret" på markedet, vil resultere i en monopolpris på forbrugerafgiften. Således vil den pris der sættes på markedet være $MR=MC$. Hvilken pris dette herefter ender med at blive sat afhænger i sidste ende af den elasticitet der findes på det pågældende marked. Er elasticiteten på markedet høj, vil en for stor stigning i pris fjerne efterspørgslen efter produktet. Prisen vil derfor være lavere i sådan en situation. Er elasticiteten på den anden side lav, så vil den pris der bliver sat være høj. I sådanne tilfælde, er der ingen substitutter til den pågældende produkt, hvorfor at, det ikke vil være muligt for forbrugeren at skifte produkt.

Selvom koncessionskontrakten derfor må siges at outperforme den offentlige kontrakt ved høj asymmetrisk information og mellem-høj aktivspecifitet på markedet og herved være at foretrække, vil monopolprisen, som koncessionshaver sætter, alt-andet-lige øge dødvægtstabet på markedet. Dette skaber derfor endnu en konflikt, som ordregiver skal være opmærksom på, når koncessionskontrakten udbydes.

Da koncessionskontrakten ligeledes er af lang varighed, vil dette betyde, at monopolprisen vil blive sat i en lang periode. Ordregiverens nytte ved en sådan kontrakt forværres derfor.

Problemet med monopolprisen er illustreret nedenfor, hvor det hertil kan ses, at dødvægtstabet øges, når koncessionshaver sætter monopolprisen på markedet.



Når en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder skal udbydes, skal ordregiver hermed være opmærksom på denne ulempe og overveje, hvordan kontrakten kan designes, således at monopolprisen begrænset i driftsperioden.

3.5.2 Hidden action-problem i koncessionskontrakten

Som det blev beskrevet ovenfor i afsnit 3.4.1.3, vil koncessionskontrakten være en fordel at udbyde, for ordregiver, når informationsasymmetrien er høj på markedet, således at ordregiver oplever et hidden action-problem.

Selvom dette hidden action-problem skaber en fordel for ordregiver, da koncessionshaver har større incitamenter til at investere i kvalitetsforbedrende foranstaltninger, sammenlignet med en offentlig kontrakt, medfører dette dog også nogle problemer, som ordregiver skal være opmærksom på. Når ordregiver udbyder en koncessionskontrakt på bygge- og anlæg, vil koncessionshaver som skrevet ovenfor, profitmaksimere således at denne i driftsperioden opnår den største profit på markedet. Selvom en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejde blev analyseret, at ville øge incitamenterne til at investere i opførelsesfasen, vil koncessionshaver ikke nødvendigvis levere den

³⁹² Christensen, Leslie & Rasmussen, Helmer Jens, 2012, s. 286 ff. “CS” = forbrugers overskud, “DWL” = dødvægtstab, “PS” = producent overskud.

lovede kvalitet. På grund af den asymmetriske information, kan ordregiver nemlig ikke overvåge, hvorvidt den lovede kvalitet rent faktisk bliver leveret i kontrakten.

En koncessionskontrakt på et bygge- og anlægsarbejde vil derfor betyde, at koncessionshaver som profitmaksimerende enhed, alene investerer i den kvalitet, der hermed maksimerer hans profit. Da en investering i kvalitet påvirker hans omkostningsfunktion, vil koncessionshaver begrænse sin investering i kvalitet til det punkt, hvor monopolkvantiteten, og hermed prisen, kan blive sat.³⁹³

Er den lovede kvalitet derfor højere, end den kvalitet det kræves for koncessionshaver for at kunne sætte forbrugerafgiften som monopolprisen på markedet, vil koncessionshaver derfor ikke efterleve kontrakten, på baggrund af hidden action-problemet. En investering i kvalitet, som derfor er meget dyr, i forhold til den effekt den vil have på efterspørgslen på markedet eller den mindre kvalitet den medfører i driftsperioden, vil derfor ikke være interessant for koncessionshaver. Jo mindre indflydelse en yderligere investering i byggefasen får på driftsfasen, jo mindre incitament til koncessionshaver også til at foretage investeringer i den lovede kvalitet.³⁹⁴

Dette problem vil følgelig ikke være i ordregivers interesse. Ordregiver vil være interesseret i, at koncessionshaver foretager kvalitetsforbedrende investeringer i opførelsesfasen, hvorfor at kvantiteten sættes højere, hvilket vil øge efterspørgslen på markedet. En højere kvalitet på bygge- og anlægsarbejdet, betyder herved en højere forbrugeroverskud hvilket øger den sociale velfærd.³⁹⁵

Overordnet set, vil dette incitament betyde, at kvaliteten, som koncessionshaver sætter på markedet, vil kunne være lavere end hvad kontrakten kræver det. Dette mindsker derfor den sociale velfærd på markedet i den forstand, at forbrugeroverskuddet minimeres, hvorfor at dødvægtstabet øges. Ordregiver skal derfor igen være opmærksom på et sådant incitament hos koncessionshaver i kontrakten. Kontrakten bør derfor designes således, at dette incitament minimeres.

3.5.3 Inkomplette langvarige kontrakter

Det blev ovenfor i afsnit 3.4.1 analyseret, at et marked, hvor aktivspecifitet er mellem-høj, som det ofte vil være ved bygge- og anlægskontrakter, vil et udbud af en koncessionskontrakt være en

³⁹³ Monopolprisen

³⁹⁴ Wang, Grace og Pallis Athanasios, Incentive approaches to overcome moral hazard in port concession agreements, Transportation Research part E, 2014, s. 164-165

³⁹⁵ Dødvægtstabet formindskes når forbrugeroverskuddet falder

fordel for ordregiver, da en koncessionskontrakt indebærer en langvarig kontrakt, hvor koncessionshaver får en stor andel i designet af kontrakten, vil dette betyde, at koncessionshaver vil have et større incitament til at investere i kontrakten sammenlignet med en offentlig kontrakt.

Dette antyder derfor, at en koncessionskontrakt med lang varighed, vil være positiv for ordregiver. En langvarig kontrakt medfører dog også et incitamentsproblem hos koncessionshaver, som påvirker ordregiver.

En koncessionskontrakt på bygge- og anlæg baserer sig på to faser, nemlig en opførelses fase og en driftsfase. På grund af dette, medfører en lang koncessionskontrakt også, at der forekommer en mulighed for et hold-up problem i løbet af driftsperioden.

Som *Ellman*³⁹⁶ selv konkluderer i hans artikel om kontraktens længde, vil en lang kontrakt betyde, at fleksibiliteten formindskes. Når en økonomisk aktør tjener sine penge i en kontrakt på baggrund af dennes ydelse i kontrakten, som det er tilfældet ved en koncessions på bygge- og anlæg, betyder en lang kontrakt, at kontrakten ikke kan genforhandles uden at dette vil kræve store transaktionsomkostninger.³⁹⁷

En lang koncessionskontrakt betyder derfor, at kontrakten bliver ufleksibel. Når der derfor sker ændringer i forhold på markedet, som ikke er skrevet ind i kontrakten, grundet teorien om inkomplette kontrakter, går dette ud over den økonomiske aktør. På baggrund heraf, vil der kunne ske en del ændringer på markedet, under driftsperioden, som herefter vil formindske koncessionshavers mulige profit på markedet. Ses der f.eks. på udbuddet af et parkeringshus, vil dette kunne ske gennem ændring omkostninger på markedet, således at det bliver dyrere for koncessionshaver at drive parkeringshuset end forventet under driftsperioden.

Koncessionshaver vil på grund af disse markedsændringer forsøge at lave et hold-up overfor ordregiver for at genforhandle kontraktens vilkår.³⁹⁸ Som det blev beskrevet ovenfor i afsnit 3.5.3 burde koncessionshaver, som jo har foretaget store aktivspecifikke investeringer i projektet ikke kunne kræve genforhandling, da denne er i en dårlig forhandlingsposition. Dette er dog ikke tilfældet,

³⁹⁶ Ellman, Matthew, 2006, The optimal length of contracts with application to outsourcing, Universitat Pompeu Fabra, s. 5-6.

³⁹⁷ Ibid, s. 6.

³⁹⁸ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 477.

efter koncessionshaver har opført byggeriet og herefter har drevet byggeriet i nogle år. Koncessionshaver vil i sådan et tilfælde have opnået en erfaring på markedet, som giver denne en forhandlingsstyrke.

Koncessionshaver vil derfor kunne kræve genforhandling i kontrakten, da ordregiveren, hvis han ikke accepterer genforhandlingen, skal bruge store transaktionsomkostninger på,³⁹⁹ at finde en ny koncessionshaver, som vil have incitament til at foretage de aktivspecifikke investeringer, og som har samme ekspertise på området, som den nuværende koncessionshaver har.⁴⁰⁰

Foreligger der derfor et marked med stor usikkerhed,⁴⁰¹ hvortil der kan ske store ændringer, vil koncessionshaver derfor have incitament til at kræve genforhandling. Dette er selvfølgelig ikke i ordregivers interesse, da dette vil øge transaktionsomkostningerne for ordregiveren, hvilket i sidste ende vil skulle betales af forbrugeren på markedet igennem højere skatter.⁴⁰²

3.5.4 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående analyse af mulige incitamentsproblemer ved udbydelse af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder kan tre problematikker opstilles:

(1) Hidden action problemet, (2) monopolprisen og (3) inkomplette kontrakter.

En langvarig koncessionskontrakt på bygge- og anlæg medfører, at monopolprisen vil blive sat i en lang periode i form af forbrugerafgiften i driftsperioden. Dette formindsker forbrugeroverskuddet, hvorfor at dødvægtstabet stiger, hvilket ikke er i ordregivers interesse.

I sammenhæng hermed betyder kontraktens længde, at der iht. teorien om de inkomplette kontrakter, vil opstå større risiko for, at kontrakten vil blive genforhandlet, på grund af ændrede omstændigheder i løbet af driftsperioden. Ordregiver kan derfor under koncessionskontrakten på bygge- og anlægsarbejdet risikere, at der skal foretages dyre genforhandlinger, som kræver store transaktionsomkostninger for ordregiver. Dette er derfor et incitamentsproblem, som kan mindske

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibid.

ordregivers nytte i kontrakten, da store omkostningerne skal bæres af ordregiver ved en sådan hold-up.

Slutteligt vil koncessionshaver, grundet den eneret denne i princippet modtager på markedet, profitmaksimere, så at der kun leveres den kvalitet, der maksimere koncessionshavers profit. Har koncessionshaver derfor vundet udbuddet med en høj kvalitet, vil sandsynligheden for, at denne kvalitet ikke leveres være stor, da en for høj kvalitet, vil mindske koncessionshavers profit på markedet. Der vil derfor opstå en situation, hvor koncessionshaver stadigvæk ikke vil levere den kvalitet, som lovet i kontrakten.

3.6 Økonomisk delkonklusion

Udbud af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder vil være fordelagtig at indgå for ordregiver, såfremt at markedet er kendetegnet ved høj informationsasymmetri og kræver mellem til høje aktivspecifikke investeringer. medfører en del fordele på markedet. Når kontrakten sammenlignes med en offentlig kontrakt, vil koncessionskontrakten på bygge- og anlægsarbejder først og fremmest være fordelagtig at indgå, når informationsasymmetrien på markedet er højt.

En offentlig kontrakt vil under høj informationsasymmetri betyde at den økonomiske aktør, vil have incitament til at levere en lav investering i kvalitet, og udelukkende fokusere på at levere i omkostningsbesparende foranstaltninger.

I modsætning hertil vil en koncessionskontrakt, hvor der foreligger en positiv indflydelse mellem driftsfasen og byggefasen medføre, at koncessionshaver vil have incitament til at øge sin investeringer i kvalitet i byggefasen, således at driftsomkostningerne bliver billigere, og efterspørgslen efter produktet stiger i driftsfasen. Dette er i ordregivers interesse, og vil derfor øge samfunds velfærden, såfremt denne positive indflydelse mellem driftsfasen og byggefasen øger efterspørgslen på markedet. I denne situation vil forbrugeroverskuddet netop stige, og dødvægtstabet vil falde på det pågældende marked.

Udbud af en koncessionskontrakt vil ligeledes være at foretrække, når de aktivspecifikke investeringer kan anses for at være mellem-høje på markedet. Dette er en antagelse, der er realistisk på markeder for bygge- og anlægsarbejder, hvor at der oftest skal foretages store "sunk costs" så snart byggeriet skal opføres. Når disse sunk costs må anses at være mellem-høje, må koncessionskontrakten på bygge- og anlægsarbejder på baggrund af teorien om de inkomplette kontrakter og transaktionsomkostningsteorien være at foretrække. Dette skyldes, at incitamentsintensiteten i kontrakten er lavere end ved en offentlig kontrakt, samtidig med, at koncessionskontrakter har en lang varighed. Den lange varighed i kontrakten øger derfor, koncessionshavers incitament til at foretage investeringer, da varigheden signalerer en credible commitment fra ordregivers side.

Selvom at det vil være fordelagtig at indgå en koncessionskontrakt under disse omstændigheder, medfører en sådan kontrakt ligeledes nogle incitamentsproblemer, som ordregiver er nødt til at være opmærksom på. En koncessionskontrakt som alene vurderes på baggrund af kvalitet medfører, at koncessionshaver har mulighed for at sætte monopolprisen på markedet i en lang periode. På baggrund heraf, vil dette mindske ordregivers nytte ved kontrakten, i og med at dette vil øge dødvægtstabet og formindske forbrugeroverskuddet.

Den lange koncessionskontrakt vil ligeledes have den betydning, på baggrund af transaktionsomkostningsteorien, at kontrakten bliver mindre fleksibel. Selvom koncessionshaveren vil have incitament til at foretage de aktivspecifikke investeringer i kontrakten, vil der ved et marked med usikkerhed kunne ske forhold i kontrakten, som herved øger koncessionshaverens incitament til at foretage hold-up i kontrakten.

På grund af at koncessionskontrakten bør udbydes ved høj informationsasymmetri, kan dette ligeledes lede til et hidden action-problem i kontrakten. Selvom en fordel er, at koncessionshaveren vil øge investeringen i kvalitet i byggefasen, vil denne investering være begrænset til, hvad der maksimerer koncessionshaverens profit i kontrakten. Således vil koncessionshaveren ikke foretage den fulde investering i kvalitet, såfremt dette ikke øger dennes profit.

4 - Integreret analyse

4.1 Indledning

Selvom en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder iht. afhandlingens økonomiske analyse vil være optimal for ordregiver at indgå, når der foreligger: (1) høj asymmetrisk information og (2) mellem til høj aktivspecifitet på markedet, medfører koncessionskontrakten alligevel en række incitamentsproblemer.⁴⁰³

Som det blev konkluderet i den økonomiske analyse, vil indgåelsen af en koncessionskontrakt medføre, at monopolprisen vil blive sat på markedet, samtidig med, at kvaliteten som koncessionshaver investerer i, ikke altid vil leve op til koncessionskontraktens krav. Yderligere vil kontraktens lange varighed medføre risiko for hold-up fra koncessionshavers side. Alle disse incitamentsproblemer i koncessionskontrakten vil øge dødvægtstabet på markedet, hvilket vil være i strid med ordregivers ønsker om at maksimere den sociale velfærd.⁴⁰⁴

Selvom koncessionskontrakten vil være efficient at indgå ved høj asymmetrisk information og høj aktivspecifitet, vil koncessionshavers adfærd på markedet imidlertid minimere ordregivers profit.⁴⁰⁵

Afhandlingens integrerede analyse søger derfor mod at designe den koncessionskontrakt, der øger velfærden i samfundet mest muligt, og dermed vil være den Kaldor-Hicks-efficiente løsning. Denne efficiens vil kunne forekomme ved at øge koncessionshavers incitament til at levere den bedste kvalitet i bygge- og anlægsarbejdet, samt sænke den forbrugeravgift, der sættes på markedet. Den integrerede analyse vil på baggrund heraf analysere på tre parametre i koncessionskontrakten, som kan forbedre incitamenterne hos koncessionshaver. Disse er: (1) Risikoallokering i kontrakten, (2) kontraktens længde, samt (3) prisregulering i kontrakten.

Da det dog iht. til den juridiske analyse blev konkluderet, at en kontrakt først kunne defineres som en koncessionskontrakt i henhold til koncessionsdirektivet, når en driftsrisiko er overdraget, så koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, skal ovenstående tre parametre i kontrakten designes, således at driftsrisikoen stadigvæk er overdraget på en tilfredsstillende måde, indenfor koncessionsdirektivets rammer.

⁴⁰³ Hos koncessionshaver.

⁴⁰⁴ Og derfor ikke være den Kaldor-Hicks-efficiente løsning.

⁴⁰⁵ Dvs. den sociale velfærd, hvilket ikke vil resultere i den Kaldor-Hicks-efficiente løsning.

4.2 Den juridiske ramme

Som det blev konkluderet i afhandlingens juridiske analyse, kan en kontrakt alene defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet i de tilfælde, hvor størstedelen af vederlaget stammer fra forbrugeren, og når driftsrisikoen er overdraget på en væsentlig måde, så koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen, jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

Dette krav skaber begrænsninger for ordregiver til, at kunne designe koncessionskontrakten fuldstændig frit. De muligheder som ordregiver kan anvende ved designet af koncessionskontrakten, og som skal minimere de incitamentsproblemer der vil kunne foreligge, skal fortsat leve op til koncessionsdirektivet. Er tilfældet at ordregiver får designet en koncessionskontrakt, hvor driftsrisikoen til koncessionshaver ikke er overdraget på en væsentlig måde, kan kontrakten ikke defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet. Derfor vil et udbud af en sådan være ugyldigt, således at ordregiver skal bryde kontrakten og foretage et nyt udbud, da det ellers ville stride imod de udbudsretlige principper, hvilket herunder vil være gennemsigthedsprincippet.

Ordregiver skal have i mente, at en koncessionskontrakt skal designes, ved at den væsentlige driftsrisiko bliver overdraget til koncessionshaver gennem dennes udnyttelse af det præsterede bygge- og anlægsarbejde. Ordregivers ændringer af koncessionskontrakten ved allokeringen af risici, kontraktens længde og prisregulering, må ske uden at risikoen i kontrakten ændres på en måde, hvor der ikke længere overdrages en væsentlig driftsrisiko til koncessionshaver.

4.3 Allokering af risici

En naturlig del af koncessionskontrakten er, at der skal overdrages en stor risiko til koncessionshaver, i og med at koncessionshavers profit i kontrakten skabes gennem en brugerbetaling i driftsperioden. Da et af de incitamentsproblemer der dog foreligger i koncessionskontrakten er, at koncessionshaver ikke nødvendigvis vil investere fuldkommen i den lovede kvalitet i kontrakten, kan en optimal allokering af risici muligvis minimere dette problem. Som det blev analyseret i afsnit 3.4.1.3, vil en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder være mere fordelagtig at indgå, jo større den positive effekt byggefasen har på driftsfasen. En optimal allokering af risici, vil kunne øge denne positive effekt, således at, dette muligvis vil kunne minimere incitamentsproblemet i kontrakten og dermed øge koncessionshavers investering i kvalitet i byggefasen.

Allokering af risici i kontrakten kan, som redegjort for ovenfor, ikke foretages frit af ordregiver, eftersom at den væsentlige driftsrisiko stadigvæk, iht. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, skal overdrages til koncessionshaver.⁴⁰⁶

I afsnittet nedenfor vil det blive analyseret, hvilke og hvor stor en risiko, som ordregiver skal allokere til koncessionshaver, således at incitamentet til at investere i koncessionskontrakten maksimeres, samtidig med, at kontrakten fortsat kan anses som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. Det antages derfor nedenfor, at der foreligger en asymmetrisk information på markedet, som det blev konkluderet i den økonomiske analyse afsnit 3.4.1.4.

4.3.1 Risikovillighed hos parterne i koncessionskontrakten

Inden ordregiver kan vælge den optimale risikoallokering i koncessionskontrakten, er det vigtigt at vurdere parternes risikovillighed. Parternes risikovillighed i koncessionskontrakten spiller nemlig en stor rolle i forbindelse med hvilke og hvor stor en risiko, der bør overdrages til koncessionshaver.

Villigheden til at påtage sig risiko afhænger af parternes risikoprofil. Denne betinges af den pågældende aktørs forhold mellem risiko og det forventede afkast.⁴⁰⁷

En meget risikoavers part vil foretrække en lav risiko med et lavt forventet afkast, hvorimod en meget lidt risikoavers/risikoneutral part vil foretrække en høj risiko med et højt forventet afkast.⁴⁰⁸

En risikoavers part har en konkav nyttefunktion ved tildeling af højere risiko og dennes nyttefunktion vil f.eks. kunne skrives som $U(z) = z^{0,5}$ ⁴⁰⁹

En risikoneutral part har derimod en konveks nyttefunktion, hvor at dennes nyttefunktion kan skrives som $G(x) = x$ ⁴¹⁰

Ud fra Principal-agent teorien afhænger risikovilligheden alene af parternes mulighed for at diversificere deres risici.⁴¹¹ En virksomhed, som har mulighed for at diversificere sin risici ud på mange

⁴⁰⁶ hvorfor denne ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage med et evt. afkast.

⁴⁰⁷ Ward, S. C., C. B. Chapman og B. Curtis, "On the allocation of risk in the construction projects", International Journal of Project Management, s. 142.

⁴⁰⁸ Ibid

⁴⁰⁹ Sornn-Friese, Henrik, 2007, s. 143. Se bilag 2.

⁴¹⁰ Ibid, s. 144. Se bilag 2.

⁴¹¹ Ward, S. C., C. B. Chapman & B. Curtis. "On the allocation of risk in the construction projects", International Journal of Project Management, s. 142.

forskellige projekter, vil anses at være risikoneutral.⁴¹² Principalen antages på denne baggrund at være risikoneutral, hvis der udelukkende ses på Principal-agent teorien.⁴¹³

Hvorvidt dette er en realistisk antagelse, når principalen er en ordregiver, som er en offentlig part kan dog diskuteres. Ud fra en antagelse om, at ordregiver er en offentlig aktør, kan denne som udgangspunkt sprede risikoen blandt mange projekter og borgere.⁴¹⁴ Dette ses ved, at en offentlig ordregiver har mange forskellige aktive udbud, hvor risikoen kan spredes på. Ligeledes, vil en offentlig aktør kunne hæve skatterne for at sprede sin risici. Da alle borgere skal betale en højere skat i det pågældende land eller kommune, vil risikoen derfor kunne diversificeres blandt en stor mængde af mennesker. Disse mennesker må siges at få en fordel af den investering, der foretages i nye udbud, og bliver herefter ”beskattet” af det. På baggrund heraf, er det argumenteret af flere økonomer, at staten og offentlige enheder, realistisk set kan anses som risikoneutral.⁴¹⁵ Afhandlingen tager udgangspunkt i dette synspunkt, men om ordregiver på den anden side snarere vil kunne anses at være risikoavers, er usikkert. Uanset om ordregiver dog er risikoneutral eller risikoavers, må det dog kunne konkluderes, at ordregiveren, som offentlig aktør, altid vil være mindre risikoavers en økonomisk part, på baggrund af muligheden for at øge skatterne, hvorfor denne må anses at have bedre lånemuligheder.⁴¹⁶

For ikke at gøre Principal-agent teorien triviell, anses koncessionshaver dog som risikoavers.⁴¹⁷ Dette må anses også at være en realistisk antagelse, da en koncessionskontrakt har en lang varighed, samtidig med at kontrakter på bygge- og anlægsarbejder indeholder en stor kompleksitet. Koncessionshaver kan derfor ikke anses at have mange aktive projekter på samme tid, hvorfor det må antages, at denne ikke kan diversificere sin risiko på mange forskellige projekter.

Risikovillighed kan dog afhænge af flere parametre end blot parternes diversificeringmuligheder. Ofte kan der ligge kulturelle og personlige elementer bag villigheden til at ville påtage sig risiko.⁴¹⁸

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ Hendrikse, George, 2003, s. 121

⁴¹⁴ I form af f.eks. skattejusteringer for finansiering af de offentlige budgetter m.v.

⁴¹⁵ Arrow, K. J., & Lind, R. C. (1970). Uncertainty and the evaluation of public investment decisions. *American Economic Review*, 364–378, s. 366 og Alan, Randall, Probing the limits of risk-neutral government, *Journal of Natural Resources Policy Research*, 2014, s. 66.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ Dewatripont, Mathias & Legros, Patrick, 2005, Public-Private partnerships: Contract design and risk transfer, *EIB Papers*, s. 133.

⁴¹⁸ Ward, S. C., C. B. Chapman & B. Curtis, “On the allocation of risk in the construction projects”, *International Journal of Project Management*, s. 142.

En af disse elementer kunne f.eks. forekomme ved en parts fejlvurdering af risikoen i projektet, hvilket bunder i en enten optimistisk eller pessimistisk tilgang til markedet.⁴¹⁹ Forskellige elementer kan derfor have indflydelse på om ordregiver eller koncessionshaver er mere eller mindre risikoavers. For at simplificere den integrerede analyse, vil disse forskellige elementer ikke blive behandlet yderligere.

Det må ud fra ovenstående hermed antages, at ordregiver, som offentlig aktør er risikoneutral og koncessionshaver er risikoavers.

4.3.2 Den optimale risikoallokering

Den optimale allokering af risiko i koncessionskontrakten afhænger herefter af, hvordan ordregiver kan opnå den højeste investering i kontrakten fra koncessionshaver, så kvaliteten i kontrakten maksimeres.

Da koncessionshaver blev vurderet til at være risikoavers iht. afsnittet ovenfor, vil koncessionshaver ikke være tilfreds med at bære risiko. Jo mere risiko koncessionshaver får i koncessionskontrakten, desto større risikopræmie⁴²⁰ skal ordregiver betale til koncessionshaver. Betales der ikke en risikopræmie, vil koncessionshaver afvise at tage imod kontrakten. Som det blev antaget i den økonomiske analyse, modtager koncessionshaver ingen betaling. Denne antagelse lettes dog i dette afsnit, således at ordregiver kan betale et vederlag i kontrakten, som risikopræmie, så koncessionshaver garanteres en betaling i kontrakten. Dette er samtidig også muligt i henhold til koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, så længe, at størstedelen af vederlaget stammer fra forbrugeren.⁴²¹

Den “førstebedste”⁴²² beslutning for ordregiver i forbindelse med allokeringen af risikoen vil være, at ordregiver bærer hele risikoen i koncessionskontrakten. Baggrunden herfor skyldes, at ordregiver måtte anses for at være risikoneutral. Ordregiver kan derfor bære denne risiko til færre omkostninger, end hvad det ville koste at skulle betale en risikopræmie til koncessionshaver for at påtage sig risikoen i koncessionskontrakten.

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ Sornn-Friese, Henrik. 2007. S. 140.

⁴²¹ Se juridisk analyse afsnit 2.3.3.1.

⁴²² Ibid. s. 148.

På grund af den asymmetriske information kan ordregiver ikke observere, hvilken investering som koncessionshaver rent faktisk foretager i kvaliteten, hvorfor ordregiver kun kan se resultatet af det færdige bygge- og anlægsarbejde, når det overdrages fra koncessionshaver.

Overdrages der ingen risiko til koncessionshaver vil denne på grund af hidden action-problemet,⁴²³ ikke have noget incitament til at investere i kvalitet i koncessionskontrakten.⁴²⁴ Ligeledes ville en manglende overdragelse af risiko betyde, at koncessionskontrakten ikke skulle udbydes, da karakteren ved en sådan kontrakt som bekendt er, at størstedelen af risikoen bæres af koncessionshaver.

Den “næstbedste”⁴²⁵ løsning skal derfor findes for ordregiver. Dette indebærer at ordregiver øger koncessionshavers incitament til at investere i den påkrævede investering billigst muligt, således at der ikke skal betales en for stor risikopræmie i form af en lang koncessionskontrakt. Ordregiver skal finde den pareto-optimale løsning,⁴²⁶ så at der ikke kan findes en anden risikoallokering, hvor en part ikke kan stilles bedre, uden en anden stilles værre.⁴²⁷ På den måde sikres den billigste risikoallokering, som skaber de optimale incitamenter.

For at opnå denne pareto-optimale situation i koncessionskontrakten, vil det være optimalt ved en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder at overdrage den risiko, som koncessionshaver igennem sin ydelse i byggefasen kan have indflydelse på. Hermed skal koncessionshaver alene bære de endogene risici, som er forbundet med koncessionskontrakten. Jo mere koncessionshaver derfor kan influere risikoen, desto større investering vil koncessionshaver ligeledes foretage i koncessionskontrakten. En overdragelse af disse endogene risici, vil på denne måde kunne øge den positive indflydelse ved en koncessionskontrakt på et bygge- og anlægsarbejde, mellem en investering i kvalitet i opførelsesfasen og den effekt investeringen får på efterspørgslen efter parkeringshuset, samt på omkostningerne i driftsfasen.⁴²⁸ På grund af denne indflydelse en koncessionskontrakt har på bygge- og anlægsarbejder mellem opførelses- og driftsfasen, vil en stor overdragelse af de endogene risici, som koncessionshaver bærer i kontrakten, derfor kunne medføre,

⁴²³ Se afsnit 3.5.2 i det økonomiske kapitel.

⁴²⁴ Hendrikse, George, 2003, s. 121.

⁴²⁵ Sornn-Firese, Henrik, 2007, s. 140.

⁴²⁶ Eide, Erling & Stavang, Endre, 2008, s. 34.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ Dewatripont, Mathias & Legros, Patrick, 2005, Public-Private partnerships: Contract design and risk transfer, EIB Papers, s. 133.

at koncessionshaver også får en større profit i driftsfasen ved at investere i kvalitet i opførelsesfasen, da investeringen formindsker omkostninger ved disse forskellige risici på markedet. En sådan allokering af risici vil derfor anses at være fordelagtig, da kvaliteten af kontrakten herved maksimeres, hvorfor at ordregivers nytte i kontrakten og derigennem velfærden øges.

I modsætning hertil vil en overdragelse af de eksogene risici til koncessionshaver betyde, at der vil opstå en vis tilfældighed mellem koncessionshavers ydelse i kontrakten, og den profit der opnås i driftsfasen.⁴²⁹

En større allokering af de endogene risici i koncessionskontrakten vil hermed øge den positive indflydelse mellem opførelses- og driftsfasen. Hvor stor en andel af de endogene risici der kan overdrages til koncessionshaver, vil herefter afhænge af usikkerheden på markedet. En stor usikkerhed på markedet vil nemlig medføre, at tilfældighedsvariabel ved den endogene risiko forøges, hvorfor det ikke kan forudsiges, hvordan koncessionshavers ydelse i kontrakten får betydning for profitten i driftsfasen.⁴³⁰

Andelen af endogen risiko der skal overdrages til koncessionshaver, afhænger til sidst af dennes risikoaversion. Er koncessionshaver meget risikoavers, kan der ikke overdrages en stor risiko til koncessionshaver, uagtet at disse er de endogene risici, da der vil skulle betales en stor risikopræmie fra ordregiver. Jo mindre risikoavers koncessionshaver er, desto større andel af de endogene risici kan overdrages til koncessionshaver.

Den optimale risikoallokering

$\downarrow ExR, \uparrow EnR, \downarrow RA, \downarrow U$

ExR = Eksogene risici
 EnR = Endogene risici
 RA = Koncessionshavers risikoaversitet
 U = Usikkerheden på markedet

⁴²⁹ Ibid

⁴³⁰ Ibid

4.3.2.1 Hvilke risici skal overdrages til koncessionshaver?

Det kan på baggrund af ovenstående afsnit derfor konkluderes, at koncessionshaver bør bære den endogene risici i kontrakten, således at den positive indflydelse mellem opførelses- og driftsfasen maksimeres.⁴³¹ Kvaliteten i kontrakten vil på denne baggrund øges, hvilket øger velfærden i samfundet.

Kigges der på casen omkring parkeringshuset, som omhandler både en opførelsesfase og en driftsfase, indebærer dette, at risici kan opstå, som f.eks. ændringer i efterspørgslen, erstatningsansvar overfor tredjemand, strejke af arbejdskraft og sene designændringer.⁴³² Samtlige af disse risici kan koncessionshaver selv have en indflydelse på, gennem sin egen ydelse i kontrakten.

Hvor stor en andel af de endogene risici som koncessionshaver skal bære i koncessionskontrakten, afhænger herefter af, hvor lidt risikoavers koncessionshaver er, og hvor stor usikkerhed de enkelte endogene risici har på markedet.⁴³³ På baggrund af, at størstedelen af vederlaget i en koncessionskontrakt stammer fra forbrugerafgiften, må det dog antages at koncessionshaveren er lidt risikoavers. Koncessionskontrakten skal derfor overdrage en stor mængde af de endogene risici i kontrakten.

Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1 skaber imidlertid en udfordring i forbindelse hermed. Som det blev konkluderet i det juridiske kapitel afsnit 2.3.3.2.1, er det uvist, hvornår koncessionshaver helt præcist må siges, at have fået overdraget driftsrisikoen på en væsentlig måde.⁴³⁴ Denne juridiske usikkerhed medfører et stort problem ift. hvor stor en andel af de endogene risici der kan overdrages til koncessionshaver indenfor for koncessionsdirektivets ramme.

Som det blev beskrevet i afsnit 4.2 omkring den juridiske ramme, medfører en for lille overdragelse af driftsrisikoen til koncessionshaver, at udbuddet og den indgåede kontrakt vil blive annulleret. Hermed skabes et automatisk hold-up i koncessionskontrakten, da både ordregiver og koncessionshaver vil miste kontrakten, hvorefter ordregiver skal genudbyde kontrakten.

⁴³¹ Iossa, Elisabetta & David Martimort "The simple microeconomics of PPP" i journal of Public Economic Theory, s. 15.

⁴³² Bing, Li, A. Akintoye, P.J. Edwards & C. Hardcastle; "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK, s. 33.

⁴³³ Iossa, Elisabetta & David Martimort "The theory of incentives applied to the transport sector" i "A handbook of Transport Economics" s. 12.

⁴³⁴ hvor koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen.

Når ordregiver foretager en optimal risikoallokering, vil den juridiske usikkerhed kunne minimere koncessionshavers incitament til at ville investere i koncessionskontrakten, da en sådan juridisk risiko, kan anses som en stor eksogen risiko. Denne eksogene risiko vil følgelig betyde, at koncessionshaver mister incitament til at investere i kvalitet i kontrakten, da den juridiske risiko, kan betyde, at investeringen i kvalitet mister sin effekt i driftsfasen, såfremt en tilbudsgiver klager over, at udbuddet er foretaget på en ulovlig måde.

For at undgå denne juridiske usikkerhed, bliver ordregiver nødt til at være garanteret, at en væsentlig driftsrisiko, er overdraget til koncessionshaver, jf. Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. Som det blev konkluderet i afhandlingens juridiske kapitel afsnit 2.3.3.3, indebærer det at koncessionshaver i en koncessionskontrakt på et bygge- og anlægsarbejde både skal bære hele efterspørgsels- og udbudsrisikoen. Dette indebærer risici som f.eks. *risikoen på faktisk efterspørgsel efter de bygge- og anlægsarbejder*,⁴³⁵ *risikoen for at leveringen af tjenesteydelserne ikke vil matche efterspørgslen*,⁴³⁶ *risikoen for konkurrence fra andre erhvervsdrivende*, *risikoen for, at udbuddet af tjenesteydelserne ikke opfylder efterspørgslen*, *risikoen for, at debitorerne ikke vil være i stand til at betale for de præsterede ydelser*, *risikoen for, at alle udgifterne i forbindelse med driften af tjenesteydelsen ikke vil blive dækket ved indtægterne*, eller *risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrækkelig præstation af tjenesteydelsen*.⁴³⁷

For at undgå den juridiske usikkerhed ved koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, skal ovenstående risici, overdrages til koncessionshaver. Dog må samtlige af disse risici, anses at være endogene, da koncessionshaver igennem sin ydelse i kontrakten, vil kunne have indflydelse på samtlige af ovenstående risici. Dette vil derfor være positivt, da koncessionsdirektivet, herefter stadigvæk gør det muligt, at øge den positive indflydelse mellem bygge- og driftsfasen.

Eksogene risici er modsætningsvis ikke en del af driftsrisikoen, og kan derfor frit overdrages parterne imellem. Som det fremgår af præambelbetragtning nr. 20 i koncessionsdirektivet, vil risici som findes i alle typer af kontrakter ikke være en del af driftsrisikoen. Præambelbetragtningen nævner herefter force majeure, som ift. Nærværende analyse vil kunne bæres af ordregiver. I sammenhæng hermed, må dette ligeledes betyde, at juridiske risici i form af ændringer af regler eller lignende, samtidig kan

⁴³⁵ Koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 20.

⁴³⁶ Ibid

⁴³⁷ Sag C-274/09, Krankentransport Stadler, pr. 37.

adskilles fra driftsrisikoen, da det ikke relaterer sig til efterspørgselsrisikoen eller udbudsrisikoen, men snarere er risiko som findes i alle kontrakter generelt. Disse former for risici kan derfor udskilles fra de endogene risici, som relaterer sig til driftsrisikoen, hvorefter koncessionshaver herved udelukkende bærer de endogene risici på markedet.

Koncessionshavers incitament til at investere i koncessionskontrakten vil derfor forøges, selvom der forekommer en stor juridisk usikkerhed, hvorefter hele driftsrisikoen skal overdrages til koncessionshaver. På grund af, at hele driftsrisikoen skal overdrages til koncessionshaver, indebærer dette store endogen risici. For at dette skal være en optimal allokering af risici, skal koncessionshaver anses at være meget lidt risikoavers, samtidig med at usikkerhed på markedet ikke er for stor, således at der ikke skal betales en for stor risikopræmie.

4.3.2.2 Hvilke risici skal forblive hos ordregiver?

Når koncessionshaver herved skal bære de endogene risici, bør ordregiver på den anden side bære de resterende risici, som herefter er ude af koncessionshavers kontrol og dermed eksogene, hvilket er de risici, som koncessionshaver ikke kan påvirke gennem sin egen investering i kontrakten. Som *Li Bing et. al.*⁴³⁸ analyserede ved en spørgeundersøgelse herom, vil det sige risici som f.eks. Politisk risiko og lovgivningsændringer. Disse risici vil ikke påvirkes af koncessionshavers investering i kontrakten, og er samtidig tættere forbundet med en ordregiver, som hører under den offentlige forvaltning.

Som beskrevet ovenfor vil disse eksogene risici minimere koncessionshavers incitament til at investere i byggefasen. Da ordregiver antages at være risikoneutral, og da disse ikke er en del af driftsrisikoen i henhold til koncessionsdirektivet, vil det være billigst at lade ordregiver bære disse risici, således, at incitamenterne i kontrakten maksimeres.

På denne baggrund bør ordregiver bære størstedelen af de eksogene risici, så at koncessionshavers incitament til at investere i kvalitet i kontrakten bliver så højt som muligt.

4.3.2.3 Sammenfatning

Ud fra ovenstående analyse, kan koncessionshavers incitamentsproblem i form af lavere investeringer i kontrakten minimeres ved, at koncessionshaver får overdraget de endogene risici, hvorefter ordregiver får overdraget de eksogene risici.

⁴³⁸ Bing, Li, A. Akintoye, P.J. Edwards & C. Hardcastle; "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK, s. 32

Ud fra en sådan risikooverdragelse, vil koncessionshaver have indflydelse på fremtiden i form af, at en øget investering i byggefasen på kvalitet, vil kunne minimere de endogene risici. På baggrund af koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, skal hele driftsrisikoen dog overdrages på koncessionshaver, således at ordregiver undgår den juridiske usikkerhed om, hvorvidt der foreligger en koncessionskontrakt i henhold til koncessionsdirektivet eller ej. Derfor skal koncessionshaver være meget lidt risikoavers, således at denne vil påtage sig denne store risiko.

Alle de eksogene skal herefter forblive hos ordregiver, da koncessionshaver ikke kan influere disse igennem investering i kvalitet i byggefasen. Dette er muligt iht. koncessionsdirektivet, da disse risici foreligger inden for alle offentlige kontrakter. Da ordregiver også antages at være risikoneutral, vil det være billigst for ordregiver at bære denne risiko selv.

4.4 Koncessionskontraktens længde

Som det blev analyseret i den økonomiske analyse, vil koncessionskontrakten være at foretrække at udbyde for ordregiver, såfremt aktivspecifiteteten er mellem til høj. Dette skyldes bl.a., at koncessionskontrakten havde en lang varighed. En lang varighed medfører dog det incitamentsproblem i kontrakten, at monopolprisen kan sættes i længere periode, hvilket bevirker, at dødvægtstabet øges og forbrugeroverskuddet formindskes. Dette er ikke i ordregiverens interesse, da Kaldor-Hicks-efficiensen formindskes.

En for kort kontrakt skaber dog yderligere incitamentsproblemer i forbindelse med koncessionshavers investering i aktivspecifikke investeringer.

Det er derfor relevant at analysere, hvor lang koncessionskontrakten skal være, således at monopolprisen sættes så kort som muligt, så dødvægtstabet på markedet minimeres.

4.4.1 Det juridiske sammenspil mellem kontraktens længde og driftsrisikoen

Som analyseret i afhandlingens juridiske kapitel, må koncessionskontrakten ikke have en alt for lang varighed. I henhold koncessionsdirektivets art. 18, stk. 2, må der ikke udbydes en koncessionskontrakt, som har en længere varighed, end hvad der skønnes nødvendigt for, at koncessionshaver kan tjene sine investeringer tilbage igen med et evt. afkast. En varighed under 5 år, kræver dog ikke en sådan vurdering.⁴³⁹

⁴³⁹ Se den juridiske analyse afsnit 2.4.1.1.1.

Selvom varigheden af koncessionskontrakten herefter kan sættes af ordregiver på baggrund af en proportionalitetstest, jf. koncessionsdirektivets art. 18, stk. 2, må koncessionskontrakten ikke have en så lang varighed, at koncessionshaver bliver garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen med et evt. afkast, da dette jf. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, ville indebære, at driftsrisikoen ikke er overdraget på en væsentlig måde. Kontraktens længde skal derfor sættes på en måde, således at begge regler i koncessionsdirektivet overholdes, samtidig med at de økonomiske incitamenter ligeledes optimeres. Ordregiver skal dog huske på, at længden af kontrakten, ikke er det afgørende for, om driftsrisikoen er overdraget væsentlig, jf. Kommissionen mod Italien.⁴⁴⁰

4.4.2 Den optimale længde af koncessionskontrakten

Som det blev konkluderet i afsnit 3.6 i det økonomiske kapitel, vil koncessionskontrakten være at foretrække, når ”projektet” har en høj grad af aktivspecifitet. Forklaringen skyldes, at en koncessionskontrakt som udgangspunkt er defineret som en langvarig kontrakt, hvor koncessionshaver har mulighed for, at have indflydelse på projektet. Da kontrakten anses at være lang, vil koncessionshaver have et større incitament til at foretage de nødvendige aktivspecifikke investeringer, så kontraktens værdi øges. En lang kontrakt øger herved koncessionshavers incitamenter til, at foretage aktivspecifikke investeringer i kontrakten.

Ligeledes vil en koncessionskontrakt, hvor koncessionshaver netop tjener sin profit på baggrund af den afgift den tager, være sikker på at kunne tjene sine investeringer tilbage igen da den herved har længere tid til det.

Jo større aktivspecifik investering der herved skal foretages af koncessionshaver i byggefasen, jo længere skal kontrakten således også være.

Kontraktens længde har derfor en stor fordel for incitamenterne i kontrakten, hvilket øger kontraktens værdi.

På den anden side, kan en lang kontrakt ligeledes øge koncessionshavers risiko. Som det blev analyseret i den økonomiske analyses afsnit 3.5.3, vil en længere varighed af kontrakten samtidig betyde, at der er større chance for, at der kan ske hold-up.⁴⁴¹ Jo længere kontrakten er, desto større er chancen for, at der sker noget uventet, som der ikke er taget højde for i kontrakten, hvilket vil medføre

⁴⁴⁰ Sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, pr. 42.

⁴⁴¹ Gallini, Nancy & Scotchmer, Suzanne. 2001. Intellectual property: When is it the best incentive system? Econbiz. Berkeley: University of California. Department of Economics. Vol. 303.

en genforhandling. Dette skaber derfor det problem for ordregiver, at koncessionshaver vil foretage hold-up og herved gøre kontraktens værdi mindre for ordregiver. Et sådant forhold kan skyldes de såkaldte ”cost overruns”, hvor omkostningerne og værdien af kontrakten specificeres på en måde der ikke spiller overens med de realiserede omkostninger. En længere kontrakt øger chancerne for, at der sker ændringer i omkostningerne på markedet, hvilket betyder, at der automatisk vil ske et hold-up. Det er klart, at dette hænger sammen med usikkerheden på markedet. Er usikkerheden høj, vil dette tale for, at ordregiver udbyder en kortere kontrakt, da sandsynligheden for hold-up fra koncessionshavers side af vil være høj.

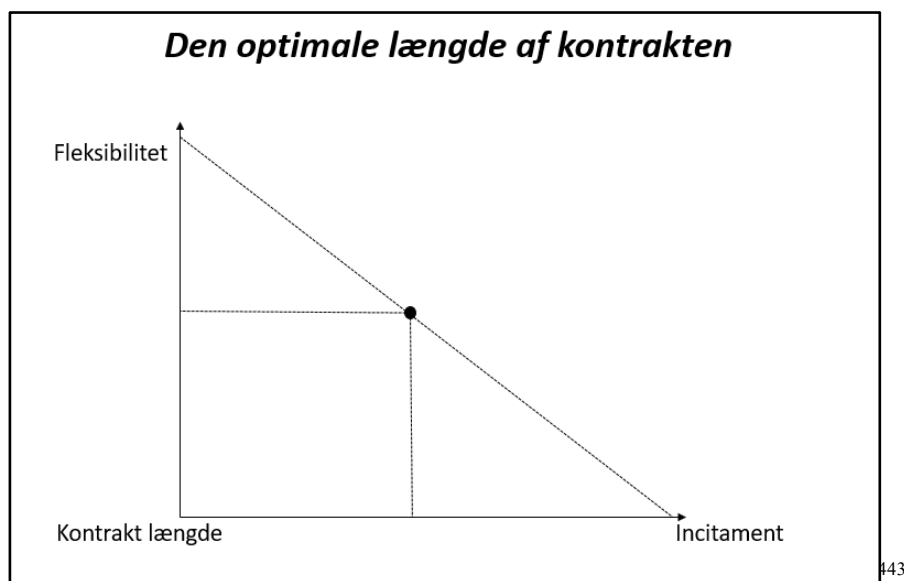
I sammenhæng hermed betyder en lang kontrakt, at driftsperioden for koncessionshaver også varer over en længere periode, hvorfor monopolprisen kan sættes i hele denne. Dette medfører samlet set et højere dødvægtstab i den driftsperiode, som koncessionshaver er ansvarlig for. Derfor vil en kortere kontraktperiode i stedet være mere optimal, men medfører samtidigt, at incitamentet for koncessionshaver til at foretage aktivspecifikke investeringer formindskes, som beskrevet ovenfor.

Af ovenstående diskussion, er der en række modstridende argumenter som medfører, at kontraktens længde ikke er nem at fastsætte. Ordregiver ønsker på baggrund af disse modstridende elementer at finde en ”ligevægt”, hvor koncessionshaver lige præcis får incitament til at investere i de uundgåelige aktivspecifikke investeringer i bygge- og anlægsarbejdet, hvor monopolprisen som koncessionshaver sætter i driftsperioden, bliver så lav som mulig. Dødvægtstab på markedet sænkes derved til det lavest mulige.

Nedenstående billede viser dette forhold mellem fleksibilitet og incitament i koncessionskontrakten, baseret på kontraktens længde. På baggrund af illustrationen, kan det vises, at ordregiver bør foretage en cost-benefit-analyse mellem koncessionshavers incitament, og kontraktens fleksibilitet, således at der opnås et ligevægtpunkt, hvor koncessionshaver lige præcis har incitament til, at foretage de nødvendige aktivspecifikke investeringer i kontrakten, uden at dette medfører for stor risiko for hold-up og for stort dødvægtstab. Vurderingen bør derfor foretages ud fra størrelsen af den aktivspecifikke investering og usikkerhed på det pågældende marked.⁴⁴² En større aktivspecifik investering, skal derfor øge kontraktens længde, dog afhængig af usikkerheden på markedet, således at koncessionshavers incitament til at foretage hold-up vil være lavt.

⁴⁴² Iossa, Elisabetta og Martimort, David, the theory of incentives applied to the transport sector, a handbook of transport economics, s. 695-696

Sættes kontraktens længde nemlig på baggrund af, hvorledes koncessionshaver vil foretage de aktivspecifikke investeringer, vil kontrakten længde kun være så langt som nødvendigt, for at bevare kontrakten høje værdi, således at monopolprisen sættes i en så kort periode som muligt.



Vurderingen skal samtidig ske inden for den juridiske ramme, da koncessionshaver aldrig må være garanteret at tjene sine investeringer tilbage igen, jf. Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. Dette vil ikke umiddelbart udgøre et problem, fordi ordregiver ikke bør sætte en længere varighed på koncessionskontrakten, end hvad der er strengt nødvendigt for at sikre koncessionshavers incitament til at ville investere. Samtidig må cost-benefit-analysen, som anført ovenfor, kunne sidestilles med en proportionalitetstest iht. koncessionsdirektivets art. 18, da denne sikrer, at koncessionshaver ikke får en længere varighed, end hvad der er nødvendigt. Kontraktens længde bør være inden for koncessionsdirektivets anvendelsesområde og koncessionsdirektivets art. 18's grænser, når den sættes på baggrund af ovenstående.

I forhold til casen omkring parkeringshuset, vil aktivspecifiteten, som beskrevet i den økonomiske analyses afsnit 3.4.2, være høj, hvilket skyldes at der skal foretages en stor initialinvestering, når parkeringshuset skal opsættes. Dette vil kræve at kontraktens længde som udgangspunkt bliver lang. Det kan formentlig siges, at usikkerheden på et sådant marked kan være stor. Bygge- og anlægsarbejder vil oftest være komplekse projekter, og medfører at der være en stor chance for, at

⁴⁴³ Illustration af egen tilvirkning.

forhold kan forandre sig under driftsperioden, således at omkostningerne for koncessionshaver vil ændres væsentligt. Derfor skal kontrakten i dette tilfælde formegentlig ikke være for lang.

Kontraktens længde bør som udgangspunkt kunne siges at skulle have en lang varighed, hvor koncessionshaver får de nødvendige incitamenter til at foretage de aktivspecifikke investeringer i kontrakten.

4.4.3 Sammenfatning

For at minimere dødvægtstabet fra monopolprisen, som koncessionshaver sætter under sin driftsfase, bør ordregiver sætte kontraktens varighed på baggrund af den aktivspecifikke investering, der skal foretages i kontrakten. Jo højere denne er, desto længere skal kontrakten herved også være. Dette skyldes, da kontraktens værdi vil forværres markant, såfremt kontrakten ikke har en varighed som giver koncessionshaver incitament til, at foretage de aktivspecifikke investering i kontrakten.

Kontraktens varighed bør således kun lige have en længde, således at incitamentet til at foretage denne aktivspecifikke investering i kontrakten sikres. På den måde, formindskes dødvægtstabet på markedet, da kontraktens længde ikke er længere end nødvendigt.

4.5 Prisfastsættelsesordninger

Af afhandlingens økonomiske analyse kunne det udledes, at koncessionshaver er opportunistisk og profitmaksimerende. Dette resulterer i at koncessionshaver ønsker at sætte den højest mulige pris i driftsperioden. Som analyseret i afsnit 3.5.1 må det antages, at koncessionshaver vil sætte forbrugerafgiften på koncessionen i driftsperioden som monopolprisen.⁴⁴⁴ Konsekvensen af, at koncessionshaver kan få lov til at sætte monopolprisen, bliver at forbrugeroverskuddet bliver lavt, og dødvægtstabet højt i hele koncessionshavers driftsperiode. Dette vil ikke vil være den Kaldor-Hicks-efficiente løsning, og er således imod ordregivers ønske.⁴⁴⁵ En løsning, som beskrevet i afsnittet ovenfor, var at udbyde en kontrakt med en kortere varighed. Selvom dette var en rimelig løsning, skal koncessionskontrakten stadigvæk have en vis længde, så koncessionshaver vil ”committe” sig til at foretage de aktivspecifikke investeringer i kontrakten. Derfor er det relevant at analysere ordregivers

⁴⁴⁴ Som bliver influeret af elasticiteten på det pågældende marked, som koncessionen opererer på.

⁴⁴⁵ Som er at øge den sociale velfærd mest muligt, hvilket også vil være det Kaldor-Hicks-efficiente resultat.

muligheder for anvendelse af prisfastsættelsesordninger ved designet af koncessionskontrakten, så monopolprisen ikke kan sættes imens koncessionshaver er ansvarlig for driften.

Spørgsmålet bliver dog først, om koncessionsdirektivet tillader, at ordregiver må designe koncessionskontrakten ved at anvende en prisfastsættelsesordning, for at forøge den sociale velfærd heri og nå mod det Kaldor-Hicks-efficiente resultat. Da prisfastsættelsesordninger ikke er behandlet særskilt i koncessionsdirektivet, skal vurderingen ske ud fra den generelle risikobetragtning.

Som udledt i afhandlingens juridiske analyse afsnit 2.3.3.2, kunne det konstateres, at koncessionsdirektivet art. 5, stk. 1 stiller et ufravigeligt krav om, at driftsrisikoen bliver overdraget til koncessionshaver. Derfor er det relevant, at ordregivers design af kontrakten på baggrund af prisregulering, ikke får en negativ indflydelse på driftsrisikoen, så denne ikke længere må siges, at være væsentlig overdraget, jf. Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

Eftersom ordregiveren ønsker at øge forbrugeroverskuddet, og herved minimere dødvægtstabet, for hermed at opnå det Kaldor-Hicks-efficiente resultat, skal den optimale prisregulering minimere den pris, som koncessionshaveren sætter, mest muligt. Dog skal koncessionshaver stadigvæk have incitament til at foretage de nødvendige investeringer i kontrakten, således at kvaliteten som lovet i kontrakten, derfor stadigvæk leveres, og efterspørgslen bliver på et højt niveau.

4.5.1 Tre former for prisfastsættelsesordninger i en koncessionskontrakt

Der findes forskellige typer af prisfastsættelsesordninger. Afhandlingen ønsker kun at illustrere tre former for prisfastsættelsesordninger, som er fundet relevante på koncessionskontrakter.⁴⁴⁶ Denne mulighed er kort fortalt ordregivers ret til at sætte en økonomisk begrænsning over, hvor meget koncessionshaver må tjene ved det præsterede koncessionsarbejde.

Spørgsmålet bliver så, om man øger incitamenterne for koncessionshaver til at investere i koncessionskontrakten, såfremt ordregiver vælger at anvende prisfastsættelsesordninger.

De tre relevante prisfastsættelsesordninger blive gennemgået nedenfor:

⁴⁴⁶ Derfor ses der ikke på prisfastsættelsesordninger som f.eks. "cost plus" og "revenue cap".

4.5.1.1 Afkastregulering

Ordregiver kan ved afkastreguleringen fastsætte det tilladte maksimum i procent,⁴⁴⁷ som koncessionshaver må tjene igennem sine investeringer i koncessionen.⁴⁴⁸ Afkastreguleringen kan fastsættes efter følgende formel:⁴⁴⁹

$$\sum_{i=1}^n p_i q_i = Expenses + sB$$

450

Hvor “ p_i ” angiver forbrugerafgiften, som koncessionshaver modtager fra brugerne af koncessionsarbejdet, angiver “ q_i ” den mængde som aftages af forbrugerne.⁴⁵¹ Ordregiver fastsætter afkastgraden “ s ”, og “ B ” er koncessionshavers såkaldte “rate base”, som er koncessionshavers samlede investering i koncessionskontrakten.⁴⁵² Afkastgraden og “rate base” afgøre koncessionshavers totale profit i kontrakten, og vil være variableerne som ordregiver, skal justere for at sikre at den sociale velfærd optimeres, hvis der anvendes afkastregulering.⁴⁵³

Ordregiver vil ved denne prisfastsættelse kunne bestemme den tilladte profit for koncessionshaver, ved at sætte et maksimum over det afkast, som koncessionshaver kan op ud fra den investering der er foretaget i kontrakten.

Afkastregulering kan dog medføre et problem, hvor koncessionshaver vil få incitament til at foretage overinvesteringer.⁴⁵⁴ Dette form for problem, bliver i den økonomiske litteratur omtalt som “Averch-Johnson effekten”⁴⁵⁵, og er et udtryk for den investerende part vil hæve sin investering til et inefficent niveau, for at kunne løfte den forretning koncessionshaver må tjene. Resultatet bliver at forbrugerne

⁴⁴⁷ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 430.

⁴⁴⁸ Ibid, s. 430.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Formlen “Traditional Rate-of-Return Regulation”.

⁴⁵¹ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 430.

⁴⁵² Ibid, s. 431.

⁴⁵³ Ibid.

⁴⁵⁴ Input Choices and Rate-of-Return Regulation: An Overview of the Discussion, William J. Baumol and Alvin K. Klevorick, 1970, s. 168.

⁴⁵⁵ Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint, American Economic Review 52, December 1962, Averch, Harvey, og Johnson, Leland L., s. 1052-1069.

kommer til at betale en højere forbrugeravgift for at anvende koncessionen, fordi at omkostningerne bliver uforholdsmæssigt høje.⁴⁵⁶

Ordregiver skal være opmærksom på, at en anvendelse af afkastregulering i en koncessionskontrakt ikke vil medføre, at koncessionshaveren vil have incitament til at investere effektivt.⁴⁵⁷ Denne løsning bør ikke anvendes af ordregiver, eftersom at den ikke løser problemet omkring monopolpriser i koncessionskontrakten, da koncessionshaver må anses for at være opportunistisk og profitmaksimerende.⁴⁵⁸

4.5.1.2 Prisloftsregulering

Ordregiver har også mulighed for at regulere forbrugeravgiften i koncessionen via en prisloftsregulering.⁴⁵⁹ Dette betyder at ordregiver via koncessionskontrakten kan fastsætte den maksimale forbrugeravgift, som koncessionshaver må sætte.⁴⁶⁰ Vælger koncessionshaver at sætte en højere forbrugeravgift end det tilladte af ordregiver, vil dette være et klart brud på koncessionskontrakten. Koncessionshaver må selv sørge for at effektivisere sine investeringer i koncessionskontrakten, for at sikre at forbrugeravgiften ikke overstiger det fastsatte, samtidigt med at koncessionshaver skal forsøge at tjene et overskud igennem driftsperioden af koncessionen.⁴⁶¹

Prisloftsreguleringer adskiller sig fra afkastregulering ved, at selve prisfastsættelsen ikke tager højde for koncessionshavers omkostninger.⁴⁶² Dette betyder at koncessionshavers investeringer i omkostningsbesparende foranstaltninger vil gavne i driftsperioden.⁴⁶³

Prisloftet, "P", kan fastsættes efter følgende formel:

⁴⁵⁶ Input Choices and Rate-of-Return Regulation: An Overview of the Discussion, William J. Baumol and Alvin K. Klevorick, 1970, s. 168.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 433.

⁴⁵⁹ Ibid, s. 439.

⁴⁶⁰ Optimal price-cap regulation, Clemenz, Gerhard, 1991, s. 391.

⁴⁶¹ Cabral M.B. Luis, Riordan, Michael, Incentives for cost reduction under price cap regulation, s. 94.

⁴⁶² Optimal price-cap regulation, Clemenz, Gerhard, 1991, s. 391-392.

⁴⁶³ Ibid.

$$P = RPI - X_{164}$$

“RPI” er et eksempel på et måleindex, der kan anvendes. Et eksempel herpå kan f.eks. forbrugerprisindekset, ”RPI”, som har til formål at belyse prisudviklingen på varer og tjenesteydelser i hele samfundet.⁴⁶⁵ Der er ikke et fastsat krav om, hvilket index anvendes der anvendes til en prisregulering. Såfremt ordregiver kan finde et mere passende indeks end forbrugerprisindekset på markedet, hvor koncessionen opererer på, bør det i stedet anvendes. Bogstavet “X”, angiver herefter den forventede potentielle omkostningsbesparelse, enten ved en øget effektivitet eller teknologiske fremskridt.⁴⁶⁶ Denne omkostningsbesparelse “X” muliggør at disse omkostningsbesparelser vil blive delt med forbrugerne, uden at det negativt ville påvirke virksomhedens incitamenter til at effektiviserer.⁴⁶⁷

Prisloftsregulering betyder, at koncessionshaver igennem koncessionskontrakten kun må kunne lade forbrugerafgiften stige med det, af ordregiver anvendte indeks, fratrullet den forventede produktivitetsstigning.⁴⁶⁸

Da ordregiver i afhandlingen fokuserer på at maksimere den sociale velfærd igennem koncessionskontrakten, for at kunne nå det Kaldor-Hicks-efficiente resultat, vil ordregiver tage højde for at koncessionshaver ikke må nærme sig en prissætning, der bliver monopolprisen.⁴⁶⁹ Dog kan ordregiver blive udfordret ved at skulle forudse omkostnings- og efterspørgslen på markedet flere år ud i fremtiden, og derved opstår risikoen for at ordregiver kan fastsættes et urealistisk lavt prisloft for forbrugerafgiften.⁴⁷⁰ Vælger ordregiver at fastsætte den forventede produktivitetsstigning lavere end den reale produktivitetsstigning i markedet eller samfundet, vil koncessionshaver få mulighed for at sætte forbrugerafgiften for højt ift. ordregivers ønske. Dette er selvfølgelig et problem, som ordregiver skal være opmærksom på, såfremt der anvendes en prisloftsregulering.

⁴⁶⁴ King, Stephen P., “Principles of price cap regulation”, Department of Economics, The University of Melbourne, Australia, s. 46-47.

⁴⁶⁵ <https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/priser-og-forbrug/forbrugerpriser/forbrugerprisindeks>

⁴⁶⁶ King, Stephen P., “Principles of price cap regulation”, Department of Economics, The University of Melbourne, Australia, s. 47.

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ Ibid.

⁴⁶⁹ Optimal price-cap regulation, Clemenz, Gerhard, 1991, s. 392.

⁴⁷⁰ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 439.

Fordelen ved at anvende prisloftsregulering er, at ordregiver ikke skal bekymre sig om at koncessionshaver vil foretage unødvendige overinvesteringer i koncessionskontrakten.⁴⁷¹ Prisen sikres hermed og bliver uafhængig fra koncessionshavers omkostninger, hvorfor at der skabes et incitament for koncessionshaver til at yde en høj indsats til at minimere omkostningerne. Koncessionshavers effektivisering som følge af omkostningsbesparende tiltag vil maksimere profitten i driftsperioden, samtidigt med at ordregiver kan sikre at forbrugerafgiften ikke bliver prissat som monopolprisen.

4.5.1.3 Målestokskonkurrence

Målestokskonkurrence⁴⁷² er ordregivers mulighed for at foretage en sammenligning af virksomheder, som opererer på samme marked som hvad koncessionen angår.⁴⁷³ Dette bliver et reelt benchmark af hvilke priser, som branchen tager for sammenlignelige ydelser. Koncessionshavers forbrugerafgift bliver påvirket af de andre virksomheder, der opererer på samme marked. Såfremt der er tale om en branche, der er præget af høj effektivisering, vil koncessionshaver blive tvunget til at være ligeså effektiv.⁴⁷⁴

Problemet for ordregiver ved at anvende denne form for prisfastsættelse er, at der påkræves en vis mængde indsamlet og valideret information,⁴⁷⁵ før at målestokskonkurrencen kan anses for at være en retvisende prisfastsættelsesmetode.⁴⁷⁶ Som en del af den omkostning der vil være til screening af markedet, kan det være en udfordring for ordregiver at se, om de virksomheder der er i branchen nyder godt af evt. stordriftsfordele. Dette gør at målestokskonkurrencen kan blive upræcis at anvende overfor koncessionshaver, hvis denne ikke har samme skala som de virksomheder der måles op imod. Hvis markedet skal screenes korrekt, vil det medføre nogle omkostninger for ordregiver, før at målestokskonkurrencen må anses for optimal.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ Som det var tilfældet når der anvendes afkastregulering.

⁴⁷² Hendrikse, George, 2003, s. 139.

⁴⁷³ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 442.

⁴⁷⁴ Schleifer, Andre, 1985, A Theory of yardstick competition, RAND Journal of Economics VOL 16, no. 3., Autumn, 1985, s. 322.

⁴⁷⁵ Incentive Regulation for Electric Utilities, Yale Journal on Regulation 4 (1986), Joskow, Paul L., og Schmalensee, Richard, s. 1-49.

⁴⁷⁶ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 442.

⁴⁷⁷ Schleifer, Andre, 1985, s. 319-327.

Er situationen, at koncessionshaver kan reducere sine omkostninger til et lavere niveau end målestoksvirksomhederne, bliver koncessionshaver belønnet ved beholde differencen.⁴⁷⁸ Koncessionshavers profit vil omvendt blive reduceret, hvis der ikke formås at opretholde konkurrencedygtige omkostninger sammenlignet med målestoksvirksomhederne.⁴⁷⁹

4.5.2 Den optimale prisfastsættelsesordning i en koncessionskontrakt

Ud fra ovenstående må det konkluderes, at ordregiver godt kan anvende prisfastsættelsesordninger i forbindelse med koncessionskontrakten, uden at denne påvirker driftsrisikoen på en måde, således at kontrakten ikke kan defineres som en koncessionskontrakt iht. Koncessionsdirektivet, jf. Koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1. Koncessionshaver vil ved en prisfastsættelsesordning faktisk ende med at få en større risiko, gennem denne begrænsning på indtjeningen. Konsekvensen af en prisfastsættelsesordning bliver, at koncessionshavers indtjening i koncessionskontraktens driftsperiode kan falde, da koncessionshaver nu ikke får mulighed for at sætte monopolprisen.⁴⁸⁰ Koncessionsdirektivet vil derfor fortsat finde retmæssig anvendelse ved anvendelse af én af de ovenstående prisfastsættelsesordninger, fordi de anses for at være i overensstemmelse med koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1.

Ud fra ovenstående analyse vurderes det, at den optimale prisfastsættelsesordning for ordregiver i situationen omkring opførelsen og drift af et parkeringshus må være igennem en prisloftsregulering. Ordregiver vil forholdsvis simpelt kunne udvælge et index, som ordregiver mener er realistisk for markedet. Problemet for ordregiver bliver, om hvor meget "X" skal sættes som, da ordregiver ikke har kendskab til de forventede omkostningsbesparelser, som markedet vil formentlig vil opnå i fremtiden. Yderligere er prisloftsregulering en meget dynamisk form for regulering, da prisen følger med den valgte index. På denne baggrund, vil dette kunne minimere det incitamentsproblem, som en lang ufleksibel kontrakt vil medføre, når der opstår ændrede omstændigheder på markedet, som kan lede til et hold-up.⁴⁸¹ Grunden til at ordregiver ikke bør vælge målestokskonkurrence skyldes, at de virksomheder der sammenlignes med i branchen, kan nyde godt af deres størrelsesforhold, og at målestokskonkurrencen, kan medføre at koncessionskontrakten får fastsat en urealistisk lav pris.

⁴⁷⁸ Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., Vernon, John M., 2005, s. 442.

⁴⁷⁹ Ibid.

⁴⁸⁰ Med indflydelse af markedets elasticitet.

⁴⁸¹ Se økonomisk analyse afsnit 3.6.

Dette kræver, at ordregiver skal foretage en mere omfattende screening, for at sørge for at målestokskonkurrencen bliver retvisende, hvilket kan være en fordyrende omkostning for ordregiver.

Prisloftsreguleringen vil heller ikke give incitamenter til at koncessionshaver vil foretage unødvendige overinvesteringer i kontrakten, som det kunne ses ved afkastreguleringen. Dette skyldes at lave omkostninger i driftsperioden vil øge koncessionshavers profit, hvis koncessionshaver formår at være mere effektiv prisloftsreguleringen.

4.5.3 Sammenfatning

Ordregiver bør ud fra ovenstående anvende en prisfastsættelsesordning for at løse problemet omkring monopolprisen i koncessionshavers driftsperiode. Dette skyldes, at prisfastsættelsesordninger er baseret på variabler og deraf bliver dynamiske i hele kontraktperioden, hvorimod en auktion i stedet er fastsat ved bud. Koncessionshaver vil ved en prisfastsættelsesordning have et lavere incitament til at foretage hold-up end ved en auktion, hvor buddet i stedet vil blive en estimation af hvordan markedet vil udvikle sig i hele perioden.

4.6 Integreret delkonklusion

På grund af de økonomiske incitamentsproblemer, som udbydelsen af en koncessionskontrakt vil medføre, er det vigtigt, at ordregiver designer koncessionskontrakten på den mest optimale måde.

Dette skyldes at ordregiver kan sikre, at incitamentsproblemerne i kontrakten minimeres, hvor ordregiver kan opnå den Kaldor-Hicks-efficiente kontrakt, ved at forbrugeroverskuddet maksimeres.

Risikoen i koncessionskontrakten skal allokeres på en måde, hvor koncessionshaveren kun bærer endogene risici i kontrakten, som denne herved selv kan påvirke gennem investeringen i kvalitet i byggefasen. Således er det muligt at maksimere koncessionshaverens investering i kvalitet i byggefasen, hvilket herved øger forbrugeroverskuddet. Derfor skal alle eksogene risici, såsom f.eks. force majeure eller juridisk usikkerhed forblive hos ordregiver. Denne risikoallokering er mulig indenfor den juridiske ramme af koncessionsdirektivet, da den driftsrisiko, der skal overdrages til koncessionshaver, alene relaterer sig til endogene risici, som koncessionshaveren således kan påvirke gennem sin investering i byggefasen. Da der dog, jf. den juridiske analyse, foreligger en usikkerhed om, hvornår denne driftsrisiko er overdraget på en væsentlig måde, skal hele driftsrisikoen således overdrages til koncessionshaver. Dette kræver derfor, at koncessionshaver er meget lidt risikoavers.

Herudover, skal koncessionskontraktens længde have en varighed, så koncessionshaver vil have incitament til at foretage de nødvendige aktivspecifikke investeringer i kontrakten, uden frygt for hold-up. Da en lang kontrakt dog både er ufleksibel, og herved kan medføre hold-up fra koncessionshavers side af, og at forbrugeroverskuddet falder, når kontrakten er for lang grundet monopolprisen, skal varigheden sættes på det midtpunkt, hvor koncessionshaver lige præcis vil have incitament til at foretage de aktivspecifikke investeringer, hvorfor forbrugeroverskuddet maksimeres. Dette kan siges at falde indenfor den juridiske ramme af koncessionsdirektivet, da koncessionskontrakten hverken bliver for lang, eller garanterer at koncessionshaver tjener sine investeringer tilbage igen.

Slutteligt, for at undgå en monopolpris hos koncessionshaver, kan ordregiver iht. koncessionsdirektivet sætte en prisloftsregulering i kontrakten, så forbrugeroverskuddet øges. Prisloftsregulering vil ligeledes ikke forværre koncessionshavers incitament til fortsat at foretage investering i kvalitet i byggefasen, idet koncessionshaver stadigvæk vil maksimere sin profit, ved at foretage investeringer i kvalitet som herved øger efterspørgslen og formindsker driftsomkostningerne.

5 – Konklusion

Ud fra afhandlingens tre analyser er det blevet udledt, hvorledes ordregiver endeligt kan optimere udbuddet af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder.

For at optimere koncessionskontrakten for ordregiver, blev det i den juridiske analyse behandlet, hvornår en kontrakt, kan defineres som en koncessionskontrakt iht. koncessionsdirektivet. En kontrakt på bygge- og anlægsarbejder blev konkluderet til først at være en koncession iht. koncessionsdirektivets art. 5, nr. 1, såfremt vederlaget består i en ret til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet med en eventuel betaling fra ordregiver, samt at en væsentlig andel af driftsrisikoen er overdraget til koncessionshaver. Dette blev i henhold til analysen vurderet til at være de to vigtigste kriterier for at kunne adskille en offentlig kontrakt fra en koncessionskontrakt ved et udbud.

Størstedelen af det vederlag, som skal bestå i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, skal komme fra forbrugeren af arbejdet, hvorfor at størstedelen af vederlaget ikke må stamme fra ordregiver. I sammenhæng med, at størstedelen af vederlaget skal stamme fra forbrugeren, skal en driftsrisiko ligeledes overdrages til koncessionshaver. Dette indebærer, at der skal overdrages hhv. en efterspørgsels- og udbudsrisiko. Definitionen af disse risici, er dog meget bred, hvorfor at usikkerheden for, hvad der nærmere skal forstås ved dette er stor. På baggrund af den juridiske analyse, blev det dog konkluderet, at driftsrisikoen ligeledes indebærer en overdragelse af en tilgængelighedsrisiko, og andre risici som bl.a. risikoen for erstatning overfor tredjemand. Denne driftsrisiko skal være af væsentlig betydning, således at koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investeringer i kontrakten tilbage igen, og således at den risiko koncessionshaver bærer, ikke er af ubetydelig størrelse. Usikkerheden for hvornår dette er tilfældet er dog stor. Grundet manglende retspraksis på koncessionsdirektivets bestemmelser, er det stadigvæk usikkert, hvornår koncessionshaver ikke er garanteret at tjene sine investering tilbage. Et indicium på hvornår risikoen vil være væsentligt overdraget, kan ses ved vederlaget, når dette enten fuldkommen stammer fra forbrugerafgiften, eller formentlig når over 50% af kontraktens værdi stammer fra forbrugerafgiften. Slutteligt kan koncessionskontraktens længde have en betydning for, hvorledes driftsrisikoen er overdraget på en væsentlig måde. Længden af kontrakten må dog ikke være den væsentlige grund til, at driftsrisikoen ikke er overdraget. Ordregiver kan opleve fordele ved at udbyde en koncessionskontrakt, når markedet er kendetegnet ved høj asymmetrisk information og høje aktivspecifikke investeringer. Når ordregiver ikke har mulighed for at observere den økonomiske aktørs ydelse i kontrakten, vil et udbud af en koncessionskontrakt være optimal for ordregiver, for på den måde at øge den sociale værdi af kontrakten. Da en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder nemlig er kendetegnet ved, at koncessionshaver oplever fordele ved en øget

investering i kvalitet i byggefasen, har koncessionshaver store incitament til at foretage sådanne investeringer, således at dennes profit øges i driftsfasen. Dette er dog kun optimalt, så længe der foreligger en positiv indflydelse mellem byggefasen og driftsfasen. Ligeledes vil en kontrakt, som kræver høje aktivspecifikke investeringer, kunne optimeres gennem et udbud af en koncessionskontrakt. Grundet længden og incitamentsintensiteten i kontrakten, vil koncessionshaver "committe" sig i kontrakten, og derigennem have incitament til at foretage de aktivspecifikke investeringer. Dette vil derfor øge den sociale værdi af kontrakten.

Udbuddet af en koncessionskontrakt på bygge- og anlægsarbejder vil dog ligeledes medføre nogle incitamentsproblemer for ordregiver, som herved formindsker den sociale værdi af kontrakten. Dette ses ved, at monopolprisen vil blive sat i driftsfasen, at kvaliteten ikke altid vil opfylde kontraktens krav, samt at kontraktens længde vil kunne føre til et hold-up. Ordregiver skal derfor designe koncessionskontrakten for at øge den sociale værdi heraf, og nå frem til den Kaldor-Hicks-efficiente løsning. Ordregiver vil kunne komme frem til en Kaldor-Hicks-efficient løsning ved, først og fremmest at foretage en optimal risikoallokering, hvor koncessionshaver alene bærer de endogene risici, således at den positive indflydelse mellem byggefasen og driftsfasen maksimeres. På grund af den juridiske ramme, indebærer det dog, at hele driftsiriskoen overdrages til koncessionshaver.

Ligeledes bør ordregiver optimere kontraktens længde, således at den lige præcis har en længde, hvor at de aktivspecifikke investeringer i kontrakten foretages, hvorefter monopolprisen vil blive sat i den korteste periode som muligt. Grundet den juridiske ramme heraf, må dette ikke medfører, at koncessionshaver garanteres at tjene sine investeringer tilbage igen. Da koncessionsdirektivet slutteligt ikke regulerer, hvilke krav ordregiver kan sætte i forbindelse med koncessionshavers forbrugeravgift, bør koncessionskontrakten, for at minimere dødvægtstabet på markedet, indeholde en prisloftsregulering. Denne skal anvendes for at forhindre, at monopolprisen ikke kan sættes som forbrugeravgift i koncessionshavers driftsperiode. Dette øger imidlertid den driftsrisiko, som koncessionshaver bærer, hvorfor at en sådan løsning med prisregulering, vil være inde for den juridiske ramme af koncessionsdirektivet. Valget af denne reguleringsform skyldes, at en prisloftsregulering øger koncessionshavers incitament til at investere i kontrakten, da den lavere pris tvinger denne til at være mere effektiv. Dette ses derfor som den Kaldor-Hicks-efficiente løsning, sammenlignet med andre prisreguleringsmetoder.

Der er derfor store muligheder for at ordregiver vil kunne opnå store fordele ved at udbyde koncessionskontrakter. Selvom koncessionsdirektivet skaber en stor usikkerhed, og at koncessionskontrakten medfører store incitamentsproblemer, kan koncessionskontrakten alligevel designes på en sådan måde, at ordregiver kan opnå en Kaldor-Hicks-efficient løsning.

6 - Litteratur og kildehenvisninger

6.1 Primærregulering:

- Traktaten om den Europæiske Union (TEU).
- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF).

6.2 Sekundærregulering:

- Direktiv 2004/18/EF: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. Marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelsesktrakter og offentlige bygge- og anlægsakter.
- Direktiv 2014/23/EU: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. Februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.
- Direktiv 2014/24/EU: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. Februar 2014 om offentlige udbud.
- Direktiv 2014/25/EU: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. Februar 2014 om forsyningsvirksomheder.
- Direktiv 2014/67/EU: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/67/EU af 15. maj 2014 om håndhævelse.
- Kommissionens forordning nr. 2015/2364/EU, 2015/2365/EU, 2015/2366/EU af 18. December 2017.
- Forordning nr. 1059/2003, bilag I (NUTS 1, 2 og 3).

6.3 Forarbejder, meddelelser, vejledninger og arbejdsdokumenter

m.v.:

- Kommissionens non-paper af 17. Februar 2012, 2011/0437 (COD). KOM(2011) 897 endelig: Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tildeling af koncessionskontrakter.
- Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2000/C 121/02)
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Mengozzi, fremsat d. 29. Juni 2010, ECLI:EU:C:2010:380 til afgørelse C-226/94, Kommissionen mod Irland, ECLI:EU:C:2010:697.
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpstons, fremsat d. 27 september 2018, ECLI:EU:C:2018:781 til afgørelse C-375/17.

6.4 Kapitel 1 - Metodisk:

6.4.1 Litteratur:

- Neegaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2018, EU-ret, København: Karnov Group, 3. Udgave.
- Nielsen Ruth & Tvarnø Christina. D, 2014, Retskilder & Retsteorier. København: Jurist - og Økonomforbundets forlag, 4. Udgave.
- Nielsen Ruth & Tvarnø Christina. D, 2017, Retskilder & Retsteorier, København: Jurist - og Økonomforbundets forlag, 5. Udgave.
- Andersen, Ib. 2013, Den Skinbarlige virkelighed - Vidensproduktion i samfundsvidenskaberne, Frederiksberg: Samfundslitteratur, 5, Udgave.
- Knudsen, Christian, 1994, Økonomisk metodologi bind 1 - Videnskabsteori og forklaringstyper, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Udgave.
- Knudsen, Christian, 1997, Økonomisk metodologi bind 2 - Virksomhedsteori og Industriøkonomi, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Udgave.
- Ross, Alf. 2013, Om Ret og Retfærdighed - En indførelse i den analytiske retsfilosofi, Introduktion af Jakob v. H. Holtermann, København: Hans Reitzels Forlag, 2. Udgave.
- Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2013, European Legal Method - towards a New European Legal Realism?. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. Udgave.
- Hendrikse, George. 2003. Economics and Management of Organizations - Co-ordination, Motivation and Strategy, Berkshire: McGraw-Hill Education, 1. udgave.
- Eide Erling & Stavang Endre, 2008, Rettsøkonomi, Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 1. Udgave.
- Christensen, Leslie & Rasmussen, Helmer Jens, 2012, Microeconomics HA Kom/Jur, Pearson Education Limited, 6. Udgave.

6.4.2 Artikler:

- Williamson, Oliver E. 1973, Markets and Hierarchies, The American Economic Review, Vol. 63. No. 2, Papers and Proceedings of the Eighty-fifth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1973)
- Williamson, Oliver E, 1985, The economic institutions of capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting, New York: Yale University, The Free Press.
- Toulmin, S. E. 1958, The Uses of Argument, University of Leeds m.fl., Cambridge University Press,
- Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D, 2017, Det afviste manuskript II i Ajos-debatten - Skibby Supermarked-sagen versus Ajos-sagen: Hvilken Højesteretsdom er udtryk for gældende ret?

6.5 Kapitel 2 - Juridisk analyse:

6.5.1 Litteratur:

- Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth. 2017, EU's Udbudsregler - i dansk kontekst, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. Udgave.
- Neergaard, Ulla & Nielsen Ruth, 2018, EU-Ret. 2018, København: Karnov Group, 3. Udgave.
- Arrowsmith, Sue, 2018, The law of public and utilities procurement, regulation in the EU and UK. vol. 2, Sweet & Maxwell, 3, Udgave.
- Neegaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2018, EU-ret, København: Karnov Group, 3. Udgave.
- Arrowsmith, Sue, 2012, The Purpose of the EU procurement directives: Ends, means and the implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge. Vol. 14.
- Hagel-Sørensen, Karsten, 2016, Aktuel Udbudsret II, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. Udgave.
- Poulsen, Sune Troels, M.fl., 2016, EU-Udbudsretten - Udbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. Udgave.
- Hamer, Carina Risvig, 2016, Grundlæggende udbudsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag 1. Udgave.
- Arrowsmith, Sue, 2005, The Law of Public and utilities procurement, Vol. 1, Sweet & Maxwell, 2. Udgave.
- Ølykke, Grith Skovgaard, Hansen, Carina Risvig & Tvarnø, Christina D., 2012, EU public procurement - Modernisation, Growth and innovation, discussion on the 2011 proposals for procurement directives, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1. Udgave.

6.5.2 Artikler:

- Arrowsmith, Sue, 2012, The Purpose of the EU procurement directives: Ends, means and the implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge.
- Hamer, Carina Risvig, 2015, Ugeskrift for Retsvæsen, U.2015B.200: Kravet om klar grænseoverskridende interesse i udbudssager - er kravet egentlig klart?.
- Risvig, Carina, 2012, Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive.
- Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010. Eurostat manuals and guidelines. 2016 edition.
- González Francisco L. Hernández, 2016, The evolving concept of work and service concessions in EU, Public Procurement Law Review.

- OECDs rapport af juli 2008, 2008, Public Private Partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money, Volume 2008, Issue 1-2.
- Burnett, Michael, 2008, A new EU Directive on Concessions - the right Approach for PPP?, European Procurement & Public Private Partnership, no. 3.
- Sanchez-Graells, Dr., Albert, 2012, What need and logic for a new directive on Concessions, particularly regarding the issue of their economic balance?. European Procurement & Public Private Partnership Law Review. Vol. 7, Issue 2.
- Steinicke, Michael & Vesterdorf, Peter L., 2018, EU public procurement - Brussels Commentary.
- Wolswinkel, Johan, 2016, The Magic of five in the duration of concessions: refining corollaries in the concession directive.

6.6 Kapitel 3 - Økonomisk analyse:

6.6.1 Litteratur:

- Hendrikse, George, 2003, Economics and Management of Organizations - Co-ordination, Motivation and Strategy, Berkshire: McGraw-Hill Education.
- Sornn-Friese, Henrik, 2007, Hvad er en virksomhed? Erhvervsøkonomisk teori og analyse, Frederiksberg: Samfundslitteratur, 1. Udgave.
- Christensen, Leslie & Rasmussen, Helmer Jens, 2012, Microeconomics HA Kom/Jur, Pearson Education Limited, 6. Udgave.
- Viscusi, William Kip, Harrington, Joseph E. & Vernon, John M. 2005, Economic of Regulation and antitrust, Cambridge: The MIT Press. 4. Udgave.

6.6.2 Artikler:

- Auriol, Emmanuelle & Picard, Pierre M, 2011, A Theory of BOT concession contracts, Journal of Economic Behavior & Organization, Volume 89.
- OECDs rapport af juli 2008, 2008, Public Private Partnerships - in pursuit of risk sharing and value for money, Volume 2008, Issue 1-2.
- Athias, Laure & Saussier Stéphane, 2018, Are public private partnerships that rigid? And why? Evidence from price provisions in French toll road concession contracts, Elsevier, Vol 111. May 2018.
- Shavell, Steven, 1979, Risk Sharing and incentives in the Principal and Agent Relationship, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1. Spring 1979.
- Iossa, Elisabetta & Martimort, David, 2014, The simple microeconomics of PPP, Wiley Online Library, Journal of Public Economic Theory, Vol. 17, Issue 1.
- Gallini, Nancy & Scotchmer, Suzann, 2001, Intellectual property: When is it the best incentive system? Econbiz, Berkeley: University of California, Department of Economics, Vol. 303.

- Constantino, Nicola & Pellegrine, Roberta, 2011, Asset Specificity and Specialization in the U.S. Construction Industry: A Transaction Cost Theory Interpretation.
- Williamson, Oliver E. 1985, The economic institutions of capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting, New York: Yale University, The Free Press.
- Williamson, Oliver E., 1983, Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, The American Economic Review, Vol. 73, No. 4 (Sep., 1983).
- Williamson, Oliver E, 1991, Comparative Economic Organization: The Analysis of discrete Structural Alternatives, Administrative Science Quarterly, Vol. 36. No. 2. (Jun. 1991).
- Baldia, Sonia. 2013, The Transaction Cost Problem in International Intellectual Property Exchange and Innovation Markets, Issue 1, Vol. 34, Northwestern Journal of International Law & Business.
- Joskow, Paul, 1987, contract duration and relationship-specific investments: emperical evidence from the coal market, American Economic Review.
- Ellman, Matthew, 2006, The optimal length of contracts with application to outsourcing, Universitat Pompeu Fabra.
- Wang, Grace & Pallis, Athanasios, 2013, Incentive approaches to overcome moral hazard in port concession agreements, Transportation Research part E.

6.7 Kapitel 4 - Integreret analyse:

6.7.1 Litteratur:

- Sornn-Friese, Henrik, 2007, Hvad er en virksomhed? Erhvervsøkonomisk teori og analyse. Frederiksberg: Samfundslitteratur, 1. Udgave.
- Hendrikse, George, 2003, Economics and Management of Organizations - Co-ordination, Motivation and Strategy, Berkshire: McGraw-Hill Education.
- Viscusi, William Kip, Harrington, Joseph E. & Vernon, John M, 2005, Economic of Regulation and antitrust, Cambridge: The MIT Press, 4. Udgave.
- Eide Erling & Stavang Endre, 2008, Rettsøkonomi, Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 1. Udgave.

6.7.2 Artikler:

- Ward, S. C., C. B. Chapman & B. Curtis, 1991, On the allocation of risk in the construction projects, International Journal of Project Management, Elsevier, International Journal of Project Management, Vol. 9. Issue 3. August 1991.
- Dewatripont, Mathias & Legros, Patrick, 2005, Public-Private partnerships: Contract design and risk transfer, EIB Papers.
- Iossa, Elisabetta & Martimort, David, 2014, The simple microeconomics of PPP, Wiley Online Library, Journal of Public Economic Theory, Vol. 17, Issue 1.

- Bing, Li, A. Akintoye, P.J Edwards, C, Hardcastle, 2005, "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK, Vol. 23, Issue 1. January 2005.
- Iossa, Elisabetta & Martimort, David, 2009, the theory of incentives applied to the transport sector, A handbook of Transport Economics, CEDI Discussion Paper Series number 09-04 (2009).
- Gallini, Nancy & Scotchmer, Suzanne, 2001, Intellectual property: When is it the best incentive system? Econbiz. Berkeley: University of California, Department of Economics, Vol. 303.
- Baumol, William J. and Klevorick, Alvin K., 1970, Input Choices and Rate-of-Return Regulation: An Overview of the discussion, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 1, No. 2. Autumn 1970.
- Averch, Harvey & Leland L. Johnson, 1962, The Behavior of the Firm Under Regulatory Constraints, American Economic Review, December 1962.
- Clemenz, Gerhard, 1991, Optimal Price-Cap Regulation, Journal of Industrial Economics, Vol. 39, issue 4.
- Cabral, Luis M. B., Riordan, Michael, 1989, Incentives for cost reduction under price cap regulation, Journal of Regulatory Economics; 1:93-102 (1989), Boston: Kluwer Academic Publishers.
- King, Stephen P., 1998, Principles of price cap regulation", Department of Economics, The University of Melbourne, Australia.
- Schleifer, Andre, 1985, A Theory of yardstick competition, RAND Journal of Economics VOL 16, no. 3., Autumn, 1985.
- Joskow, Paul L., & Schmalensee, Richard 1986, Incentive Regulation for Electric Utilities, Yale Journal on Regulation 4 (1986).

6.8 Retspraksis fra Domstolen:

- Sag C-6/64, Flaminio Costa v. ENEL, pr. 7-9. ECLI:EU:C:1964:66.
- Sag C-458/03, Parking Brixen-sagen, ECLI:EU:C:2005:605.
- Sag C-8/74, Dassonville, ECLI:EU:C:1974:82.
- Sag C-267/91, Keck og Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905.
- Sag C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA, ECLI:EU:C:1990:121.
- Sag C-55/94, Gebhard, pr. 37, ECLI:EU:C:1995:411
- Sag C-231/03, Coname, ECLI:EU:C:2005:487.
- Sag C-120/78, Cassis de Dijon, ECLI:EU:C:1979:42.
- Sag C-92/00, Hospital Ingenieure, ECLI:EU:C:2002:379.
- Sag C-357/89, Raulin, pr. 34, ECLI:EU:C:1992:87.
- Sag C-295/90, Europa-Parlamentet mod Rådet for de Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:C:1992:294.
- Sag C-243/89, Storebælt, pr. 37, ECLI:EU:C:1993:257.

- Sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, pr. 70, ECLI:EU:C:1996:161.
- Sag C-350/96, Clean Car Autoservice, ECLI:EU:C:1998:205
- Sag C-222/84, Marguerite Johnston v. Det Nordiske politi, ECLI:EU:C:1986:206.
- Sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, ECLI:EU:C:2010:697.
- Sag C-275/98, Unitron Scandinavia SA, ECLI:EU:C:1999:567
- Sag C-87/94, Bus Wallon, ECLI:EU:C:1996:161.
- Sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, ECLI:EU:C:2000:669.
- Sag C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:1970:114.
- Sag C-426/93, Tyskland mod Rådet, ECLI:EU:C:1995:367.
- Sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:2007:445.
- Sag C-206/08, EuraWasser, ECLI:EU:C:2009:540.
- Sag C-274/09, Krankentransport Stadler, ECLI:EU:C:2011:130.
- Sag C-300/07, Oymanns, ECLI:EU:C:2009:358.
- Sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:2008:624.
- Sag C-348/10, Norma, ECLI:EU:C:2011:721.
- Sag C-64/08, Engelmann, ECLI:EU:C:2010:506.
- UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune, v/Esbjerg Kommune, kendelse af 20.7.2016, J.nr.: 2016-6507. (Dansk ret)
- U 2017.824 H: Ajos. (Dansk ret)

6.9 Hjemmesider:

- <https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/priser-og-forbrug/forbrugerpriser/forbrugerprisindeks> (senest besøgt d. 12 maj 2019)
- <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do> (senest besøgt d. 12 maj 2019)
- <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/vagaries> (senest besøgt d. 03 marts 2019)