

22-11-2004
Case 3/1204-7003-0049
/MKL/ ABN

**Danish Competition
Authority**
Nyropsgade 30
1780 København v

No. +45 72 26 80 00
Fax +45 33 32 61 44
CVR-nr. 64 96 46 15
ks@ks.dk
www.ks.dk

**Ministry of Economic and
Business Affairs**

Europa-Kommissionen
*Høring om "Grønbogen om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen
om offentlige kontrakter og koncessioner"*
C 100 2/005
B-1049 Bruxelles

**Kommissionens grøn bog om offentlig-private partnerskaber og
fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner (KOM(2004) 327
endelig)**

Den 30. april 2004 offentliggjorde Kommissionen sin grøn bog om offentlig-private partnerskaber, KOM(2004)327 endelig. Grønbogen behandler Kommissionens fortolkning af, hvordan fællesskabslovgivningen for offentlige kontrakter og koncessioner skal anvendes ved etablering af OPP'er. Derudover indeholder grøn bogen en række konkrete spørgsmål, som Kommissionen ønsker besvaret.

Økonomi- og Erhvervsministeriet har på vegne af den danske regering følgende generelle kommentarer til grøn bogen:

- Fra dansk side kan man tilslutte sig, at der skabes størst mulig klarhed over de retlige rammer for etablering af OPP'er. De forskellige typer af kontraktuelle OPP'er er imidlertid allerede i dag reguleret af fællesskabsretten, om end med forskellig detaljeringsgrad. Der er således efter dansk opfattelse ikke i udgangspunktet behov for ny regulering på dette område, men der kan derimod være behov for, at Kommissionen gennem en fortolkningsmeddelelse bidrager til at tydeliggøre retstilstanden. Denne type af meddelelser har tidligere haft god effekt på forståelsen af komplicerede områder (fx vedr. miljøhensyn) og kan på samme måde være nyttig på området for OPP'er. Et sådant tiltag bør være fleksibelt, ubureaukratisk og medvirke til at fremme brugen af OPP'er.
- Efter dansk opfattelse bør Kommissionen bidrage til at afklare begrebet "*væsentlige ændringer*" (jf. grøn bogens punkt 49). En fast og ensartet forståelse af begrebet er således af væsentlig betydning for, at et kompliceret projekt – som fx et OPP – udføres på de samme retlige vilkår i alle medlemsstater. Endvidere er en nærmere afklaring af begrebet nødvendig, hvis ordregivere og deres kontrahenter skal kende grænserne for, hvad de kan ændre i projektet undervejs. Adgangen til efterfølgende at ændre i projektet har direkte betydning for, hvilken detaljeringsgrad projektbeskrivelsen skal have, anvendelsen af optioner og opsigelsesbestemmelser samt den til projektet knyttede risiko.

Det er en udfordring at finde en passende balance mellem ønsket om størst mulig fleksibilitet i partnerskabsaftalen og princippet om åbenhed og lige konkurrence. Da hensynet til størst mulig fleksibilitet i samarbejdsgrundlaget er afgørende for den samlede økonomi i projektet, er det dog essentielt, at kontraktparterne har forholdsvis vide muligheder for at aftale ændringer undervejs i projektet.

Fra dansk side er man af den opfattelse, at man som udgangspunkt bør kunne acceptere relativt lange kontraktperioder, når der indgås aftaler om OPP'er. Dette skyldes, at kontraktens varighed er et vigtigt element, når det skal gøres attraktivt for den private sektor at indgå i OPP'er, og når det optimale samspil mellem den offentlige og den private sektor skal sikres.

Endvidere bør Kommissionen afklare anvendelsesområdet for "den konkurrenceprægede dialog" og "udbud efter forhandling". Ensartede retningslinier for hvornår en kontrakt er tilstrækkelig kompleks, er således af stor betydning for, at reglerne bliver anvendt ens og korrekt i alle medlemsstater. Der synes således på nuværende tidspunkt at være forskellig praksis i medlemsstaterne, når det gælder vurderingen af, hvornår en kontrakt er tilstrækkelig kompleks til, at man kan anvende forhandling. Muligheden for at kunne anvende navnlig "den konkurrenceprægede dialog" er vigtig i forhold til OPP'er.

Endelig skal man fra dansk side opfordre til, at Kommissionen iværksætter en mere systematisk erfaringsopsamling og -udveksling om "best practice". Det efterlyses i denne forbindelse, at Kommissionen forholder sig til, hvordan OPP kan fremmes. Endvidere har en række danske organisationer udtrykt ønske om, at det undersøges, hvordan OPP'er påvirker arbejdsmiljøet og medarbejdernes forhold i øvrigt.

Økonomi- og Erhvervsministeriet har på vegne af den danske regering endvidere følgende bemærkninger til grønbogens konkrete spørgsmål:

1. *Hvilke typer kontraktuelle OPP'er kender de? Er disse modeller underlagt specifikke rammer i deres land?*

De kontraktuelle OPP'er, som man fra dansk side har kendskab til, er kendetegnet ved, at den offentlige myndighed overlader opgaver til den private part, som myndigheden normalt selv ville varetage, f.eks. finansiering, planlægning eller lignende. Disse OPP'er er imidlertid ikke opdelt i forskellige typer af partnerskaber, ligesom de heller ikke er underlagt specielle rammer.

Udover almindelige koncessioner – hvor en opgave, der traditionelt varetages af offentlige myndigheder, overlades til en privat part, der modtager betaling fra brugerne samt eventuelt betaling fra de offentlige myndigheder – kendes OPP'er i praksis mest på byggeriets område.

Betegnelsen "skræddersyet byggeri" anvendes på en form for byggeri, hvor den offentlige myndighed overlader det til en privat part at opføre en bygning til brug for myndigheden. I stedet for selv at skulle finansiere og styre byggeriet, indgår myndigheden en aftale med en privat part, som opfører en bygning efter nærmere specifikationer. Finansiering, ansvar og administration overlades på denne måde til den private part. Myndigheden betaler i stedet for efterfølgende at anvende bygningen.

På byggeområdet er det efter et relativt nyt regelsæt gjort til et krav, at statslige bygherrer i tilfælde, hvor byggesagens størrelse, karakter og kompleksitet giver grundlag for det, skal foretage en systematisk vurdering af, om den konkrete byggeopgave skal gennemføres som

et offentlig-privat partnerskab. Den systematiske vurdering kan foretages med udgangspunkt i en model, der estimerer prisforskellen mellem et traditionelt organiseret projekt og et OPP projekt.

Herudover findes der i Danmark en lang række såkaldte ”fritvalgsordninger”, hvor de offentlige myndigheder har givet borgerne mulighed for selv at vælge, hvem de ønsker at modtage en given ydelse fra. Borgerne kan således ofte vælge mellem en offentlig eller en eller flere private leverandører. Ordningerne findes bl.a. på området for hjemmehjælp og udbringning af mad til pensionister m.fl. samt på børnepasningsområdet. De offentlige myndigheder kan udvælge de private samarbejdspartnere, som borgerne kan vælge imellem, på to måder. Der kan afholdes et udbud, hvor de private leverandører udvælges, eller også kan den offentlige myndighed opstille en række krav til private leverandører, hvorefter alle virksomheder, der lever op til disse krav, skal godkendes. Det er fælles for alle disse ordninger, at det offentlige afholder udgiften, uanset om borgeren vælger en offentlig eller privat leverandør, hvorfor denne type af arrangementer kan siges at falde i udkanten af området for OPP.

2.

Det er Kommissionens opfattelse, at gennemførelsen i national ret af proceduren med konkurrencepræget dialog vil give de berørte parter adgang til en procedure, som er særlig velegnet ved indgåelsen af offentlige kontrakter i forbindelse med etableringen af et kontraktuelt OPP, og som samtidig beskytter de økonomiske operatørers grundlæggende rettigheder. Deler De denne opfattelse?

Generelt synes den nye procedure, ”den konkurrenceprægede dialog” at være blevet godt modtaget i Danmark. Det skyldes formentlig, at direktivet opstiller klarere rammer for anvendelsen af denne procedure end for udbud efter forhandling, samtidig med at proceduren stadig er tilstrækkelig fleksibel. Det forudsættes, at den grad af ”kompleksitet”, der kræves, fortolkes på en sådan måde, at muligheden for at anvende proceduren er reel.

Fra dansk side er man umiddelbart enig med Kommissionen i, at den nye procedure synes velegnet til indgåelse af kontrakter om kontraktuelle OPP'er. Det er regeringens indtryk, at kontrakter om OPP'er generelt er så komplicerede, at de ikke umiddelbart kan indgås ved anvendelse af direktivernes almindelige udbudsprocedurer.

3.

Mener De, at der med hensyn til disse kontrakter findes andre aspekter end dem vedrørende valget af udbudsprocedure, der eventuelt kan give anledning til problemer i forhold til fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter?

Der kan navnlig opstå problemer omkring kontraktens varighed samt adgangen til at foretage ændringer i eksisterende kontrakter. På disse områder synes der at være en vis usikkerhed omkring retstilstanden. Denne usikkerhed kan medføre tilbageholdenhed hos både offentlige og private aktører, ligesom den kan munde ud i dyrere projekter, fordi den private part indregner et risikobidrag.

4.

Har De nogensinde organiseret, deltaget i eller ønsket at organisere eller deltage i et udbud vedrørende en koncession i EU?

Ingen af de parter, der er hørt i forbindelse med denne besvarelse, har beskrevet konkrete erfaringer med udbud af koncessioner.

6.

Mener De, at det vil være en god idé med et lovgivningsmæssigt fællesskabsinitiativ til

regulering af proceduren for indgåelse af koncessioner?

Den danske regering finder umiddelbart, at den nuværende regulering af bygge- og anlægskoncessioner i bygge- og anlægsdirektivet og det nye direktiv er tilstrækkelig for denne type af koncessioner.

For så vidt angår andre koncessioner foreslås det, at der iværksættes en organiseret erfaringsudveksling medlemsstaterne imellem, før eventuel regulering overvejes.

8.

Er ikke-nationale aktører efter Deres erfaring sikret adgang til privatinitierede OPP'er?

Den danske regering har ikke konkret kendskab til, at danske ordregivende myndigheder har indkaldt forslag til initiativer til OPP'er. Indkaldelser af forslag til projekter kendes navnlig i form af projektkonkurrencer.

Det må dog formodes, at ordregivende myndigheder i givet fald vil være interesserede i at få flest og bedst mulige forslag, hvorfor det vil være naturligt at bekendtgøre sådanne indkaldelser internationalt. Dette er tilfældet for så vidt angår projektkonkurrencer om arkitektarbejde.

9.

Hvilken ordning vil efter Deres mening være den bedste med henblik på at udvikle privatinitierede OPP'er i EU under overholdelse af principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling?

Fra dansk side har man en vis sympati for en ordning, hvor en privat initiativtager kan tillægges fordele ved en efterfølgende udbudsprocedure. Dette må antages at fremme private virksomheders lyst og villighed til at fremlægge forslag af egen drift. Imidlertid må det erkendes, at sådanne muligheder rejser spørgsmål om, hvordan der foretages en passende afgrænsning til øvrige typer af projekter og hvor langt eventuelle fordele kan strækkes.

Hvad angår indkaldte initiativer til OPP'er kan det navnlig være en mulighed, at den ordregivende myndighed belønner det eller de bedste forslag med en præmiesum, på samme måde som det ses i forbindelse med almindelige projektkonkurrencer.

13. Er De enig med Kommissionen i, at visse "step-in"-løsninger kan skabe problemer med hensyn til gennemsigtighed og ligebehandling?

Den danske regering vil ikke afvise, at visse "step-in"-løsninger kan være problematiske, såfremt de ikke har været en kendt del af det oprindelige udbud. Fra dansk side finder man dog ikke anledning til samme grad af betænkelighed, som Kommissionen giver udtryk for. Navnlig ikke, hvis bestemmelserne er en del af det oprindelige tilbud, og hvis der ikke i øvrigt er nogen adgang til at ændre i den oprindelige aftale. For at gøre processen så gennemskelig som muligt bør de ordregivende myndigheder naturligvis opstille klare rammer for sådanne "step-in"-klausuler i udbudsmaterialet. Dette vil ensrette grundlaget for at afgive tilbud.

14. Finder De det nødvendigt at præcisere visse aspekter af kontraktrammen for OPP'er på fællesskabsplan?

Den danske regering mener ikke, at det er nødvendigt at præcisere kontraktrammen på

fællesskabsniveau. Det er derimod vigtigt, at der sondres klart mellem udbudsret og kontraktsret. Fasen efter valget af kontraktparten er ikke reguleret af udbudsretten, men derimod af den nationale kontraktsret, som hører under medlemsstaternes kompetence.

18. Hvad er Deres erfaring med etableringen af institutionelle OPP'er? Er det nærmere bestemt Deres opfattelse, at fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner overholdes i forbindelse med oprettelsen af institutionelle OPP'er?

Den danske regering er enig med Kommissionen i, at en offentlig myndigheds valg af medejer i et selskab – set i modsætning til tildeling af en kontrakt - ikke er et spørgsmål om anvendelsen af udbudsdirektivernes procedurer eller de traktatbaserede principper for tildeling af offentlige kontrakter og koncessioner (jf. grønbogens punkt 57 og 62).

Derimod finder disse procedurer anvendelse, når en opgave tildeles en ekstern leverandør. Det gælder også, selv om ordregiveren er medejer af den eksterne leverandør, med mindre ordregiveren udøver en kontrol over selskabet, som svarer til den kontrol den udøver over sine egne tjenestegrene, og selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed i forhold til sin offentlige ejerkreds.

Der er ikke i Danmark fastsat særlige regler for tildeling af kontrakter til institutionelle OPP'er. En tilbudsgiver, der mener at være forbigået i strid med traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed, kan dog – også når tildelingen af kontrakten ikke er omfattet af direktivernes detaljerede procedureregler – alligevel indbringe spørgsmålet for Klagenævnet for Udbud, der har kompetence til at behandle alle spørgsmål om fællesskabsretten ved tildelingen af offentlige kontrakter.

Det kan oplyses, at der i Danmark er erfaringer med etablering af en særlig type institutionelt samarbejde mellem den offentlige og den private sektor. En lov giver kommuner og amter adgang til at deltage i selskaber, som fungerer på markedsvilkår, og som har udgangspunkt i en bearbejdning af ”kommunal viden”, men som derudover kan bygge på en dermed sammenhængende privat viden. Den enkelte (amts)kommune må dog ikke have bestemmende indflydelse i selskabet, og allerede herved er det klart, at selskabet – i forholdet til myndigheden, der har andele i selskabet, og i forhold til andre offentlige myndigheder – må behandles som enhver anden ekstern leverandør. Der er i dag ca. 20 af denne type selskaber i Danmark.

En kommune, der ønsker at deltage i et institutionelt OPP, kan efter dansk opfattelse vælge sin forretningspartner uden hensyntagen til fællesskabsretlige regler for tildeling af offentlige kontrakter. Men det nystiftede selskab vil da stå helt uden sikkerhed for at få en ordre. En måde at sikre gradvis konkurrenceudsættelse af hidtidige in house opgaver på er, hvis den private partner vælges i forbindelse med et udbud af selve kontrakten, således at vinderen af udbudet pålægges at gå sammen med ordregiveren om at etablere et selskab omkring den eller de udbudte opgaver. Et sådant kontraktvilkår vil gælde, uanset hvem der vinder udbudet, og vilkåret vil på denne måde bidrage til, at alle indkomne bud behandles ens.

19. Finder De, at der bør tages et initiativ på fællesskabsplan med henblik på at afklare eller præcisere de ordregivende myndigheders forpligtelser med hensyn til, hvordan et institutionelt projekt skal udbydes blandt potentielt interesserede aktører?

Det kan ikke på nuværende oplysnings- og erfaringsniveau vurderes, om det er nødvendigt på fællesskabsplan at præcisere de ordregivende myndigheders forpligtelser med hensyn til, hvordan et institutionelt OPP skal udbydes. Derfor ønskes også på dette område en

organiseret erfaringsudveksling medlemsstaterne imellem, før konkrete tiltag eventuelt overvejes.

20. Hvilke foranstaltninger og hvilken praksis udgør efter Deres opfattelse hindringer for etableringen af OPP'er i EU?

Den væsentligste forhindring for succesfuld etablering af OPP'er i EU udgøres efter den danske regerings opfattelse af den tilbageholdenhed, der naturligt følger af den usikkerhed, der eksisterer omkring anvendelsesområdet for udbud efter forhandling og konkurrencepræget dialog. Spørgsmålene omkring kontraktens varighed og muligheden for at ændre i et projekt efter kontraktindgåelse må dog også antages at hæmme etableringen af OPP'er.

22. Mener De, under hensynstagen til de betydelige investeringer der er nødvendige i visse medlemsstater for at fremme den sociale og udviklingsdygtige økonomiske udvikling, at en fælles overvejelse af disse spørgsmål efterspurgt blandt de berørte aktører med jævne mellemrum, og som også vil åbne op for udveksling af eksempler på "god praksis", ville være nyttigt? Finder De, at Kommissionen burde oprette et sådant netværk?

Den danske regering er positivt stemt overfor oprettelsen af et netværk, hvorigennem en organiseret erfaringsudveksling mellem medlemsstaterne kan gennemføres. Man vil fra dansk side ligeledes se positivt på, at Kommissionen udnytter oplysningerne i et sådant netværk til at fremkomme med en dybdegående rapport om anvendelsen af OPP'er i EU.