

Vejledning til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardkontrakter for OPP-projekter som nyanlæg

Vejledningen knytter sig til brugen af standardkontrakterne for OPP-projekter. Der er tale om tre kontrakter, hvis forskel knytter sig til finansiering og ejerskab. Det drejer sig om følgende kombinationer:

- Scenarium 1 - OPP med privat finansiering og mulighed for og pligt til offentligt ejerskab ved Aftalens udløb.
 - OPP-selskabet eller dennes Financier stiller den nødvendige kapital for opførelsen af Aktivets til rådighed, og Bestiller betaler for Aktivets og driften af dette over Aftalens løbetid. Ved Aftalens udløb har Bestiller option for køb af Aktivets og OPP-selskabet option på salg af Aktivets. Derved vil Bestiller overtage ejerskabet, hvis en af parterne ønsker dette. Overtagelsessummen er på forhånd fastlagt.
- Scenarium 2 - OPP med privat finansiering og privat ejerskab ved Aftalens udløb.
 - OPP-selskabet eller dennes Financier stiller den nødvendige kapital for opførelsen af Aktivets til rådighed, og Bestiller betaler for tilrådighedsstillelsen af Aktivets i Aftalens løbetid, hvorefter Aktivets i princippet stilles til rådighed for OPP-selskabet. Ved udløb af Aftalen veksles denne til en erhvervslejekontrakt på sædvanlige markedsvilkår i en nærmere i Aftalen fastsat årække, hvis Bestiller ønsker dette.
- Scenarium 3 - OPP med offentlig finansiering.
 - OPP-selskabet etablerer Aktivets og finansierer byggeriet i Bygge- og anlægsfasen, hvorefter Aktivets i forbindelse med ibrugtagning overtages af Bestiller. Bestiller betaler derefter løbende for Driften og eventuelle serviceydelser til OPP-selskabet. Bestiller ejer Aktivets i hele løbetiden, og OPP-selskabets forpligtelser til at udføre Driften løber frem til Aftalens udløb, hvor OPP-selskabet er forpligtet til på ny at stille Aktivets til rådighed for Bestiller i en nærmere defineret vedligeholdelsesstand.

.....

Læs mere om de tre scenarier i standardmodellen under ”Hvad er OPP?” (fase 1).

Der er tale om standardkontrakter, hvorfor disse bør tilpasses til det enkelte projekt, hvor der gør sig særlige forhold og hensyn gældende. I standardkontrakterne er det markeret, hvor det især anbefales, at der foretages særlige tilpasninger. Dette er de nødvendige tilpasninger, der altid skal foretages når en af standardkontrakterne anvendes. Disse nødvendige tilpasninger fremgår ligeledes af checklisten på næste side.

Det kan herudover være hensigtsmæssigt fra projekt til projekt at vurdere, om der skal ske andre ændringer i kontrakten for at tilpasse denne til det konkrete projekt.

I denne vejledning behandles navnlig de områder, hvor det er særligt vigtigt at være opmærksom på muligheden for konkret tilpasning af kontrakterne. Tilpasningerne bør altid være markedskonforme, hvorved forstås, at Bestiller skal være forsigtig med at kræve risici overdraget til OPP-selskabet, som normalt er vanskelige for OPP-selskabet at kalkulere og/eller finansiere, da dette kan betyde, at Bestiller betaler urimeligt meget for, at OPP-selskabet påtager sig disse risici.

CHECKLISTE

Checklisten giver et overblik over de tilpasninger, der som minimum skal gennemføres i standardkontrakterne i forbindelse med et konkret projekt.

| Emne | Kontrakt/bilag | Vejledning |
|--|---|------------|
| Funktionsbaserede krav til Aktivitet og Driften | Bilag 1 | 1.1.1 |
| Arbejdsklausul og CSR | Bilag 7 | 1.1.2 |
| Fortrolighedsaftale | Bilag 8 | 1.1.3 |
| Samarbejdsmodel | Punkt 2 samt bilag 6 | 1.1.4 |
| Støttende enheder, herunder anvendelse af Underentreprenører | Punkt 1.5.2 | 1.1.5 |
| Ændringer | Punkt 3 samt 7.1.1. | 1.1.6 |
| Prøver | Punkt 4.4. (punkt 4.2. i Exit 2) | 1.1.7 |
| Ibrugtagning | Punkt 4.3. | 1.1.8 |
| Driftsfasens længde | Punkt 5.1. | 1.1.9 |
| Mangler | Punkt 5.2. samt 5.3. | 1.1.10 |
| Genudbud | Punkt 6. | 1.1.11 |
| Betaling | Punkt 7.2. samt 7.3. | 1.1.12 |
| Energibetaling | Punkt 1.6 samt punkt 7.2.2. (punkt 7.2.3. i Exit 3) | 1.1.12.4 |
| Sikkerhedsstillelse | Punkt 7.4 samt 7.5. | 1.1.13 |
| Forsikringer | Punkt 7.6. | 1.1.14 |
| Risiko | Punkt 12.1 | 1.1.15 |
| Hæveadgang | Punkt 12. | 1.1.16 |
| Bestillers hæveadgang | Punkt 12.3-12.8 (punkt 12.3-12.5. i Exit 2) | 1.1.16.1 |
| OPP-selskabets hæveadgang | Punkt 12.9.-12.10.(12.6.-12.7 i Exit 2) | 1.1.16.2 |
| Tvister | Punkt 15 (punkt 16 i Exit 1) | 1.1.17 |
| Trepartsaftalen | Bilag 5 | 1.2.1 |
| Opsigelse | Punkt 10. | 2.1.1 |
| Persondata og sikkerhedsgodkendelse | Punkt 8 | 2.1.2 |
| Refinansiering | Punkt 7. | 2.2.1 |

INDHOLDSFORTEGNELSE

| | | |
|--------|--|----|
| 1. | FASTE ELEMENTER I DE TRE OPP-KONTRAKTER | 5 |
| 1.1 | Faste elementer i samtlige OPP-kontrakter | 5 |
| 1.1.1 | Funktionsbaserede krav til Aktivet og Driften | 5 |
| 1.1.2 | Arbejdsklausul og CSR | 5 |
| 1.1.3 | Fortrolighed og information | 6 |
| 1.1.4 | Samarbejdsmodel | 6 |
| 1.1.5 | Støttende enheder, herunder anvendelse af Underentreprenører | 7 |
| 1.1.6 | Ændringer | 7 |
| 1.1.7 | Prøver | 10 |
| 1.1.8 | Ibrugtagning | 10 |
| 1.1.9 | Driftsfasens længde | 11 |
| 1.1.10 | Mangler | 11 |
| 1.1.11 | Genudbud | 13 |
| 1.1.12 | Betaling | 13 |
| 1.1.13 | Sikkerhedsstillelse | 17 |
| 1.1.14 | Forsikringer | 17 |
| 1.1.15 | Risiko | 18 |
| 1.1.16 | Hæveadgang samt det økonomiske opgør i forbindelse hermed | 19 |
| 1.1.17 | Tvister | 21 |
| 1.2 | Faste elementer i nogle OPP-kontrakter | 22 |
| 1.2.1 | Trepartsaftalen | 22 |
| 1.2.2 | Bindende forhåndssvar fra SKAT | 23 |
| 1.2.3 | Salg/udleje af grund | 23 |
| 1.2.4 | Udnyttelse af købs-/salgsoption | 24 |
| 1.2.5 | Udløb af Aftalen uden udnyttelse af købs-/salgsoption | 24 |
| 2. | TIL-/FRAVALGSMULIGHEDER I DE TRE OPP-KONTRAKTER | 25 |
| 2.1 | Til-/fravalgsmuligheder i samtlige OPP-kontrakter | 25 |
| 2.1.1 | Opsigelse | 25 |
| 2.1.2 | Persondata og sikkerhedsgodkendelse | 26 |
| 2.2 | Til-/fravalgsmuligheder i nogle OPP-kontrakter | 26 |
| 2.2.1 | Refinansiering | 26 |

1. FASTE ELEMENTER I DE TRE OPP-KONTRAKTER

1.1 Faste elementer i samtlige OPP-kontrakter

1.1.1 Funktionsbaserede krav til Aktivet og Driften¹

Bilaget om de funktionsbaserede krav er en central del af Aftalen. Det er her, Bestiller angiver, hvilke egenskaber der ønskes for Aktivet samt Driften af dette. Det er derfor meget vigtigt, at man nøje har tænkt over, hvordan disse krav er udformet. Der er tale om funktionsbaserede krav, og dermed skal Bestiller fokusere på funktionaliteten og ikke på de nærmere detaljer. Man beder derfor f.eks. om et kontorbyggeri, der kan rumme Børne- og Ungeforvaltningen i en kommune, i stedet for at bede om en betonkontorbygning med 100 kontorer og 20 mødelokaler. Ved at fokusere på funktionaliteten gives tilbudsgiverne mulighed for at tænke innovativt og komme med nye løsninger, der kan være mere fordelagtige end de løsninger, der tilbydes, hvis Bestiller selv definerer præcis, hvad man "plejer at købe."

De funktionsbaserede krav er det grundlag Aftalen bygger på. Derfor er det vigtigt at holde sig for øje, at alle mangler heri vil slå direkte igennem i de leverede ydelser. Hvis man f.eks. har angivet, at der i forbindelse med Aktivet skal gøres rent en gang ugentligt, vil der blive gjort rent en gang ugentligt. Hvis man derimod har angivet, at der skal være renholdt til en bestemt standard, vil det være op til OPP-selskabet at finde frem til de bedste metoder og den optimale frekvens for rengøringen af Aktivet.

Læs mere om funktionskrav i standardmodellen under "udbudsmateriale" og se eksempler på funktionskrav fra danske OPP-projekter (fase 3).

1.1.2 Arbejdsklausul og CSR²

Arbejdsklausul efter arbejdsklausulcirkulæret og CSR er reguleret i et standardbilag til OPP-kontrakterne. Vilklårene betyder, at OPP-selskabet skal overholde nogle internationalt ankerkendte standarder for menneskerettigheder og erhverv, samt nogle internationalt vedtagne fundamentale konventioner for: menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og anti-korruption. For enkelte afsnit i denne tekst gælder det, at afsnittet kun medtages, såfremt dette er relevant. Det gælder f.eks. afsnit 4.3 om metaller og mineraler fra konflikt-ramte områder, der f.eks. er relevant, hvor der indgår "finteknologi" i levering af ydelsen, som f.eks. PC'er, mobiltelefoner o.l.

Det er derudover muligt for Bestiller at opstille yderligere krav om samfundsansvar, der kan medføre en samfundsmæssig positiv indflydelse. Det kunne f.eks. være i form af socia-

¹ Kontraktens bilag 1 for alle tre scenarier.

² Kontraktens bilag 7 for alle tre scenarier.

le klausuler, der medfører, at OPP-selskabet skal sikre at et passende antal lærlinge og/eller medarbejdere på særlige vilkår er beskæftiget med opgaven. Der findes eksempler på kontraktbestemmelser om lærlinge i [KFST's vejledning om sociale klausuler 2016, kapitel 4](#).

1.1.3 Fortrolighed og information³

Fortrolighed og information er reguleret i et bilag til Aftalen og har karakter af en egentlig fortrolighedsaftale. Tanken er, at Parterne skriver under på denne og dermed binder sig til ikke at videregive fortrolig information. I bilaget skal det specificeres, om og i givet fald hvilken bod der skal betales til den anden part, hvis der sker overtrædelse af fortrolighedsaftalen. Endvidere skal det angives, i hvor mange år efter ophøret af Aftalen fortrolighedsaftalen er bindende for Parterne.

Bestiller skal dog være opmærksom på, at man ikke kan aftale sig ud af offentlighedslovens bestemmelser om aktindsigt, hvorfor der skal meddeles aktindsigt efter den gældende Lovgivning. Bestiller skal i den forbindelse være opmærksom på, at der efter ombudsmandens praksis skal kunne argumenteres konkret for at tilbageholde oplysninger med henvisning til offentlighedslovens og forvaltningslovens undtagelsesbestemmelser, herunder undtagelsesbestemmelserne om forretningshemmeligheder m.v.

1.1.4 Samarbejdsmodel⁴

For et OPP er samarbejdsstrukturen af stor betydning. For OPP-projekter, særligt hvis der er tale om lidt større projekter, vil det ofte være en fordel, hvis man vælger en to-ledet struktur, således at der nedsættes både en såkaldt følgegruppe, der kan varetage det løbende samarbejde, og en styregruppe, der på et mere overordnet plan kan træde til, hvis der opstår konflikter, der ikke kan løses i følgegruppen.

Følgegruppen vil typisk bestå af 1-2 personer fra hver af de relevante parter, og vil dermed kunne mødes relativt ofte for at drøfte de opståede problemstillinger. Hvis OPP-selskabet er et konsortium, kan det være relevant at lade alle deltagere i dette deltage i følgegruppen. Det kan overvejes, om sammensætningen skal ændres over tid så f.eks. en facility service underleverandør først medtages i følgegruppen sidst i Bygge- og anlægsfasen og fremadrettet. Følgegruppen kan tage løbende beslutninger i forhold til Driften, mens større beslutninger skal eskaleres til styregruppen, og ligeledes vil problemstillinger, der ikke her kan skabes enighed omkring i følgegruppen, blive sendt videre til styregruppen. Følgegruppen kan ikke beslutte, at der skal foretages ændringer i Aftalen.

Styregruppen bør omfatte repræsentanter fra alle relevante parter og helst de personer, der enten har den øverste beslutningsmæssige kompetence eller er bemyndiget konkret til at

³ Kontraktens bilag 8 for alle tre scenarier.

⁴ Kontraktens punkt 2 samt bilag 6 for alle tre scenarier.

repræsentere parten og træffe afgørelser i spørgsmål om OPP-kontrakterne. Styregruppens væsentligste formål bliver at fastlægge de væsentligste beslutninger for projektet og lægge den overordnede linje samt træde til, hvis der opstår konflikter, som følgegruppen ikke selv kan løse.

Antallet af medlemmer i styregruppen skal fastlægges for begge parter i bilaget. Antallet af medlemmer bør sættes under hensyn til Aftalens kompleksitet, omkostninger i forbindelse med afholdelse af møder mv.

I bilaget om samarbejdsmodellen er det muligt at vælge, hvorvidt der kun skal være en styregruppe, eller om der både skal være styregruppe og følgegruppe. Det vil navnlig være relevant at overveje en samarbejdsmodel alene med en styregruppe for mindre OPP-projekter. I denne type projekter vil parternes kontaktpersoner i nogle tilfælde forestå det løbende samarbejde, således at man fortsat bevarer den to-ledelede struktur. I andre projekter vil det være uproblematisk at involvere hele styregruppen i alle beslutningerne.

1.1.5 Støttende enheder, herunder anvendelse af Underentreprenører⁵

Det følger af udbudsloven, at hvis OPP-selskabet i forbindelse med prækvalifikation har baseret sig på andre støttende enheders faglige kvalifikationer eller faglige erfaringer, så skal disse enheder udføre de konkrete dele af Aftalen. Bestemmelsen regulerer dette forhold, ligesom forholdet omkring udskiftning af Underentreprenører er reguleret.

Bestiller kan overveje, om der skal indsættes et afsnit om, at specifikke dele af opgaven skal udføres af selve OPP-selskabet og altså ikke må overlades til Underentreprenører. Bestiller kan have en saglig grund hertil, hvis det eksempelvis drejer sig om kerneydelsen, opgaver relateret til samarbejdet eller lignende, hvor det er vigtigt for Bestiller, at det er OPP-selskabet selv, der udfører den del af opgaven.

1.1.6 Ændringer⁶

OPP-kontrakter har typisk en varighed på 15-25 år, hvorfor det er i Bestillers interesse, at Aftalen i videst muligt omfang giver Bestiller ret til at kræve ændringer i Aftalens løbetid. Ændringer er relevante i de tilfælde, hvor Bestillers behov eller ønsker ændrer sig i Aftalens løbetid.

Bestiller skal være opmærksom på, at de udbudsretlige regler regulerer, i hvilket omfang og under hvilke omstændigheder det er tilladt at ændre i Aftalen i dens løbetid, uden at Bestiller dermed er forpligtet til at konkurrenceudsætte den ændrede kontrakt.

⁵ Kontraktens punkt 1.5.2 for alle tre scenarier

⁶ Kontraktens punkt 3 samt 7.1.1. for alle tre scenarier

.....

Ændringsklausuler og ændringsbestemmelserne er derfor noget af det væsentligste at udarbejde og tilpasse i forbindelse med anvendelse af OPP-standardkontrakterne for at sikre den frihed, der for Bestiller ligger i at have mulighed for at ændre og tilpasse Aftalen i dens løbetid og samtidig sikre, at det sker indenfor de udbudsretlige rammer.

I forbindelse med tilpasningen af Aftalens punkt 3, bør Bestiller nøje overveje, om der kan tænkes forhold, der kan medføre behov for ændringer i det konkrete OPP-projekt. I givet fald bør dette forhold og konsekvensen heraf indskrives som en egentlig ændringsklausul, idet ændringen i givet fald vil udgøre en del af den konkurrenceudsatte kontrakt.

Det betyder, at der – såfremt ændringen kræves af Bestiller i Aftalens løbetid – vil være tale om en ændring i *medfør* af Aftalen og ikke en ændring *af selve* Aftalen. Det er en betingelse, at ændringsklausulen er *klar, præcis og entydig*, og at udnyttelsen af denne bestemmelse ikke ændrer på Aftalens overordnede karakter. Ændringsklausulen skal fastsætte omfanget og arten af ændringen og betingelserne for deres anvendelse.

Et eksempel kunne være, at OPP-projektet omfatter en kommunes byggeri og drift af et plejehjem. Bestiller er ikke sikker på, at Bestiller har behov for plejehjemmet og den hertil knyttede drift i det omfang, det er angivet i Aftalen i hele løbetiden. Bestiller vil gerne have, at dette er Aftalens udgangspunkt. Bestillers behov afhænger af objektivt konstaterbare forhold, eksempelvis udvikling i befolkningen i kommunen (demografi), kommunens budgetter eller lign. Bestiller kan i det tilfælde med fordel indskrive i Aftalen, at tilstedeværelsen af et konkret forhold giver Bestiller ret til at foretage en i Aftalen defineret ændring. Det skal ligeledes fremgå tydeligt og entydigt af ændringsklausulen, hvordan prissætning af ændringen i givet fald vil ske.

Bestiller bør derfor i videst muligt omfang indarbejde konkret egnede, klare, præcise og entydige ændringsklausuler i Aftalen, således at Bestiller sikres en større frihed til at foretage ændringer i Aftalens løbetid.

Bestiller kan også med fordel indarbejde på forhånd identificerbare ændringer som optioner. Dermed kan Bestiller få disse ændringer af Aftalen prissat på forhånd.

Bestiller har derudover mulighed for at kræve øvrige ændringer af Aftalen indenfor udbudslovens rammer. Denne mulighed er reguleret i Aftalen og beskrevet nærmere nedenfor.

Bestiller har mulighed for at kræve ændringer foretaget, både i relation til Bygge- og anlægsfasen og Driftsfasen, hvis der derigennem kan optimeres og sikres en bedre opfyldelse af Bestillers behov. Det er udgangspunktet, at OPP-selskabet udfører alle ændringer ved Aktivets. Hvis der skulle opstå en situation, hvor OPP-selskabet ikke ønsker at udføre et

.....

ændringsarbejde, fordi dette vil skade deres mulighed for at levere de til Aktivets knyttede ydelser, eller det ikke er teknisk muligt for OPP-selskabet at udføre det ændringsarbejde, Bestiller ønsker, kan Bestiller vælge selv at udføre arbejdet eller at lade arbejdet udføres ved tredjemand. Bestiller skal være særligt opmærksom på, hvilken betydning det får for samarbejdet, hvis Bestiller selv eller ved tredjemand udfører ændringsarbejde på Aktivets.

Det er i denne forbindelse vigtigt at være opmærksom på, at kontrakterne som udgangspunkt ikke giver ret til at sænke vedligeholdelsesniveauet.

Eventuelle ændringer vil samtidig kunne medføre ændringer i den betaling, OPP-selskabet skal modtage. Dermed er det relevant at tilføje en begrænsning på, hvor store ændringer der medfører reduktion i betalingen til OPP-selskabet, som Bestiller kan foretage uden at skulle kompensere OPP-selskabet. Begrænsningen er udtrykt som den procentsats, som Bestiller maksimalt kan fradrage i Driftsbetalingen ved ændringer. Konstruktionen har til formål at sikre, at der afgives reelle tilbud, og at tilbudsgiverne ikke kræver en meget stor betaling for at gardere sig imod eventuelle ændringer, der efterfølgende medfører nedsat betaling til OPP-selskabet.

Udover begrænsningen, på hvor store ændringer må være i Driftsfasen, gælder en række begrænsninger i forhold til anlægssummen på Aktivets. Dette er udtrykt som grænseværdier, der ved overskridelse giver både Bestiller og OPP-selskabet mulighed for at kræve, at ændringerne betales kontant i stedet for at blive reguleret i de løbende kvartalsvise betalinger. Det skal derfor defineres, hvor stor en procentdel af Anlægssummen ved bygningsmæssige ændringer, i hhv. Bygge- og anlægsfasen og i Driftsfasen, der skal til, før en af parterne kan kræve, at der sker kontant betaling.

Ligeledes skal der defineres en grænse for, at små ændringer kan afregnes kontant i stedet for at blive fordelt over hele Aftalens løbetid. Denne grænse skal angives som en grænse i kroner og ører.

Ved ændringer i Aktivets, der er betalt kontant, kan det være relevant at justere den sikkerhed, der skal stilles for Aktivets. Det skal dermed nærmere angives, hvornår en ændring er så stor, at det kræves, at sikkerhedsstillelsen udvides. Endvidere skal det angives, hvor stor en del af det kontant vederlagte, der skal tælle med i beregningen af sikkerhedsstillelsen, samt hvor stor en procentdel af dette beløb, der rent faktisk skal stilles sikkerhed for. Det er særligt ved scenarium 3 relevant at justere sikkerheden, da der her er stillet en egentlig garanti fra OPP-selskabet, som kan siges at træde i stedet for en sædvanlig AB92-garanti fra en entreprenør. Årsagen til, at det kan være nødvendigt at justere sikkerhedsstillelse ved kontant betalte ændringer, er, at en kontant betalt ændring kan medføre et krav om mere vedligeholdelse eller yderligere serviceydelser, som er indeholdt i OPP-projektet. Den øgede drift kan i givet fald medføre behov for en større sikkerhedsstillelse.

Det er fortsat OPP-selskabets opgave at levere serviceydelser og at foretage vedligehold. Hvis ændringer betyder, at der skal udføres mere vedligehold/service, skal dette selvfølgelig aftales parterne imellem. Man kan i dette tilfælde sige, at man vil betragte situationen som et ønske om opjustering af service- og/eller vedligeholdelsesniveauet, da der jo skal leveres yderligere service- og/eller vedligeholdelsesydelser på det kontantbetalte ændringsarbejde.

Der findes i kontraktens punkt 7.1.1. regler om, hvordan eventuelle ændringer i selve Aktivt eller Driften af Aktivt skal prissættes.

1.1.7 Prøver⁷

Kontrakterne indeholder mulighed for, at Bestiller kan kræve at overvære forskellige prøver, der skal påvise egnetheden af både den grund Aktivt skal opføres på, ved OPP-selskabet eller en af dette valgt underleverandør. Bestemmelsen skal ses som en mulighed, og der er dermed ikke krav til, at den udnyttes. Prøverne kan eventuelt overværes af en repræsentant for Bestiller.

Det er ikke en nødvendighed, at bestemmelsen skal indgå i Aftalen. Med det økonomiske perspektiv for øje vil det alt andet lige gøre buddene dyrere at medtage bestemmelsen om prøver. Det kan i nogle situationer være nødvendigt for Bestiller at have mulighed for at prøve OPP-selskabets evner, navnlig hvis der er tale om ydelser, der har stor samfundsmæssig betydning.

Det fremgår af OPP-kontrakterne, at det skal specificeres, hvilke prøver der kan komme på tale. Det er derfor vigtigt, hvis denne mulighed benyttes, at Bestiller på forhånd har defineret, hvilke muligheder der skal være, for at det kan sikres, at OPP-selskabet lever op til de krav, der måtte stilles. Der kan dermed ikke indfortolkes en ret til at kræve yderligere prøver, blot fordi bestemmelsen er en del af Aftalen.

Vurderingen af, på hvilke punkter der bør kræves adgang til prøver, vil i det væsentligste være af teknisk karakter.

1.1.8 Ibrugtagning⁸

I udgangspunktet er det Bestiller, der i den udbudte tidsplan har angivet, på hvilken dato der ønskes ibrugtagning af Aktivt. Derudover er der mulighed for, at der kan tilføjes en bestemmelse om, at Aktivt kan leveres tidligere end aftalt. Denne mulighed for en fleksibel ibrugtagningsdato bør kombineres med en rummelig tidsplan, som giver OPP-selskabet adgang til en friere tilrettelæggelse af Arbejdets udførelse. Derved kommer muligheden for

⁷ Kontraktens punkt 4.2 for alle tre scenarier.

⁸ Kontraktens punkt 4.3 for alle tre scenarier.

at aktivere en tidligere ibrugtagningsdato til at fungere som en slags incitament for hurtigst mulig gennemførelse af Bygge- og anlægsarbejdet.

1.1.9 Driftsfasens længde⁹

Det skal i OPP-kontrakterne angives, i hvor lang tid Aftalen løber.

Typisk vil man operere med en tidshorisont på 15-25 år, når man taler om OPP-kontrakter. Større anlægsprojekter kræver typisk en længere tidsramme, før der kan siges at være økonomi i dem som OPP-projekter. Det er dog vigtigt, at man ikke lader sig begrænse til denne tidshorisont. For nogle projekter kan det forekomme mindre hensigtsmæssigt at fastlægge et langt forløb med drift og service.

Ved udløbet af Aftalen vil det være muligt at forlænge samarbejdet, men som udgangspunkt kun i form af et lejemål om en eksisterende bygning. Det videregående samarbejde f.eks. om facility management, serviceydelser eller drift skal i givet fald underkastes genudbud.

1.1.10 Mangler¹⁰

Manglerne i Driftsfasen kan opdeles i manglende rådighed over Aktivet og i egentlige mangler ved det leverede Aktiv (Funktionsmangler). Uanset hvilken type mangel, der konstateres, er det standardkontraktens udgangspunkt, at Bestiller alene kan foretage fradrag i betalingerne eller ophæve Aftalen, jf. bestemmelserne om dette.

Der er forskel på, hvilket fradrag Bestiller har ret til i Driftsbetalingen alt efter, om der er tale om fradrag for manglende rådighed eller fradrag for Funktionsmangler ved Aktivet. Det er således ikke muligt at kræve afhjælpning, og muligheden for forholdsmæssigt afslag eller erstatning er indeholdt i Bestillers fradragmulighed i betalingsmodellen.

For manglende rådighed i Driftsfasen kan Bestiller kræve fradrag i betalingen til OPP-selskabet, hvis ikke Aktivet står fuldt til rådighed. Dette er f.eks. tilfældet, hvor ikke hele Aktivet er færdigt til ibrugtagning, eller dele af Aktivet efterfølgende ikke står til rådighed pga. OPP-selskabets manglende vedligeholdelse. Fradraget skal beregnes efter bestemmelserne i bilag 3. Det skal i Aftalen defineres, i hvilke tilfælde Aktivet ikke er til rådighed. Der er tale om en udtømmende liste, hvorfor det er vigtigt, at listen udarbejdes grundigt, så den indeholder samtlige relevante situationer, da Bestiller ikke vil kunne kræve fradrag for manglende rådighed over Aktivet, der ikke er beskrevet i bestemmelsen.

⁹ Kontraktens punkt 5.1 for alle tre scenarier.

¹⁰ Kontraktens punkt 5.2 og 5.3 for alle tre scenarier.

.....

Ved manglende rådighed over Aktivet ved ibrugtagning er det muligt at fradage hele Driftsbetalingen, da Aktivet enten helt eller delvist vil være anset som ikke leveret til det aftalte Ibrugtagningstidspunkt.

For Funktionsmangler ved det leverede Aktiv er det i bilag 1 beskrevet, hvilke egenskaber Aktivet skal have i Driftsfasen. Hvis Aktivet ikke lever op til kravene, kan Bestiller foretage fradrag i betalingen til OPP-selskabet. Dette fradrag beregnes efter reglerne om betaling, der findes i betalingsmekanismen (bilag 3). I modsætning til, hvad der gør sig gældende i almindelige kontrakter, kan der ved OPP-kontrakter alene ske fradrag i betalingen eller op-hævelse af Aftalen som følge af mangler.

I selve Aftalen skal det angives, hvor stor en procentdel af betalingen Bestiller maksimalt kan fradrage i den næste betaling. Procentsatsen skal fastsættes forud for udbuddet, da ud-kast til kontrakten vil være en del af udbudsmaterialet, og det er derfor vigtigt, at Bestiller nøje overvejer størrelsen af begrænsningen.

Begrænsning er indsat af hensyn til Financieren, som ud fra den fastsatte grænse kan kalku- lere en "worst-case". Dermed indkapsles Financierens yderste risiko. I praksis vil manglerne efter ibrugtagning sandsynligvis ikke være så store, at det kan give anledning til at foretage 100 % fradrag, og det kan dermed være en fordel at skabe tryghed hos OPP-selskabets fi- nansielle bagland ved at fastsætte en øvre grænse for størrelsen af fradragene i Driftsbeta- lingen som følge af mangler ved Aktivet. Begrænsningen af fradraget vil alt andet lige blive reflekteret i en mere attraktiv finansiering for OPP-selskabet, hvilket igen vil medføre en bedre pris for Bestiller.

Det er vigtigt at have for øje, at begrænsningen ikke betyder, at Bestillers krav – udover denne begrænsning – falder bort. Dette vil blot blive fradraget i den næste Driftsbetaling, og evt. Driftsbetalingen efter denne igen osv. Hvis fradraget for mangler ved Aktivet f.eks. udgør 200 kr., Driftsbetalingen udgør 400 kr. kvartalsvis, og begrænsningen er 20 %, vil der i den førstkommende Driftsbetaling blive fradraget 80 kr., i den næste igen 80 kr. og i den efterfølgende 40 kr. Det vil i dette tilfælde dermed tage tre kvartaler, inden fradraget for mangler er foretaget.

Det er en teknisk vurdering, hvor snittet skal lægges, idet det næppe skal være mindre end, at der kan foretages fuldt fradrag for den del af Driftsbetalingen, der relaterer sig til service- og vedligeholdelsesydelser, samt at der derudover foretages fradrag for en del af Driftsbeta- lingen, der relaterer sig til selve Aktivet, f.eks. 20 % af denne del af Driftsbetalingen. Det er vigtigt at huske, at fradraget er et samlet fradrag i Driftsbetalingen, og ovenstående skal dermed ses som en tommelfingerregel til, hvordan man kan lægge snittet for begrænsnin- gens størrelse.

.....

.....

Hvis der er valgt offentlig finansiering, er der næppe samme grund til at begrænse fradragets størrelse, da der ikke som nævnt ovenfor skal tages hensyn til OPP-selskabets finansieringsmæssige forhold i relation til opførelsen af Aktivet.

1.1.11 Genudbud¹¹

Udgangspunktet for OPP-samarbejdet er, at der ikke skal ske genudbud af selve OPP-projektet. Kontrakterne tager dog højde for de situationer, hvor visse af de tilknyttede service- eller driftsydelser i henhold til udbudsreglerne skal genudbydes. I kontrakterne er reguleret, både hvordan selve udbuddet skal foregå, samt hvordan betalingen skal justeres som følge af genudbuddet. Bestiller betaler hele beløbet, hvis ydelsen bliver dyrere, og parterne deler gevinsten, hvis ydelsen bliver billigere.

Læs mere i standardmodellen under ”Genudbud og markedstjek” (fase 2).

1.1.12 Betaling¹²

I kontrakterne er betalingen opdelt, således at det klart fremgår, hvilke dele af betalingen, der knytter sig til opførelsen af selve Aktivet, og hvilke dele af betalingen, der knytter sig til Driften af Aktivet.

Et alternativ til den valgte opdeling er modellen, der beskrives i afsnit 1.1.12.6, der kan benyttes, hvis Bestiller ønsker dette. Modellen vil være fordelagtig, hvor Bestiller har stort kendskab til det Aktiv, der ønskes opført, samt stort kendskab til driften af et sådant Aktiv.

Betalingerne i de foreliggende OPP-kontrakter er fordelt således:

1.1.12.1 Basisbetaling/Anlægsbetaling

Basisbetalingen er den løbende betaling for tilrådighedsstillelsen af Aktivet, og denne benyttes derfor kun i de tilfælde, hvor der er valgt privat finansiering. Ved offentlig finansiering opereres i stedet med en Anlægsbetaling, der betales ved Ibrugtagning af Aktivet.

Basisbetalingen er som udgangspunkt fast i hele OPP-kontrakternes løbetid, og denne reguleres dermed ikke løbende, men der kan ske regulering, hvis der foretages ændringer i Aktivet. Udgangspunktet er nemlig, at OPP-projektet finansieres ved et langfristet fastforrentet lån.

.....

¹¹ Kontraktens punkt 6 for alle tre scenarier.

¹² Kontraktens punkt 7.2 og 7.3 for alle tre scenarier.

Der kan være situationer, hvor det for Bestiller og OPP-selskabet er mere hensigtsmæssigt, at finansieringen er baseret på andet end en fast annuitet. Det kan f.eks. være en betaling der indekseres eller løbende reguleres under hensyntagen til renten.

Som udgangspunkt er Anlægsbetalingen et fast beløb (såfremt der ikke lægges op til pristalsregulering), og betalingen skal dermed kun ændres, såfremt der foretages ændringer i Aktivets i Bygge- og anlægsfasen.

1.1.12.2 Vedligeholdelsesbetaling

Vedligeholdelsesbetalingen knytter sig til det løbende vedligehold af Aktivets, jf. bilag 1, der angiver hvilke krav, der stilles til vedligeholdelsen, samt bilag 2, hvor OPP-selskabets tilbud fremgår.

Betalingen reguleres en gang årligt med udgangspunkt i et af Danmarks Statistik udregnet indeks. Indekset skal fremgå af Aftalen, og Bestiller skal dermed specificere dette.

1.1.12.3 Servicebetaling

Servicebetalingen dækker de ydelser, som Bestiller har ønsket, at OPP-selskabet ligeledes skal stå for. Typisk vil der være tale om rengøring og kantinedrift, men Bestiller kan også have andre ønsker, f.eks. vagttjenester, anlægsgartneriydelser på områderne omkring Aktivets, receptionsbehandling osv.

Betalingen reguleres en gang årligt med udgangspunkt i et af Danmarks Statistik udregnet indeks. Indekset skal fremgå af Aftalen, og Bestiller skal dermed specificere dette.

I nogle tilfælde vil udbudsreglerne medføre, at der skal ske genudbud af dele af de serviceydelser, OPP-selskabet er forpligtet til at yde. Det er i OPP-kontrakternes punkt 6 (med underpunkter) reguleret, hvordan dette genudbud skal foregå, samt hvorledes omkostningerne til dette skal afholdes. Endvidere er det gennemgået, hvordan en evt. besparelse eller meromkostning skal fordeles Parterne imellem.

1.1.12.4 Energibetaling¹³

Det er ikke i alle Aftaler ønskeligt, at leverance af energi skal gå via OPP-selskabet. Der kan være tilfælde, hvor et OPP-projekt er skruet sammen på en sådan måde, at det vil være bedre og billigere for Bestiller selv at sidde med hele risikoen for energiforbruget. Dette gør sig navnligt gældende, hvis der er stor usikkerhed om energiforbruget, da OPP-selskabet i dette tilfælde vil tage en relativt stor risikopræmie. I disse tilfælde kan Energibetalingen

¹³ Kontraktens punkt 1.6 for alle tre scenarier. Kontraktens punkt 7.2.2 for scenarium 1 og 2. Kontraktens punkt 7.2.3 for scenarium 3.

fjernes fra Aftalen. Dette kan ligeledes være tilfældet ved et Aktiv, hvor en meget lille del af energiforbruget kommer fra det bygningsbestemte forbrug (opvarmning og rumbelysning).

I den forbindelse er det dog værd at bemærke, at hvis Energibetalingen tages ud af OPP-samarbejdet, fjernes hele incitamentet for tilbudsgiverne til at forsøge at sænke energiforbruget. Det må derfor forventes, at et udbud af et OPP-projekt uden energibetaling som et element vil medføre mindre energibesparende løsninger, da der så i stedet vil fokuseres på et anlægge Aktivets billigst muligt ud fra andre parametre.

Udgangspunktet vil være, at energibetaling indgår som en del af OPP-projektet, da det i langt de fleste tilfælde vil være relevant for Bestiller at lade tilbudsgiverne konkurrere på dette parameter. Dermed sikrer Bestiller også, at der i størst muligt omfang kan tænkes totaløkonomisk ved udførelsen af OPP-projektet.

Energibetalingen er baseret på et af OPP-selskabet budgetteret forbrug. Ved at lade OPP-selskabet budgettere energiforbruget sikrer man, at dette konkurrenceudsættes. Det bliver dermed en del af udbuddet, at tilbudsgiverne konkurrerer om at tilbyde det mest energivenlige aktiv, forstået som det Aktiv med det laveste budgetterede energiforbrug. Dette bidrager til, at man samlet set opnår den bedste totaløkonomi på projektet, da tilbudsgiverne blandt andet konkurrerer på den samlet set laveste pris på Aktivets, herunder omkostninger til energiforbruget.

OPP-selskabet bærer risikoen for merforbrug, men samtidig også gevinsten for et mindre forbrug indtil en vis grænse, der er defineret i Aftalen. Når denne grænse overskrides, deles den besparelse, der er opnået udover grænsen, Parterne imellem. Der afregnes til de løbende takster fra energileverandøren. Dermed har OPP-selskabet hovedparten af forbrugsrisikoen, hvor Bestiller har risikoen for udviklingen i energipriserne.

Der foretages regulering for usædvanligt strenge eller milde vintre, og i den forbindelse skal det i Aftalen angives, både hvor stor en procentvis afvigelse fra norm graddageantallet der skal til, samt hvilken dato denne opgørelse årligt skal foretages.

Både reguleringen for graddage, samt den løbende regulering for forbrug og pris er nærmere fastslået i betalingsmekanismen.

Læs mere om energiforsyning i OPP-projekter i standardmodellen under ”Incitamentsstrukturer” (fase 2).

1.1.12.5 *Alternative energibetalingsmodeller*

Den i kontrakten indeholdte model vil kunne benyttes i alle tilfælde, da denne baserer sig på et budgetteret forbrug fra de enkelte tilbudsgivere.

Det kan imidlertid være relevant at overveje andre modeller end denne, hvis Bestiller ønsker at stille krav om en bestemt energibesparelse. I den forbindelse skal det bemærkes, at det ikke er sædvanligt for OPP-projekter, at Bestiller stiller krav om specifikke energibesparelser. I en sædvanlig OPP-model må det forventes, OPP-leverandøren gennemfører energibesparelser, når de kan bidrage til en optimeret totaløkonomi i projektet. Hvis Bestiller ønsker at sætte særligt fokus på energitiltag og derfor stiller krav om energibesparelser, og disse ikke nødvendigvis i sig selv opvejer de investeringer, besparelserne forudsætter, kan det medføre en forøget omkostning samlet set for projektet.

1.1.12.6 *Alternativ betalingsmodel*

I stedet for at anvende den i Aftalen skitserede betalingsmodel kan man som ordregiver vælge en alternativ betalingsmodel.

Et eksempel på de overordnede linjer i, hvordan en sådan alternativ betalingsmodel kan udfærdiges, fremgår nedenfor:

Enhedsbetalingen (de løbende betalinger) er en samlet sum, der indeholder betaling for anlæg, service, vedligeholdelse og forsyning. Enhedsbetalingen fastsættes af tilbudsgiver i forbindelse med tilbudsafgivning og gælder for hele aftaleperioden.

Regulering af prisen: Den offentlige myndighed afdækker, hvor stor en del af OPP-leverandørens ydelser, der vurderes at relatere sig til ydelser, hvor de underliggende omkostninger er påvirket af prisudvikling. Den offentlige myndighed opdeler således OPP-leverandørens ydelser i udgifter til anlæg, drift og vedligeholdelse.

For så vidt angår udgifter til anlæg, gennemføres der ingen pristalsregulering.

For så vidt angår udgifter til drift og vedligeholdelse, benyttes der et vægtet indeks bestående af to nærmere fastlagte indeks (fra Danmarks Statistik).

For så vidt angår udgifter til forsyning, reguleres enhedsbetalingen alene for ændringer i enhedspriserne for varme og el (den offentlige part har oplyst priser, der skal bruges i tilbuddene), mens OPP-leverandøren bærer risikoen for ændringer i mængden.

Løbende ændringer: Ved ændringer i Driftsfasen reguleres enhedsbetalingen af OPP-leverandøren med udgangspunkt i tilbudsmodellen. Hvis forudsætningerne i tilbudsmodellen har ændret sig væsentligt, skal modellen anvendes som udgangspunkt, således at pris-

ændringen stiller OPP-leverandøren økonomisk, som denne ville være stillet, hvis forudsætningerne ikke havde ændret sig.

Ved eventuelle nedslag som følge af manglende opfyldelse af funktionskrav jf. betalingsmekanismen trækkes nedslagene ud af enhedsbetalingen.

1.1.13 Sikkerhedsstillelse¹⁴

OPP-kontrakternes bestemmelser om garantier tjener til sikkerhed for OPP-selskabets opfyldelse af de forpligtelser, der fremgår af OPP-kontrakterne. Sikkerhedsstillelsen kan i princippet opdeles i to; nemlig sikkerhedsstillelse i Bygge- og anlægsfasen og sikkerhedsstillelse i Driftsfasen.

I Bygge- og anlægsfasen tjener sikkerheden til afdækning af den meromkostning, som Bestiller kan risikere at få, hvis OPP-selskabet misligholder Aftalen, før der er leveret værdi på pladsen, som modsvarer den merpris, det vil koste for Bestiller at indgå en ny OPP-aftale med et andet OPP-selskab. Garantien skal afgives efter et standardbilag til Aftalen.

I Driftsfasen er egentlig garantistillelse i princippet alene relevant for scenarium 3, hvor Bestiller har betalt for Aktivets, og Bestiller således skal have afdækket risikoen for, at OPP-selskabet kan levere det aftalte drift- og vedligehold samt opretholde Aktivets stand i Aftalens løbetid. Garantien skal afgives efter et standardbilag til Aftalen.

For scenarium 1 og 2 stilles ikke sikkerhed i Driftsfasen. I stedet vil Bestiller kunne modregne i Driftsbetalingen, hvis OPP-selskabet ikke leverer sine ydelser i overensstemmelse med Aftalen. Derudover kan Bestiller tinglyse Aftalen med prioritet før eventuelle panthæftelser. Tinglysning skal sikre Bestiller mod evt. opsigelse fra tredjemand, som har erhvervet Aktivets på tvangsauktion.

I scenarium 3 er der i princippet to muligheder for sikkerhedsstillelse, nemlig enten at OPP-selskabet stiller en finansiel garanti, eller at der sker tilbagehold i betaling for Aktivets. Både tilbagehold og garanti kan frigives efterhånden, som Bestiller sikrer sig, at Aktivets har den kvalitet, som er forudsat.

1.1.14 Forsikringer¹⁵

I Aftalen skal de forsikringer, der kræves tegnet af OPP-selskabet, oplistes. Listen er delt i hhv. Bygge- og anlægsfasen og Driftsfasen, da der knytter sig forskellige forsikringer til de to faser. Det er vigtigt, at Bestiller sørger for at kræve de for Aktivets relevante forsikringer, så det dermed sikres, at OPP-selskabet ved Aktivets eventuelle undergang vil få tilført mid-

¹⁴ Kontraktens punkt 7.4 og 7.5 for alle tre scenarier.

¹⁵ Kontraktens punkt 7.6 for alle tre scenarier.

ler, der sætter OPP-selskabet i stand til at genopføre Aktivet. Bestiller skal ligeledes i forhold til fastsættelse af krav til de enkelte summer, overveje risikoen for og konsekvenserne ved indtrædelse af en forsikringssskade overfor det risikotillæg OPP-selskabet vil lægge oveni prisen for omkostninger i forbindelse med forsikringstegning.

Udover listen med forsikringer i kontrakterne er det relevant for Bestiller at fastlægge grænsen for, hvornår OPP-selskabet skal inddrage Bestiller ved forsikringsbegivenheder i takseringsmæssigt øjemed. Grænsen defineres som et kroner- og ørebeløb for den forventede udbetalte forsikringssum.

1.1.15 Risiko¹⁶

Risikofordelingen mellem parterne er et centralt element i enhver OPP-kontrakt. Jo større en del af risikoen OPP-selskabet skal bære, jo dyrere vil det alt andet lige blive for Bestiller, da OPP-selskabet naturligt vil kræve en risikopræmie. Dermed er det Bestillers opgave at definere, hvilke risici man selv vil løbe, og hvilke man ønsker at betale OPP-selskabet for at løbe.

Udgangspunktet i kontrakterne er, at OPP-selskabet bærer alle risici. Dette er med til at sikre, at der ikke opstår gråzoner for, hvor ansvaret for de enkelte risici er placeret. Dette begrænses dog af, at OPP-selskabet ikke bærer risikoen ved Force majeure hændelser, samt at der er indføjnet en liste med forhold, Bestiller bærer risikoen for.

På denne liste fremgår en række standardforhold, som Bestiller bærer risikoen for, typisk forhold der relaterer sig til Bestillers egen ageren, samt ændringer i Lovgivning, der enten kan medføre forsinkelse af Ibrugtagningen eller umuliggøre Ibrugtagning. Det er muligt at udvide denne liste med yderligere forhold, som Bestiller bærer risikoen for, og ved at gøre dette vil prisen for OPP-projektet samlet set kunne sænkes, da OPP-selskabet ikke skal tage sig betalt for at bære så stor en del af den samlede risiko.

Bestiller må foretage en afvejning, da den lavere pris på projektet samtidigt medfører en øget risiko hos Bestiller. Da risikofordelingen er central i et OPP-projekt, er det vigtigt, at Bestiller forholder sig aktivt til, hvilken risikofordeling der giver det bedste resultat i det konkrete projekt; med andre ord er der tale om en afvejning af hvert enkelt element, der indgår i vurderingen.

Læs mere om risikodeling i et OPP i standardmodellen under ”Risikodeling” (fase 2).

¹⁶ Kontraktens punkt 11.1 for alle tre scenarier.

1.1.16 Hæveadgang samt det økonomiske opgør i forbindelse hermed¹⁷

Det skal i Aftalen angives, hvornår det er muligt for Parterne af hæve Aftalen, hvis der opstår et behov for dette, samt hvorledes det økonomiske opgør ved en ophævelse af Aftalen skal forløbe.

Der er alene hæveadgang i situationer, hvor en part i væsentlig grad har misligholdt Aftalen. Således må man forvente, at de tilfælde, hvor det er relevant at hæve Aftalen, er forholdsvis sjældne.

Det er vigtigt at understrege, at misligholdelse af Aftalen giver Parterne ret, men ikke pligt til at hæve Aftalen. Dette skyldes, at det ikke nødvendigvis vil være en fordel at hæve Aftalen i alle situationer, og det er dermed overladt til parterne selv at vurdere, hvorvidt det er fordelagtigt at hæve Aftalen i den opståede situation. Der findes forskellige regler, der regulerer hhv. Bestillers hæveadgang og OPP-selskabets hæveadgang, samt de økonomiske opgør ved begge parter ophævelse af Aftalen. Disse gennemgås nærmere nedenfor.

1.1.16.1 Bestillers hæveadgang¹⁸

For Bestillers hæveadgang er oplyst en række situationer, der kan berettige til at hæve Aftalen. Listen er dog ikke udtømmende og er dermed tænkt som eksempler på, hvad der er anset som væsentlig misligholdelse fra OPP-selskabets side.

Det kan overvejes, om Bestiller er i stand til at gøre listen udtømmende. Dette vil betyde, at det alene bliver i de angivne situationer, at Bestiller kan hæve, men det vil ligeledes betyde, at OPP-selskabet vil kunne opnå en mere fordelagtig finansiering, da alle risici på forhånd kan afdækkes. Det er normalt ikke muligt for Bestiller at forudsige alle situationer, hvor ophævelse er relevant.

Det kan ligeledes overvejes at skabe grundlag for delvis ophævelse med nærmere angivelse af, hvilke områder der er omfattet heraf. Fordelen herved er, dels at hævevurderingen (det vil sige vurderingen af, om der foreligger væsentlig misligholdelse) foretages i forhold til det pågældende område, dels at man så kan videreføre øvrige dele af Aftalen, hvor forholdene måtte være uproblematisk.

Af listen fremgår, at Bestiller kan hæve Aftalen, hvis OPP-selskabet enten bliver taget under konkursbehandling eller kræves opløst af en offentlig myndighed, hvis OPP-selskabet ikke har stillet fornøden sikkerhed, som krævet i Aftalen, eller hvis OPP-selskabet ikke har tegnet de i kontrakterne krævede forsikringer. Derudover skal det specificeres, hvornår en forsinkelse af ibrugtagning er anset som en væsentlig misligholdelse af Aftalen. Det skal

¹⁷ Kontraktens punkt 12 for alle tre scenarier.

¹⁸ Kontraktens punkt 12.3-12.8 for scenarium 1 og 3 og punkt 12.3-12.5. for scenarium 2.

ligeledes fastsættes, hvor stort et fradrag i Driftsbetalingen (og hermed indirekte hvor store fejl i Driften), som Bestiller skal tåle indenfor en periode på 12 måneder, før kontrakterne kan hæves. Dette kan fastsættes som en procentsats eller et fast beløb. Endelig skal det fastsættes, hvor mange berettigede indtrædelsesadgange for Bestiller der skal til, før Aftalen kan hæves.

Udgangspunktet, når Bestiller hæver Aftalen, er, at der skal ske genudbud af den resterende del af Aftalen. Dette forudsætter, at der eksisterer et marked. Hvis dette ikke er tilfældet, kan Bestiller vælge om denne ønsker at overtage Aktivets eller at fraflytte Aktivets. Bestiller skal i denne situation senest meddele OPP-selskabet dette efter et i Aftalen fastlagt antal Arbejdsdage.

Når der sker genudbud af Aftalen, vil OPP-selskabet modtage et beløb fra den nye aftalepart, som denne betaler for at indtræde i Aftalen. Dog fratrækkes en række omkostninger i dette, herunder Bestillers omkostninger til at afholde udbuddet, samt krav, Bestiller måtte have imod OPP-selskabet, som ikke vil kunne gøres gældende mod den nye aftalepart.

Hvis der ikke kan ske genudbud af Aftalen, og Bestiller vælger enten at overtage Aktivets eller fraflytte dette, skal OPP-selskabet betale en kompensation for sin misligholdelse af Aftalen. Kompensationen afhænger af, om opsigelsen sker i Bygge- og anlægsfasen eller Driftsfasen, samt hvilken af de tre scenarier der er valgt, da der er forskel på kompensationen alt efter ejerskab. Det er i kontrakterne tydeligt markeret, hvor Bestiller skal tage stilling til størrelsen af kompensationen i de forskellige situationer.

1.1.16.2 OPP-selskabets hæveadgang.¹⁹

Som for Bestillers hæveadgang er der for OPP-selskabets hæveadgang i kontrakterne en ikke-udtømmende liste over situationer, der berettiger til ophævelse af kontrakterne. I denne skal det fastsættes, hvor stor en manglende betaling fra Bestiller der skal til, før OPP-selskabet kan hæve Aftalen. Det er derudover fastlagt, at OPP-selskabet, hvis dette er forhindret i at levere sine ydelser i mere end 6 måneder, som følge af forhold Bestiller bærer risikoen for, og samtidig ikke kan få en passende kompensation herfor, har ret til at hæve Aftalen.

Det kan overvejes, om Bestiller kan gøre listen udtømmende. Dette vil betyde, at det alene bliver i de angivne situationer, at OPP-selskabet kan hæve, men det vil ligeledes betyde, at OPP-selskabet vil kunne opnå en mere fordelagtig finansiering, da alle risici på forhånd kan afdækkes. Det er normalt ikke muligt for Bestiller at forudsige alle situationer, hvor ophævelse er relevant.

¹⁹ Kontraktens punkt. 12.9 og 12.10 for scenarium 1 og 3. Kontraktens punkt 12.6 og 12.7 for scenarium 2.

Hvis OPP-selskabet hæver Aftalen, er det reguleret i kontrakterne, hvilken compensation OPP-selskabet er berettiget til at modtage fra Bestiller. Compensationen er afhængig af, om ophævelsen sker i Bygge- og anlægsfasen eller i Driftsfasen, og af hvilken af de tre modeller der er valgt. Det er i Aftalen nærmere angivet, hvor der skal angives oplysninger omkring compensationens størrelse.

1.1.17 Tvister²⁰

Udover modellen for samarbejdet er det centralt at man forud for indgåelsen af en OPP-kontrakt, får fastslået, hvordan man vil løse de mulige tvister, der kan opstå af samarbejdet. Ved tvister skal forstås de problemstillinger, som ikke har kunnet løses igennem det eller de styringsorganer, man har valgt for samarbejdet. Det er dermed i disse situationer nødvendigt, at tvisten løses ved ekstern hjælp. Overordnet set findes to muligheder for ekstern hjælp til tvistløsning: domstolsbehandling eller voldgiftsbehandling. Dette kan suppleres med "mildere" former for ekstern tvistløsning, f.eks. mediation, mægling o. lign, der kan komme på tale forud for enten domstols- eller voldgiftsbehandling.

Uanset om man har valgt den en- eller to-ledede samarbejdsstruktur (se evt. afsnit 1.1.4), er det relevant at overveje, om der på styregruppeniveau skal deltage en opmand eller mediator, der kan komme med konkrete løsningsforslag, hvis parterne ikke umiddelbart kan nå til enighed. Dette vil alt andet lige øge omkostningerne til samarbejdet, men set i lyset af de relativt store omkostninger det medfører at løse tvister eksternt, kan det i nogen tilfælde være særdeles relevant at øge muligheden for, at parterne selv løser mulige konflikter. Løsningen med en opmand indgår i OPP-kontrakterne, men kan fravælges, hvis Bestiller vurderer, at det ikke er relevant eller økonomisk fornuftigt i den konkrete Aftale.

De to former for ekstern tvistløsning kan i nogen grad betragtes som hinandens modsætninger. Ved at vælge domstolsbehandling sikrer parterne, at tvisten bliver løst af kyndige jurister. Derudover medfører en domstolsbehandling som minimum én ankemulighed. Ved en voldgiftsbehandling vil parterne typisk udpege hver deres voldgiftsdommer. Dette medfører, at parterne kan sørge for, at de relevante kompetencer bliver repræsenteret i dommerpanelet; dette være sig juridiske, økonomiske eller tekniske færdigheder. En voldgiftssag bliver typisk afgjort hurtigere end en domstolsbehandling, og da der ingen ankemulighed findes, vil tvisten dermed være endeligt afsluttet hurtigere. Det er dog værd at bemærke, at kontrakterne indeholder bestemmelser, der sikrer, at parterne fortsat leverer de aftalte ydelser til hinanden, også selvom der skulle opstå en tvist, hvorfor det tidsmæssige perspektiv ikke er alt overskyggende.

En anden forskel mellem en domstolsbehandling og en voldgiftssag er det kendskab, den øvrige offentlighed får til selve tvisten og parternes Aftalen. Ved en domstolsbehandling

²⁰ Kontraktens punkt 16 for scenarium 1. Kontraktens punkt 15 for scenarium 2 og 3.

kommer alle forhold typisk frem i lyset, hvorimod en voldgiftsbehandling vil betyde, at parternes indbyrdes forhold, herunder tvisten, vil forblive mellem parterne.

Der er som udgangspunkt i OPP-kontrakterne valgt voldgift, men hvis Bestiller vurderer, at domstolsbehandling i en konkret Aftale vil være mere hensigtsmæssigt for Bestiller, kan Aftalen tilpasses dette.

1.2 Faste elementer i nogle OPP-kontrakter

1.2.1 *Trepartsaftalen*²¹

Trepartsaftalen er en helt central del af et OPP-samarbejde, hvor der skal ske privat finansiering over en længere periode. Dette er tilfældet i scenarium 1 og 2 i standardmodellen. Uden denne vil det være yderst vanskeligt at opnå finansiering fra private finansieringsinstitutter, da Trepartsaftalen regulerer Financierens mulighed for at indtræde i selve OPP-aftalen, hvis OPP-selskabet misligholder denne. Trepartsaftalen er dermed hele grundlaget for, at der kan skabes OPP-samarbejder med privat finansiering.

Trepartsaftalen er endvidere ét af de centrale dokumenter, som meget vel kan blive drøftet under udbudsprocessen, hvor de finansielle aktører ofte vil have hver deres egen mening om trepartsaftalens udformning.

Trepartsaftalen er en aftale mellem Bestiller, OPP-selskabet og den eller de virksomheder (banker, pensionskasser o. lign.), som har finansieret Aktivet for OPP-selskabet. Aftalen regulerer alle parternes forpligtelser og rettigheder over for hinanden.

OPP-selskabet giver Financieren pant i kravet på at modtage vederlag fra Bestiller. Dvs. Financieren kan kræve at modtage betalingerne direkte, hvis OPP-selskabet misligholder sine forpligtelser over for Financieren.

OPP-aftalen kan med undtagelse af bagatelagte forhold ikke ændres uden Financierens samtykke.

Bestiller kan ikke ophæve OPP-aftalen, uden Financieren har haft mulighed for at afværge ophævelsen ved at sikre, at den væsentlige misligholdelse ophører. Kun hvis Financieren ikke ønsker at udnytte denne ret, eller hvis den væsentlige misligholdelse fortsætter på trods af Financierens afværgelse, kan ophævelse ske.

Financieren er forpligtet til at give Bestiller besked, hvis låneaftalen misligholdes af OPP-selskabet.

²¹ Kontraktens bilag 5 for scenarium 1 og 2.

I tilfælde af at Bestiller giver varsel om at ville ophæve OPP-aftalen, kan Financieren forlange, at Aftalens udførelse midlertidigt overlades til en anden end OPP-selskabet (indtrædelse). Endvidere kan Financieren med Bestillers accept kræve, at Aftalen permanent overdrages til en anden end OPP-selskabet (overdragelse).

Financieren kan kun overdrage sine rettigheder og forpligtelser iht. Trepartsaftalen sammen med låneaftalen og kun med Bestillers samtykke.

Trepartsaftalen gælder i hele Aftalens løbetid i tilfælde af privat finansiering. I tilfælde hvor offentlig finansiering er valgt, gælder denne kun frem til Ibrugtagningstidspunktet, da Aktivet her overdrages til Bestiller.

1.2.2 Bindende forhåndssvar fra SKAT²²

Hvis man har valgt privat finansiering med mulighed for offentligt ejerskab ved udløbet af OPP-kontrakterne (scenarium 1), bør der i de fleste tilfælde på forhånd indhentes et bindende forhåndssvar fra SKAT for at sikre, at den skatte- og momsmæssige konstruktion kan godkendes. Dette gøres for at sikre OPP-selskabet ejerskab i løbetiden for Aftalen. Ved at sikre OPP-selskabets ejerskab af Aktivet sikrer man samtidig OPP-selskabets adgang til at foretage momsmæssige fradrag for udgifterne til Aktivet samt muligheden for at foretage skattemæssige afskrivninger på Aktivet.

Et væsentligt moment i SKATs vurdering er, hvordan den overtagelsessum, der er aftalt, er fastsat. Det kan dermed være relevant løbende at indhente forhåndssvar fra SKAT hvis ændringer, i enten Aktivet eller Driften heraf, medfører, at beregningen af den endelige overtagelsessum påvirkes.

Læs mere om bindende svar fra SKAT i standardmodellen under ”Skat og moms” (fase 2).

1.2.3 Salg/udleje af grund²³

Afhængig af hvordan OPP-projektet er skruet sammen, er der mulighed for, at der skal ske enten salg eller udleje af en grund fra Bestillers side. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor scenarium 1 er valgt, og Aktivet skal opføres på en grund, der er ejet af Bestiller. Dette medfører naturligt, at der skal tages stilling til, om Bestiller ønsker at sælge eller blot at udleje grunden til OPP-selskabet som en del af OPP-projektet.

Det vil ved udlejning af grunden i denne situation være relevant at give mulighed for forlængelse af lejeaftalen, da det ellers er svært at forestille sig tilbudsgivere, der ønsker at

²² Kontraktens punkt 13.1 samt bilag 10 for scenarium 1.

²³ Kontraktens punkt 1.5.3.c samt bilag 12 for scenarium 1.

opføre bygninger, de er tvunget til at rive ned efter Aftalens udløb. I de tilfælde, hvor det er nødvendigt enten at overdrage eller udleje en grund i forbindelse med indgåelsen af Aftalen, skal der udarbejdes en særskilt kontrakt vedrørende grunden (hvad enten der er tale salg eller leje). Denne vedlægges Aftalen som bilag og er dermed at betragte som værende en del af selve Aftalen.

1.2.4 Udnyttelse af købs-/salgsoption²⁴

I kontrakterne er reguleret, hvordan overdragelse skal foregå ved udløb af OPP-kontrakterne. Købs-/salgsoption findes kun i scenarium 1. Afsnittet regulerer gennemgang af Aktivets og udbedring af mangler.

I dette punkt af kontrakterne findes den endelige overtagelsessum ligeledes. Overtagelsessummen vil typisk være fastsat enten som en funktion af den til Aktivets opførelse relaterede tilbudssum (typisk en procentsats), eller som et fast beløb tilbudsgiverne byder ind med, som indgår som en del af evalueringen eller som en procentsats af de omkostninger, der jf. byggeregnskabet er medgået til opførelsen af Aktivet.

Ovenstående er de mest kendte måder at beregne en sådan overtagelsessum på. Overtagelsessummen er en vigtig del af SKATs afgørelse af, om ejerskabet af Aktivet tilfalder OPP-selskabet eller Bestiller. Det er derfor vigtigt, at den anvendte beregningsmetode er godkendt af SKAT ved bindende forhåndssvar (se evt. afsnit 1.2.2).

1.2.5 Udløb af Aftalen uden udnyttelse af købs-/salgsoption²⁵

I de tilfælde hvor Bestiller har en købsoption, og/eller OPP-selskabet har en salgsoption, og ingen af disse udnyttes, er det relevant at have reguleret de overordnede muligheder for et muligt fremtidigt samarbejde. Bestemmelsen medfører, at Bestiller skal give meddelelse til OPP-selskabet, om man ønsker at fortsætte brugen af Aktivet eller at fraflytte Aktivet.

I det tilfælde hvor Bestiller ønsker at fortsætte brugen, skal Parterne snarest indlede forhandling om fastsættelse af lejen for Aktivet. Udgangspunktet skal tages i den leje, som OPP-selskabet kunne oppebære, hvis Aktivet blev tilbudt til markedet. Såfremt parterne ikke kan blive enige, er der indsat regler for, at der skal udpeges en vurderingsmand. Det fremgår af kontrakterne, at det skal angives for hvor lang en periode, at den lejeaftale, som parterne indgår, skal være uopsigelig fra begge sider.

Hvis Bestiller ønsker at fraflytte Aktivet, og der er udført arbejde på Aktivet enten af OPP-selskabet eller tredjemand, hvor der er betalt kontant, er det i Aftalen reguleret, at OPP-selskabet overtager disse arbejder. OPP-selskabets vederlag til Bestiller fremgår af kontrak-

²⁴ Kontraktens punkt. 13 for scenarium 1.

²⁵ Kontraktens punkt. 14 for scenarium 1. Kontraktens punkt 13 for scenarium 2 og 3.

terne, og nutidsværdien af den kontante betaling er nedskrevet årligt med en i kontrakterne fastsat procentsats.

2. TIL-/FRAVALGSMULIGHEDER I DE TRE OPP-KONTRAKTER

2.1 Til-/fravalgsmuligheder i samtlige OPP-kontrakter

2.1.1 Opsigelse²⁶

Efter aftaleindgåelse er aftalerne uopsigelige i hele løbetiden, medmindre der foreligger grunde som anført under punktet om opsigelse eller en hæveberettigende misligholdelse af kontrakterne.

Det kan overvejes at indsætte en beløbsmæssig ansvarsbegrænsning i forhold til OPP-selskabets krav på erstatning, som følge af Bestillers opsigelse. En ansvarsbegrænsning vil betyde, at Bestiller ikke vil være forpligtet til at yde OPP-selskabet erstatning for det tab, som OPP-selskabet måtte lide udover ansvarsbegrænsning. Bestiller bør i den forbindelse overveje, om en eventuel ansvarsbegrænsning kan risikere og blive tilsidesat samt hvilke øvrige konsekvenser, det kan have at indsætte en ansvarsbegrænsning, herunder i forhold til eventuelt risikotillæg på prisen, det forhold at Bestiller er en offentlig myndighed mv.

Det kan overvejes i ganske særlige tilfælde at tilføje en bestemmelse i kontrakterne, der giver Bestiller en generel mulighed for at opsig kontrakterne med et nærmere angivet varsel. Dette kan være tilfældet i meget lange OPP-kontrakter, hvor Bestiller ønsker fleksibilitet og dermed altså muligheden for at komme ud af kontrakterne.

Ved indsættelse af en opsigelsesbestemmelse inddæmnes på forhånd de mulige økonomiske konsekvenser, såfremt Bestiller vil ud af kontrakterne før det ordinære udløb.

Som standardkontrakterne er formuleret nu, vil en førtidig opsigelse indebære krav om betaling af positiv opfyldelsesinteresse dvs. fuld skadesløsholdelse for OPP-selskabets mistede fortjeneste (dækningsbidrag) i hele den aftalte aftaleperiode. Det er således vigtigt at være opmærksom på, at der er væsentlige omkostninger forbundet med at hæve Aftalen.

Opsigelsesbestemmelsen kan f.eks. formuleres således:

"Bestiller kan med et varsel på 1 (et) år skriftligt opsig Aftalen.

Opsigelse kan tidligst ske [...] år efter Ibrugtagningstidspunktet.

²⁶ Kontraktens punkt 10 for alle tre scenarier.

Ved opsigelse skal OPP-selskabet kompenseres med et beløb svarende til dækningsbidraget for [...] års drift. Den samlede compensation kan dog ikke overstige kr. [...].

Bestiller er endvidere berettiget til at opsige Aftalen på et hvert tidspunkt, hvis der foreligger forhold, som angivet i punkt 10.2 og 10.3, eller der foreligger hæveberettigede misligholdelsesbeføjelser, jf. punkt 12.

OPP-selskabet er ikke berettiget til at opsige Aftalen."

Som det fremgår af forslaget til formuleringen af en opsigelsesbestemmelse, skal OPP-selskabet kompenseres ved opsigelse af samarbejdet, men compensationens størrelse er inddæmnet, således at Bestiller til enhver tid ved, hvad det koster at komme ud af Aftalen.

Hvis man ønsker at tilvælge en generel mulighed for opsigelse, er det tilrådeligt, at det under den tekniske dialog eller under den konkurrencepræget dialog tages op, hvad prisen for en mulig førtidig opsigelse er.

2.1.2 Persondata og sikkerhedsgodkendelse²⁷

I Aftalen er der indarbejdet eksempler på bestemmelser for persondataret og sikkerhedsgodkendelse, såfremt dette er relevant i det konkrete OPP-projekt.

Bestemmelsen om persondataret er relevant i de tilfælde, hvor OPP-projektet i Aftalens løbetid skal behandle personhenførbare oplysninger, idet OPP-selskabet i givet fald vil være underlagt en del regulering.

Bestemmelsen om sikkerhedsgodkendelse kan være relevant i de tilfælde, hvor OPP-selskabet forventes at få adgang til klassificerede informationer i forbindelse med udførelse af kontrakten.

Hvis bestemmelserne ikke er relevante for det konkrete OPP-projekt skal disse fjernes fra Aftalen.

2.2 Til-/fravalgsmuligheder i nogle OPP-kontrakter

2.2.1 Refinansiering²⁸

Bestemmelsen er kun relevant, hvor der er valgt privat finansiering. Refinansiering er ikke en del af kontrakten men kan tilvælges i projekter, hvor den vurderes relevant.

²⁷ Kontraktens punkt 8 for alle tre scenarier.

²⁸ Der findes ikke en egentlig bestemmelse i kontrakten dette relaterer sig til. Det vil dog være nærliggende, at en refinansieringsbestemmelse, hvis denne vælges til, tilføjes kontraktens punkt 7 for alle tre scenarier.

Det er værd at bemærke, at en refinansieringsbestemmelse ikke er en betingelse for, at OPP-selskabet kan foretage refinansiering af projektet. Bestemmelsen sikrer således alene Bestiller, at OPP-selskabet søger at optimere finansiering, og at Bestiller i forbindelse med en refinansiering af projekter opnår en del af gevinsten ved refinansieringen.

I visse projekter kan det være hensigtsmæssigt med en refinansieringsbestemmelse. Det gør sig særligt gældende for store OPP-projekter. Ved at tilføje en refinansieringsbestemmelse sikrer Bestiller dermed, at Bestiller løbende får en andel i en mulig finansieringsgevinst, såfremt OPP-selskabet opnår en sådan.

Hvis refinansiering ønskes medtaget, kan bestemmelsen f.eks. formuleres således:

"Refinansiering

De finansieringsvilkår, der ligger til grund for Basisbetalingen, fremgår af tilbudsmodellen, jf. punkt [...]

OPP-selskabet er forpligtet til stedse at søge at optimere de finansieringsmæssige forudsætninger.

Ved OPP-selskabets refinansiering i forhold til punkt [...] deles den refinansieringsgevinst, der herved opnås, mellem Bestiller og OPP-selskabet med [...] % til Bestiller og [...] % til OPP-selskabet.

Beregning af gevinst af refinansiering

Gevinsten af refinansiering beregnes ved at sammenligne residualafkastet indtil Ophørsdagen før og efter refinansieringen. Ved residualafkastet forstås afkast til egenkapital, ansvarlig lånekapital og andet egenkapital lignende indskud. Ændringer i residualafkastet tilbagediskonteres til tidspunktet for refinansiering. Den tilbagediskonterede værdi af ændringerne udgør den beregnede refinansieringsgevinst.

Ændringerne skal tilbagediskonteres med det oprindeligt forventede egenkapitalafkast i Tilbudsmodellen, jf. punkt [...] på tidspunktet for Aftalens indgåelse.

Fra den beregnede refinansieringsgevinst fratrækkes OPP-selskabets rimelige transaktionsomkostninger i forbindelse med refinansieringen.

Bestillers andel af den opnåede gevinst ved refinansieringen, jf. punkt [...], fradrages i den løbende Basisbetaling, således at gevinsten fradrages ligeligt i den fremtidige Basisbetaling indtil Ophørsdagen."

.....

Det er ikke umiddelbart hensigtsmæssigt at indsætte mere eksakte forpligtelser for OPP-selskabet til løbende refinansiering. Det må formodes, at OPP-selskabet er nærmest til at håndtere refinansiering, og at OPP-selskabet i givet fald vil være motiveret af det incitament, der ligger i, at refinansieringsgevinsten deles mellem parterne.

Hvis Financieren er en del af OPP-selskabet, vil der ikke være samme incitament til at søge at optimere finansieringen, da Financieren dermed går glip af indtjening på finansieringsydelsen. Dermed vil det i disse tilfælde være relevant at fastlægge konkrete handlinger, som OPP-selskabet skal foretage for at søge at optimere de finansieringsmæssige forhold.

Man må have for øje, at refinansiering kan være forbundet med ændring af den finansielle risiko f.eks. kursrisiko på låneoptagelse etc.

Det bør endvidere nøje overvejes, om en refinansieringsklausul kan indsættes, uden at det påvirker den samlede pris til skade for Bestiller.