

STØRRE SORTERINGSANLÆG – JURIDISKE MULIGHEDER

Line Markert og Andreas Christensen

25. marts 2015

AGENDA

- JURAPROJEKTET
- OPP-PROJEKTER – LANGE KONTRAKTER
- UDBUDSREGLERNE

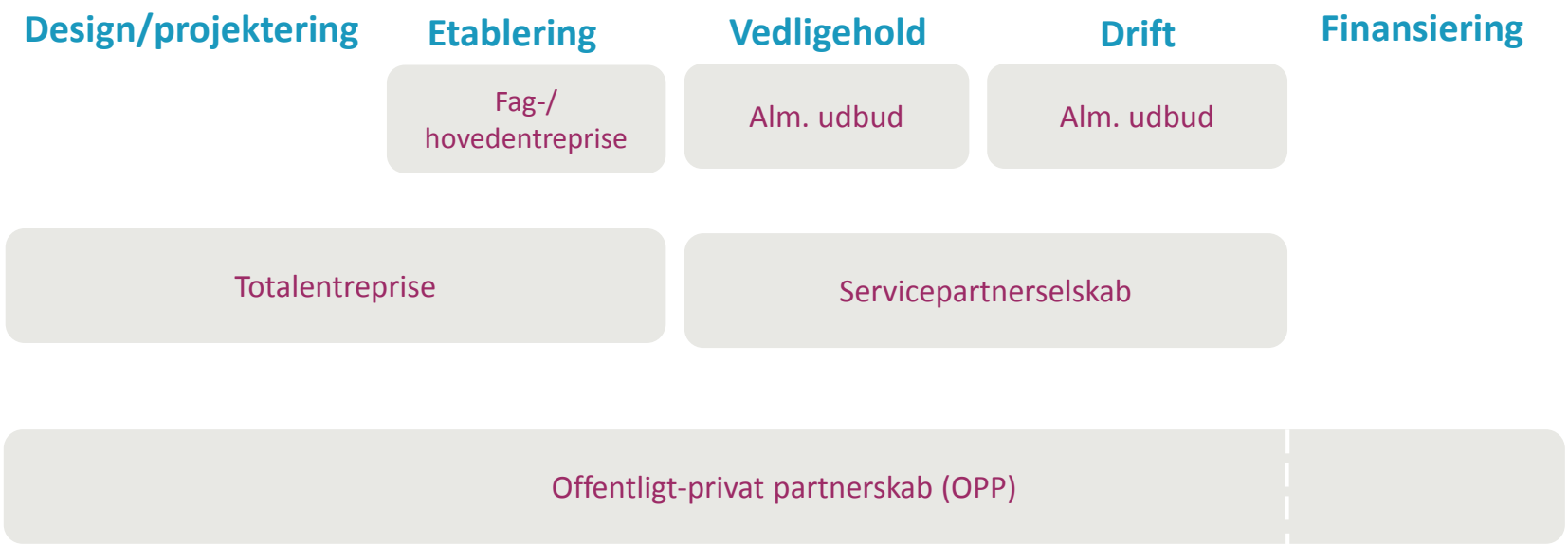
JURAPROJEKTET

JURAPROJEKTET

	Erhvervs-affald	Leveringssikkerhed	Kommunal med-finansiering	Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald	Anlæggets mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald	Mulighed for konkurrence-præget dialog	Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte
Offentligt ejet	Nej	Ja	100 %	Ja	Ja	Ikke relevant	Ja
OPS	Nej	Ja	100 %	Nej	Ja	Nej	Ja
OP A/S	Ja (fuld adgang)	Ja (kommunalt affald fra ejerkommune)	Måske	Nej	Nej	Måske	Ja
OPP	Ja (fuld adgang)	Ja (kommunalt fra udbudskommuner)	Nej	Nej	Nej	Ja	Ja
Private anlæg	Fuld adgang	Nej	Nej	Nej	Nej	Nej	Ja

OPP-PROBLEMATIKKER

OPP-MODELLEN



OPP| UDFORDRINGERNE?

- Kravsspecifikation: Funktionskrav.
- Risikofordeling.
- Kontraktens længde.
- Markedstjek og genudbud.
- Betalingsmekanismer.
- Incitamentsstrukturer.
- Exitmodel.



FUNKTIONSKRAV

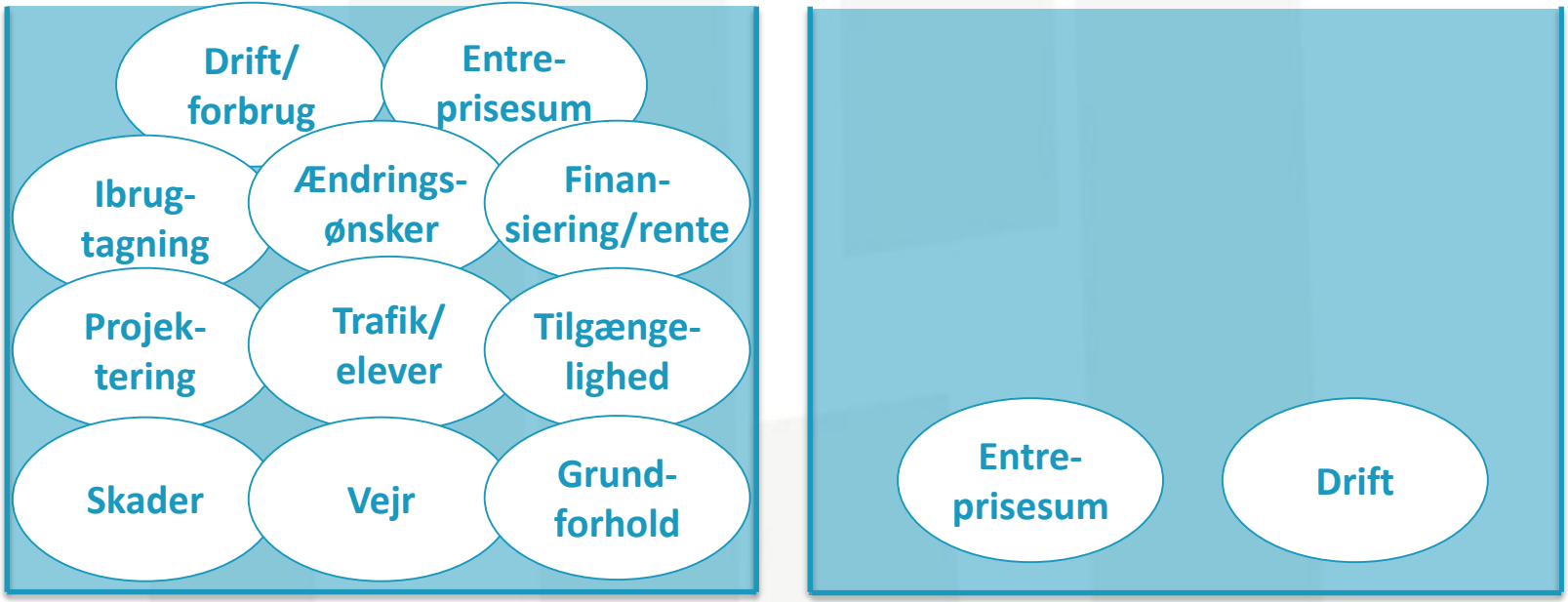
Bestiller skal beskrive effekten af den leverede ydelse, ikke redskaberne

- Kommunen(/-erne) definerer kommunernes funktionskrav til anlæg.
- OPP-leverandøren fastlægger metoder og arbejdsgange, som skal nå frem til de ønskede leverancer, resultater og effekter.
- OPP-leverandøren opnår frihed til at udvikle opgaveløsningen løbende og skabe plads til løbende optimering af totaløkonomiske, innovative løsninger.
- Jo flere krav der stilles, jo mere koster det som regel.
  - Afspejl de reelle behov og den mulige økonomiske ramme og udform den ikke som en ønskeliste.

UD ARTIKEL 23:

"[FUNKTIONELLE KRAV] SKAL IMIDLERTID VÆRE SÅ PRÆCISE, AT TILBUDSGIVERNE KAN IDENTIFICERE KONTRAKTENS GENSTAND OG DE ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER TILDELE KONTRAKTEN"

RISIKOFORDELING – TRADITIONELLE PROJEKTER



DEN OFFENTLIGE BESTILLER

PRIVATE AKTØRER

RISIKOFORDELING | OPP-PROJEKTER (EKSEMPEL)



DEN OFFENTLIGE BESTILLER



PRIVATE AKTØRER

KONTRAKTENS LÆNGDE

- Offentlige kontrakter om løbende ydelser bør normalt ikke have en varighed på mere end 3-5 år.
- Konkrete forhold kan retfærdiggøre langvarige kontrakter:
  - Hvis det er nødvendigt at afskrive materiel inden for kontraktens løbetid.
  - Hvis en længere kontrakt giver mulighed for effektiviseringsgevinster.

→ OPP-kontrakter kan indgås for en periode på op til 25 år uden at være genstand for genudbud.

OPP: KONTRAKTENS LANGE LØBETID ER CENTRAL FOR OPP-LEVERANDØRENS INCITAMENT TIL INVESTERINGER OG TOTALØKONOMISK TANKEGANG.

KONTRAKTENS LÆNGDE | MARKEDSTJEK OG GENUDBUD

Markedstjek

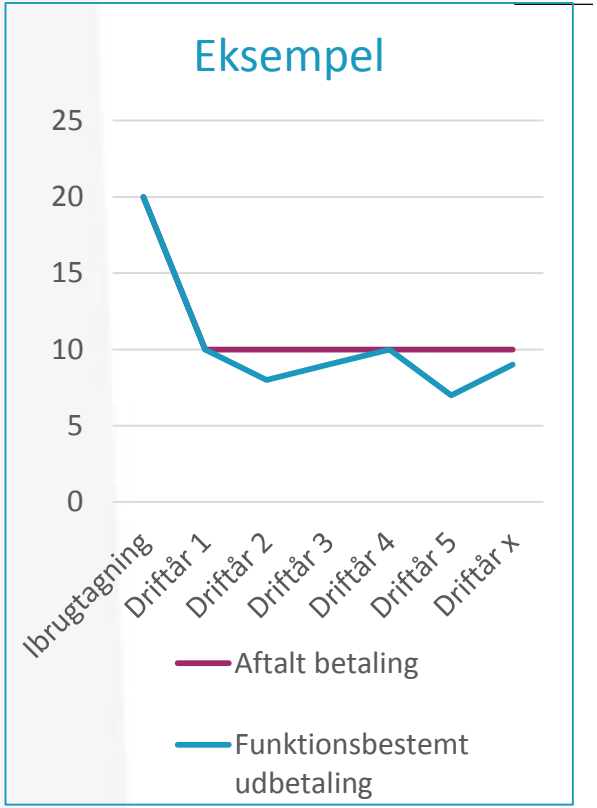
- Løbende markedstjek er en måde at sikre, at driftsydelserne fortsætter med at være sat til en markedsmæssig konkurrencedygtig pris lang tid efter kontraktindgåelsen.
- Fx : Bestiller kan kræve, at den pågældende ydelse genudbydes eller pristestes, hvis den offentlige myndighed kan påvise, at markedsprisen for en serviceydelse er væsentligt lavere end underleverandørens pris.

Genudbud

- Væsentlige ændringer i bestående kontrakter kan indebære, at kontrakten skal genudbydes.
  - Fx ændringer i ydelse, pris, risikofordeling eller udskiftning af kontraktpart.

BETALINGSMEKANISME

- OPP-leverandøren bærer som udgangspunkt den økonomiske risiko for projektet i projektets levetid (15-25 år).
  - Stærkt incitament til at tænke totaløkonomisk og innovativt i både anlægs- og driftsfasen.
- Incitament gennem betalingsmekanismen:
  - Opfyldelse af funktionskravene er en betingelse for fuld betaling af den løbende driftsydelse (betalingsmekaniske og funktionskrav er knyttet sammen).
  - Parterne har på forhånd afgjort, hvad manglende opfyldelse af bestemte krav koster.
- Incitament gennem risikofordeling (se ovenfor).



EXITMODEL

- Skal myndigheden købe byggeriet?
  - Fx ret og pligt for kommunen til at købe gennem en option i kontrakten.
  - Anlæggets karakter er af afgørende betydning for exitmodellen, herunder fx likviditeten i anlægget.
  - Exitmodellen er afgørende for modellens skattemæssige konsekvenser for parterne.
- Skal der indgås en ny lejeaftale?
- Skal der opføres et nyt OPP-byggeri?



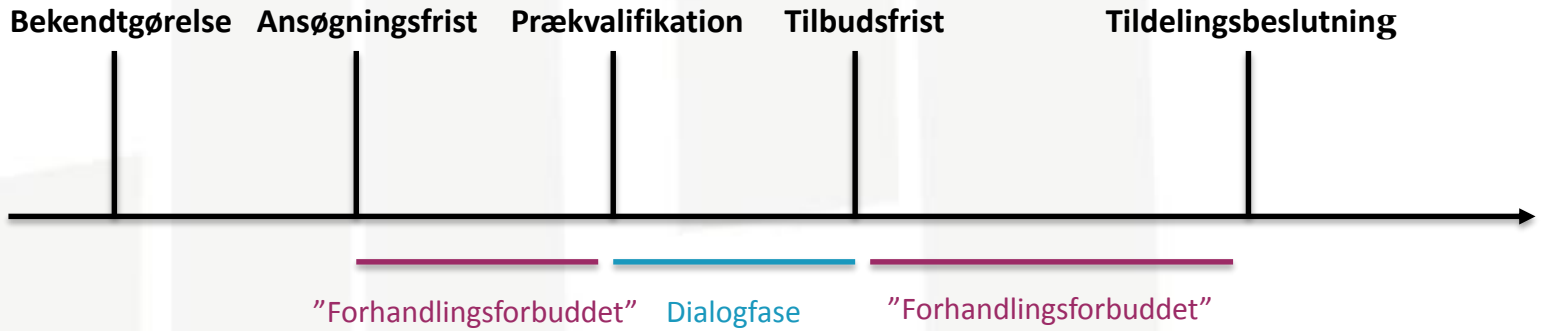
UDBUDSREGLERNE

UDBUDSFORMER

Relevante udbudsformer for OPP

- Konkurrencepræget dialog.
- Begrænset udbud.
- Koncession.

KONKURRENCEPRÆGET DIALOG (ART. 29)



KONKURRENCEPRÆGET DIALOG (ART. 29)

Den mest anvendte form i udlandet

- I Danmark har man bl.a. brugt konkurrencepræget dialog ved udbuddet af Rigsarkivet, de fire byretter samt Odense Musikhus.
- Udbudsformen tillader fleksibilitet til partnering tidligt i udbudsprocessen med økonomiske aktører.

Mest brugt til OPP-projekter

- MEN: Betingelser for konkurrencepræget dialog:
  - Særlig kompleks ydelse:
    - Er ikke i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål, og/eller
    - Er ikke i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt.
- Strenge krav til brug af konkurrencepræget dialog.

KONKURRENCEPRÆGET DIALOG (ART. 29)

Fleksibel udbudsprocedure med mulighed for dialog mellem ordregiver og tilbudsgivere

- Dialogfase:
  - Den ordregivende myndighed kan drøfte alle aspekter af kontrakten med en udvalgt kreds af ansøgere.
  - Der afgives tilbud på grundlag af resultatet af dialogen.

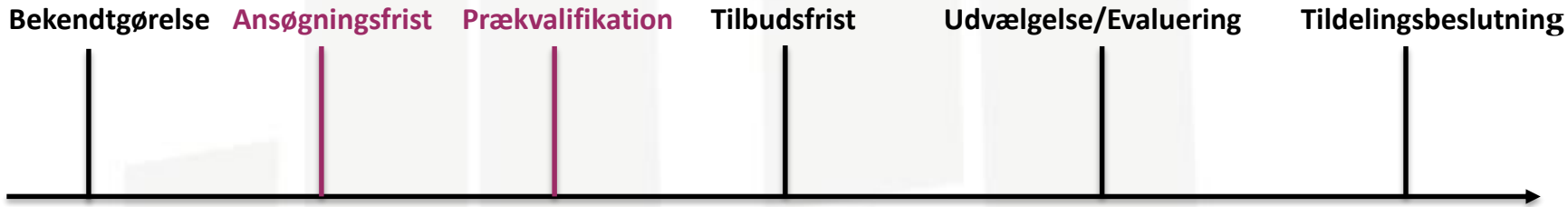
- Tilbudsfasen:
  - Den enkelte tilbudsgivers forslag danner grundlag for tilbud.
  - Er der kun valgt én løsning fra dialogfasen, kan denne danne grundlag for tilbudsafgivelse.
  - Herefter er der mulighed for alene at invitere en tilbudsgiver til at afgive tilbud.
    - Ulempe: Mangel på konkurrence.
  - Hvis flere tilbudsgivere har dele af en løsning, som kombineret giver den ideelle, kan ordregiver ”cherry picke”?

KONKURRENCEPRÆGET DIALOG (ART. 29)

Cherry-picking (Udbudsdirektivet artikel 29, stk. 3)

- Det enkelte tilbud og den indeholdte løsningsmodel er fortrolige og må ikke deles med andre tilbudsgivere.
- Tilbudsgiver kan dog give tilladelse til, at løsningsmodellen deles med andre tilbudsgivere.
- Kan myndigheden anvende sin opnåede viden i dialogen med andre tilbudsgivere?
  - Hvis tilbudsgivere ikke har frafaldet krav på fortrolighed – nej!
  - I praksis umuligt at påvise, at myndigheden har gjort dette.
- Kan myndigheden stille som krav for deltagelse i proceduren, at tilbudsgiverne frafalder deres krav på fortrolighed?

BEGRÆNSET UDBUD



BEGRÆNSET UDBUD

- Udbudsbekendtgørelsen skal fastsætte, hvor mange ansøgere som vil blive udvalgt – dette kan godt være en ramme som f.eks. 5-8 ansøgere.
- Mindst fem ansøgere skal opfordres til at afgive tilbud. Hvis der er færre kvalificerede ansøgere end fem, kan der gås videre med de tilbageværende ansøgere.

Dialogfase

- Der findes ikke en dialogfase, hvorfor dette stiller større krav til ordregivers angivelse af funktionskrav i bekendtgørelsen.
- Til gengæld har denne udbudsform ikke et smalt anvendelsesområde.

Dialog inden udbuddet

- Der er som udgangspunkt bred adgang til dialog mellem ordregiver og virksomheder inden udbuddet.
- MEN: Dialogen må ikke give en eller flere tilbudsgivere en konkurrencefordel, som ikke kan udlignes.

BEGRÆNSET UDBUD

Håndtering af konkurrencefordele

- Den ordregivende myndighed kan og skal udelukke en ordregiver, som besidder en konkurrencefordel, **såfremt konkurrencefordelen ikke kan udlignes**.

EKSEMPEL:

Alt materiale fra en forundersøgelse/rådgivning stilles til rådighed for alle tilbudsgivere, således at rådgiveren ikke har et videns-forspring.

Der fastsættes en længere tilbudsfrist end sædvanligt, således at rådgiveren ikke har et tidsmæssigt forspring ved udarbejdelsen af sit tilbud (Særligt relevant ved komplicerede udbud).

KONCESSION

- Koncessioner er som udgangspunkt ikke reguleret af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.
- Større fleksibilitet og færre formelle krav at overholde.
- Mulighed for dialog med potentielle samarbejdspartnere.
- Ingen pligt til at genudbyde tjenesteydelser modsat en OPP-kontrakt, som følger udbudsdirektivets udbudsprocedure.

KONCESSION

Betingelser for indgåelse af koncessionskontrakt:

- Vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, består enten udelukkende i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris.
  - Leverandøren bærer risikoen for opførelse og drift af anlægget.
  - Leverandøren bærer også risikoen for, at der kommer tilstrækkelige indtægter.
  - Herudover formodentlig krav til, at leverandøren aktivt må markedsføre sine ydelser for at få betalende kunder.
- Kontraktens tærskelværdi skal være over 36 mio. kr.
- Bekendtgørelse om kontrakten skal offentliggøres på TED-databasen:
  - Udvælgelseskriterier og tildelingskriterier skal fremgå.
- Altid overholdelse af EU-principperne om ligebehandling, gennemsigtighed, ikke-diskrimination etc.

PROFIL | LINE MARKERT

Line Markert rådgiver myndigheder, virksomheder og institutioner i den offentlige og halvoffentlige sektor om generelle offentlig- og kommunalretlige emner, kommunale selskaber og spørgsmål knyttet til energi- og forsyningsret. Særligt rådgiver hun offentlige myndigheder og offentligt ejede institutioner og virksomheder om offentligretlige emner og spørgsmål knyttet til grænsefladerne mellem offentlig opgavevaretagelse og kommercielle aktiviteter. Line Markert rådgiver endvidere offentlige og private om spørgsmål knyttet til offentlig private samarbejder (OPS, OPP, samlet udbud mv.) - både i forbindelse med de indledende overvejelser om valg af udbuds- og kontraktmodel og gennemførelsen af projektet.



Line Markert

Partner, Attorney

Dir: +4533344251
Mob: +4552344251
E-mail: lma@horten.dk

Karriere
Partner, Horten, 2014
Juniorpartner, Horten, 2011
Møderet for landsret, 2008
Udstationering, DLA Piper, London, Project & Finance, foråret 2006
Advokatbeskikkelse, 2006
Advokatfuldmægtig, Horten, 2003
Praktikant, Den Danske EU kommission under formandskabet for EU, 2002

Uddannelse
Cand.jur., Aarhus Universitet, 2003

Specialer
Energiret & forsyningsret
Offentlig ret
Offentlige private samarbejder

PROFIL | ANDREAS CHRISTENSEN

Andreas Christensen er specialiseret i konkurrenceret, EU-ret samt udbudsret og statsstøtte. Han har blandt andet beskæftiget sig med disse emner som ansat i Justitsministeriets lovafdeling og efterfølgende intensivt som advokat. Andreas Christensen har betydelig erfaring som rådgiver for private samt hel- og halvoffentlige virksomheder og har ført en lang række rets- og voldgiftssager inden for sine specialer.



Andreas Christensen

Partner

Dir: +4533344226
Mob: +4552344226
E-mail: ac@horten.dk

Karriere
Certificeret som projektleder (PRINCE2 Practitioner), 2012
Møderet for Højesteret, 2011
Partner, Horten, 2005
Møderet for landsret, 2005
Advokatbeskikkelse, 2002
Advokatfuldmægtig og advokat, Bech-Bruun Dragsted, 2001-2005
Justitsministeriet, 1998-2000

Uddannelse
Cand.jur., Københavns Universitet 1998

Specialer
Konkurrenceret
Udbudsret
Statsstøtte
Offentlige private samarbejder
EU-ret & menneskerettigheder
Erhvervsstrafferet
Retssager