

Vejledning til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardkontrakter for OPP-projekter

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 kontraktens udløb.
 - OPP-selskabet eller dennes financier stiller den nødvendige kapital for opførelsen af Aktivets til rådighed, og Bestiller betaler for Aktivets drift og vedligeholdelse af dette over aftalens løbetid. Ved Aftalens udløb har Bestiller option for køb af aktivet 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 kontraktens udløb.
 - OPP-selskabet eller dennes financier stiller den nødvendige kapital for opførelsen af Aktivets til rådighed, og Bestiller betaler for tilrådighedsstillelsen af aktivet i aftalens løbetid, hvorefter Aktivets i princippet stilles til rådighed for OPP-selskabet. Ved udløb af aftalen veksles denne til en erhvervsleje kontrakt på sædvanlige markedsvilkår i en nærmere i kontrakten fastsat årrække, 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 der som udgangspunkt bør foretages særlige tilpasninger. Dette er de nødvendige tilpasninger, der altid skal foretages når en af standardkontrakterne anvendes. 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, da dette kan betyde, at Bestiller betaler urimeligt meget for, at OPP-selskabet påtager sig disse risici.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	FASTE ELEMENTER I DE TRE OPP-KONTRAKTER	4
1.1	Faste elementer i samtlige OPP-kontrakter	4
1.1.1	Funktionsbaserede krav til Aktivet og Driften.....	4
1.1.2	Arbejdstagerrettigheder og CSR	4
1.1.3	Fortrolighed og information.....	5
1.1.4	Samarbejdsmodel.....	5
1.1.5	Ændringer	6
1.1.6	Prøver	7
1.1.7	Ibrugtagning.....	8
1.1.8	Driftsfasens længde	8
1.1.9	Mangler	8
1.1.10	Genudbud	10
1.1.11	Betaling.....	10
1.1.12	Sikkerhedsstillelse	13
1.1.13	Forsikringer	14
1.1.14	Risiko.....	14
1.1.15	Hæveadgang samt det økonomiske opgør i forbindelse hermed.....	15
1.1.16	Tvister.....	17
1.2	Faste elementer i nogle OPP-kontrakter	18
1.2.1	Trepartsaftalen	18
1.2.2	Bindende forhåndssvar fra SKAT.....	19
1.2.3	Salg/udleje af grund.....	19
1.2.4	Udnyttelse af købs-/salgsoption.....	20
1.2.5	Udløb af aftalen uden udnyttelse af købs-/salgsoption	20
2.	TIL-/FRAVALGSMULIGHEDER I DE TRE OPP-KONTRAKTER	21
2.1	Til-/fravalgsmuligheder i samtlige OPP-kontrakter.....	21
2.1.1	Opsigelse	21
2.2	Til-/fravalgsmuligheder i nogle OPP-kontrakter	22
2.2.1	Refinansiering.....	22

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 anført. 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 beton kontorbygning med 100 kontorer og 20 mødelokaler. Ved at fokusere på funktionaliteten gives der mulighed for tilbudsgiverne til 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 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 Arbejdstagerrettigheder og CSR²

Arbejdstagerrettigheder og CSR er reguleret i et standardbilag til OPP-kontrakterne. Dette bilag regulerer under hvilke overordnede krav OPP-selskabet skal levere sin ydelse. Dette betyder, at OPP-selskabet skal overholde de internationalt vedtagne konventioner for: menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og anti-korruption. Det er derudover muligt for Bestiller at definere yderligere krav om samfundsansvar. Dette kunne f.eks. være en social klausul, der medfører, at OPP-selskabet skal sørge for at have et passende antal lærlinge.

¹ Kontraktens bilag 1 for alle tre scenarier.

² Kontraktens bilag 7 for alle tre scenarier.

1.1.3 Fortrolighed og information³

Fortrolighed og information er reguleret i et bilag til kontrakterne, 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, 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 OPP-kontrakterne fortrolighedsaftalen er bindende for parterne.

Den offentlige 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. Gruppen kan vælge at sende større beslutninger til styregruppen, og ligeledes vil problemstillinger, der ikke her kan skabes enighed omkring i følgegruppen blive sendt videre til styregruppen.

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 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 klare.

³ Kontraktens bilag 8 for alle tre scenarier.

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

I bilaget om samarbejdsmodel er det muligt at vælge, hvorvidt der kun skal være en styregruppe, eller om der både skal være styregruppe og følgegruppe. Antallet af medlemmer i styregruppen skal fastlægges for begge parter i bilaget.

1.1.5 Ændringer⁵

Bestiller har mulighed for at kræve foretaget ændringer, 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 Aktivet. 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 Aktivet 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 udføre ved tredjemand. Bestiller skal være særligt opmærksom på, hvilken betydning det får for samarbejdet, hvis Bestiller selv eller ved tredjemand udfører ændringsarbejde på aktivet.

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

Eventuelle ændringer vil samtidigt 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, Bestiller kan foretage uden at skulle kompensere OPP-selskabet. Begrænsningen er udtrykt som en procentsats, 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 medfører nedsat betaling.

Udover begrænsningen på hvor store ændringer må være i driftsfasen, gælder en række begrænsninger i forhold til anlægssummen på Aktivet. 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.

⁵ Kontraktens pkt. 3 samt 7.1.1. for alle tre scenarier

Ved ændringer i Aktivet, der er betalt kontant, kan det være relevant at justere den sikkerhed, der skal stilles for Aktivet. Det skal dermed nærmere angives, hvornår en ændring er så stor, at det kræver 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, som kan siges at træde i stedet for en sædvanlig AB92-garanti fra entreprenøren. 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 vil i givet fald medføre behov for en større sikkerhedsstillelse.

Det følger af sagens natur, at noget der er betalt kontant tilhører betaler (i dette tilfælde Bestiller). At Bestiller ved kontantbetalte ændringsarbejder ejer ændringsarbejdet betyder dog ikke, at OPP-selskabets ansvar og pligter ændres. Det er stadig 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 kontrakternes punkt 7.1.1. regler om, hvordan eventuelle ændringer i Aktivet eller Driften af Aktivet skal prissættes.

1.1.6 Prøver⁶

Kontrakterne indeholder mulighed for, at Bestiller kan kræve at overvære, eventuelt ved en repræsentant, forskellige prøver, der skal påvise egnetheden, både ved den grund Aktivet skal opføres på, ved OPP-selskabet eller en af dette valgt underleverandør. Bestemmelsen skal ses som en mulighed.

Det er ikke en nødvendighed, at bestemmelsen skal indgå i kontrakterne. Med det økonomiske perspektiv for øje vil det alt andet lige gøre buddene dyrere at medtage bestemmelsen om prøver. Det kan dog 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

⁶ Kontraktens pkt. 4.2 for alle tre scenarier.

krav, der måtte stilles. Der kan dermed ikke indfortolkes en ret til at kræve yderligere prøver, blot fordi bestemmelsen er en del af kontrakterne.

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

1.1.7 Ibrugtagning⁷

I udgangspunkt er det Bestiller, der i den udbudte tidsplan har angivet, på hvilken dato der ønskes ibrugtagning af Aktivet. Derudover er der mulighed for, at der kan tilføjes en bestemmelse om, at Aktivet 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 at aktivere en tidligere ibrugtagningsdato til at fungere som en slags incitament for hurtigst mulig gennemførelse af bygge- og anlægsarbejdet.

1.1.8 Driftsfasens længde⁸

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 snakker OPP-kontrakter. Større anlægsprojekter kan dog kræve 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 OPP-kontrakterne 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.

1.1.9 Mangler⁹

Manglerne i driftsfasen kan opdeles i manglende rådighed over Aktivet og i egentlige mangler ved det leverede aktiv.

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 mangler ved Aktivet.

⁷ Kontraktens pkt. 4.3 for alle tre scenarier.

⁸ Kontraktens pkt. 5.1 for alle tre scenarier.

⁹ Kontraktens pkt. 5.2 og 5.3 for alle tre scenarier.

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 kontrakten 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.

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

For mangler 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). Det er vigtigt at have for øje, at begrænsningen ikke betyder, at Bestillers krav udover denne falder bort. Dette vil blot blive fradraget i den næste Driftsbetalingen, 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 inde fradraget for mangler er udført.

I selve kontrakterne skal det angives, hvor stor en procentdel af betalingen som Bestiller maksimalt kan fradrage. Procentsatsen skal fastsættes forud for udbuddet, da udkast 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 finansieren, som ud fra den fastsatte grænse kan kalkulere en "worst-case". Dermed indkapsles Financierens yderste risiko. I praksis vil manglerne efter ibrugtagning ikke sandsynligt 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 finansielle bagland ved at fastsætte en øvre grænse for størrelsen af fradragene i Driftsbetalingen 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 en teknisk vurdering, hvor snittet skal lægges, idet det dog 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

Driftsbetalingen, der relaterer sig til selve aktivet, f.eks. 20 % af denne del af Driftsbetalingen. Det er dog vigtigt at have i erindring, at fradraget er et samlet fradrag i Driftsbetalingen, og ovenstående skal dermed ses som en tommelfingerregel til, hvordan man kan lægge snittet for begrænsningens 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.

1.1.10 Genudbud¹⁰

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).

1.1.11 Betaling¹¹

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 1.1.11.5, 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:

1.1.11.1 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 dog ske regulering, hvis der foretages ændringer i

¹⁰ Kontraktens pkt. 6.2, 6.3 og 6.4 for scenarie 1 og 2. Kontraktens pkt. 6.1, 6.2 og 6.3 for scenarie 3.

¹¹ Kontraktens pkt. 7.2 og 7.3 for alle tre scenarier.

Aktivet. Udgangspunktet er nemlig, at OPP-projektet finansieres ved et langfristet fastforrentet lån.

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 er 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.

1.1.11.2 Vedligeholdelsesbetaling

Vedligeholdelsesbetalingen knytter sig til det løbende vedligehold af Aktivets, jf. bilag 1, der angiver hvilke krav der stilles til vedligeholdet, 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 kontrakterne, og Bestiller skal dermed specificere dette.

1.1.11.3 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, anlægsgartnerydelser på områderne omkring Aktivets, receptionsbemanding osv.

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

I nogen 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 hvorledes 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.

1.1.11.4 Energibetaling¹²

Det er ikke i alle OPP-kontrakter 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 energifor-

¹² Kontraktens pkt 1.6 for alle tre scenarier. Kontraktens pkt. 7.2.2 for scenarier 1 og 2. Kontraktens pkt. 7.2.3 for scenarie 3.

.....

bruget. Dette gør sig navnlig 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 fjernes fra OPP-kontrakterne. 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 Aktivet billigst muligt ud fra andre parametre.

Udgangspunktet vil derfor 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 konkurrerer på den samlet set laveste pris på Aktivet, herunder omkostninger til energiforbruget.

OPP-selskabet bærer risikoen for merforbrug, men samtidigt også gevinsten for et mindre forbrug, dog indtil en vis grænse der er defineret i OPP-kontrakterne. 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 udsædvanligt strenge eller milde vintre, og i den forbindelse skal det i kontrakterne angives, både hvor stor en procentvis afvigelse fra norm graddageantallet der skal til, samt hvilken dato der årligt skal foretages denne opgørelse.

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 1).

.....

1.1.11.5 Alternativ betalingsmodel

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 kontraktperioden.

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 prisændringen 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.

1.1.12 Sikkerhedsstillelse¹³

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 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 kontrakterne.

¹³ Kontraktens pkt. 7.4 og 7.5 for alle tre scenarier.

I driftsfasen er egentlig garantistillelse i princippet alene relevant for scenarie 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 kontrakterne.

For scenarie 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 scenarie 3 er der i princippet to muligheder for sikkerhedsstillelse, nemlig enten at OPP-selskabet stiller en finansiell 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.

1.1.13 Forsikringer¹⁴

I kontrakterne skal de forsikringer det kræves at OPP-selskabet tegner oplystes. 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 midler, der sætter OPP-selskabet i stand til at genopføre Aktivets.

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 ører beløb for den forventede udbetalte forsikringssum.

1.1.14 Risiko¹⁵

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

¹⁴ Kontraktens pkt. 7.6 for scenarie 1 og 3. Kontraktens pkt. 7.5 for scenarie 2.

¹⁵ Kontraktens pkt. 10.1 for alle tre scenarier.

at der er indføjet en liste med forhold Bestiller bærer risikoen for. På denne liste fremgår en række standard forhold, 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 dog 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).

1.1.15 Hæveadgang samt det økonomiske opgør i forbindelse hermed¹⁶

Det skal i kontrakterne 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 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 dermed er 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 parters ophævelse af kontrakterne. Disse gennemgås nærmere nedenfor.

1.1.15.1 Bestillers hæveadgang¹⁷

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

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

¹⁶ Kontraktens pkt. 11 for alle tre scenarier.

¹⁷ Kontraktens pkt. 11.3 - 11.8 for scenarie 1 og 3. Kontraktens pkt. 11.3 - 11.5 for scenarie 2.

de i kontrakterne krævede forsikringer. Derudover skal det specificeres, hvornår en forsinkelse af ibrugtagning er anset som en væsentlig misligholdelse af kontrakterne. Det skal 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, samt hvor mange gange Bestiller har været berettiget til at benytte sin indtrædelsesadgang, før kontrakterne kan hæves.

Udgangspunktet når Bestiller hæver aftaler er, at der skal ske genudbud af den resterende del af Aftalen. Dette forudsætter dog, at der eksisterer et marked. Hvis dette ikke er tilfældet kan Bestiller vælge om denne ønsker at overtage Aktivet eller at fraflytte Aktivet. Bestiller skal i denne situation senest meddele OPP-selskabet dette efter et i kontrakterne 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 Aktivet eller fraflytte dette skal OPP-selskabet betale en compensation for sin misligholdelse af kontrakterne. 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.

1.1.15.2 OPP-selskabets hæveadgang.¹⁸

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 kontrakterne. 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 samtidigt ikke kan få en passende compensation herfor, har ret til at hæve aftalen.

Hvis OPP-selskabet hæver Aftalen, er det reguleret i kontrakterne, hvilken compensation OPP-selskabet er berettiget til at modtage fra Bestiller. Kompensationen er afhængig af, om ophævelsen sker i bygge- og anlægsfasen eller i driftsfasen, og af hvilken af de tre modeller,

¹⁸ Kontraktens pkt. 11.9 og 11.10 for scenarie 1 og 3. Kontraktens pkt. 11.6 og 11.7 for scenarie 2.

der er valgt. Det er i kontrakterne nærmere angivet, hvor der skal angives oplysninger omkring kompensationens størrelse.

1.1.16 Tvister¹⁹

Udover modellen for samarbejdet er det centralt at få fastslået, forud for indgåelsen af en OPP-kontrakt, 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-lede samarbejdsstruktur (se evt. afsnit 1.1.4), er det relevant at overveje, om der på styregruppe niveau 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 kontrakt.

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

¹⁹ Kontraktens pkt. 15 for scenarie 1. Kontraktens pkt. 14 for scenarie 2 og 3.

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

1.2 Faste elementer i nogle OPP-kontrakter

1.2.1 *Trepartsaftalen*²⁰

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

OPP-aftalen kan med undtagelse af bagatelagtige forhold ikke ændres uden finansierens samtykke.

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

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

²⁰ Kontraktens bilag 5 for scenarie 1 og 2.

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

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

Trepartsaftalen gælder i hele OPP-kontrakternes løbetid i tilfælde af privat finansiering. I tilfælde hvor offentlig finansiering er valgt gælder denne dog kun frem til Ibrugtagningstidspunktet, da Aktivets her overdrages til Bestiller.

1.2.2 Bindende forhåndssvar fra SKAT²¹

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 OPP-kontrakterne. Ved at sikre OPP-selskabets ejerskab af Aktivets sikrer man samtidigt OPP-selskabets adgang til at foretage momsmæssige fradrag for udgifterne til Aktivets samt muligheden for at foretage skattemæssige afskrivninger på Aktivets.

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 Aktivets 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 grund²²

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 scenarie 1 er valgt, og aktivets 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 opføre bygninger, de er tvunget til at rive ned efter kontrakternes udløb. I de tilfælde, hvor

²¹ Kontraktens pkt. 12.1 samt bilag 10 for scenarie 1.

²² Kontraktens pkt. 1.5.2.c samt bilag 12 for scenarie 1.

det er nødvendigt enten at overdrage eller udleje en grund i forbindelse med indgåelsen af OPP-kontrakterne, skal der udarbejdes en særskilt kontrakt vedrørende grunden (hvad enten der er tale om salg eller leje). Denne vedlægges OPP-kontrakterne som bilag, og er dermed at betragte som værende en del af selve OPP-kontrakterne.

1.2.4 Udnyttelse af købs-/salgsoption²³

I kontrakterne er reguleret, hvordan overdragelse skal foregå ved udløb af OPP-kontrakterne. Købs-/salgsoption findes kun i scenarie 1. Afsnittet regulerer gennemgang af Aktivets, 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-/salgsoption²⁴

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 kontrakterne reguleret, at OPP-selskabet overtager disse arbejder. OPP-selskabets vederlag til Bestiller fremgår af

²³ Kontraktens pkt. 12 for scenarie 1.

²⁴ Kontraktens pkt. 13 for scenarie 1. Kontraktens pkt. 12 for scenarie 2 og 3.

kontrakterne, og er nutidsværdien af den kontante betaling 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 Opsigelse²⁵

Efter kontraktindgåelse, er aftalerne uopsigelige i hele løbetiden, medmindre der foreligger en hæveberettigende misligholdelse af kontrakterne.

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 inddømmes 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 kontraktperiode. 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.

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

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

Som det fremgår af forslaget til formuleringen af en opsigelsesbestemmelse, skal OPP-selskabet kompenseres ved opsigelse af samarbejde; men compensationens størrelse er ind-

²⁵ Kontraktens pkt. 9 for alle tre scenarier.

dæmnet, således at Bestiller til enhver tid ved, hvad det koster at komme ud af kontrakterne.

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.

2.2 Til-/fravalgsmuligheder i nogle OPP-kontrakter

2.2.1 Refinansiering²⁶

Bestemmelsen er kun relevant, hvor der er valgt privat finansiering. Derudover er det værd at tænke over, om man som Bestiller i kontrakterne overhovedet ønsker denne mulighed.

Ved ikke at lade denne indgå, skaber man fuld klarhed over, hvilke omkostninger der vil være forbundet med aktivet i hele løbetiden. Et andet element der spiller ind, er størrelsen af kontrakterne, da besparelsen på et forholdsvis lille OPP-projekt muligvis er så begrænset, at det blot komplicerer aftalen at have denne mulighed uden reelt at give Bestiller nogen gevinst. Ligeledes vil refinansiering ikke være relevant i de tilfælde, hvor OPP-selskabet har finansieret sig med variabelt forrentede lån.

I visse projekter kan det være hensigtsmæssigt med en refinansieringsbestemmelse. Det gør sig særligt gældende for store OPP-projekter med fast forrentet finansiering. 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

²⁶ Der findes ikke en egentlig bestemmelse i kontrakten dette relaterer sig til. Det vil dog være nærliggende, at en refinansieringsbestemmelse, i tilfælde af denne vælges til, tilføjes kontraktens pkt. 7 for alle tre scenarier.

.....

Gevinsten af refinansiering beregnes ved at sammenligne residualafkastet indtil Ophørsdagen før og efter refinansieringen. Ved residualafkastet forstås afkast til egenkapital, ansvarlig lånekapital og andet egenkapitaltillignende 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 transaktions-omkostninger 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 OPP-selskabet skal foretage for at søge at optimere de finansieringsmæssige forhold.

Man må dog 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.