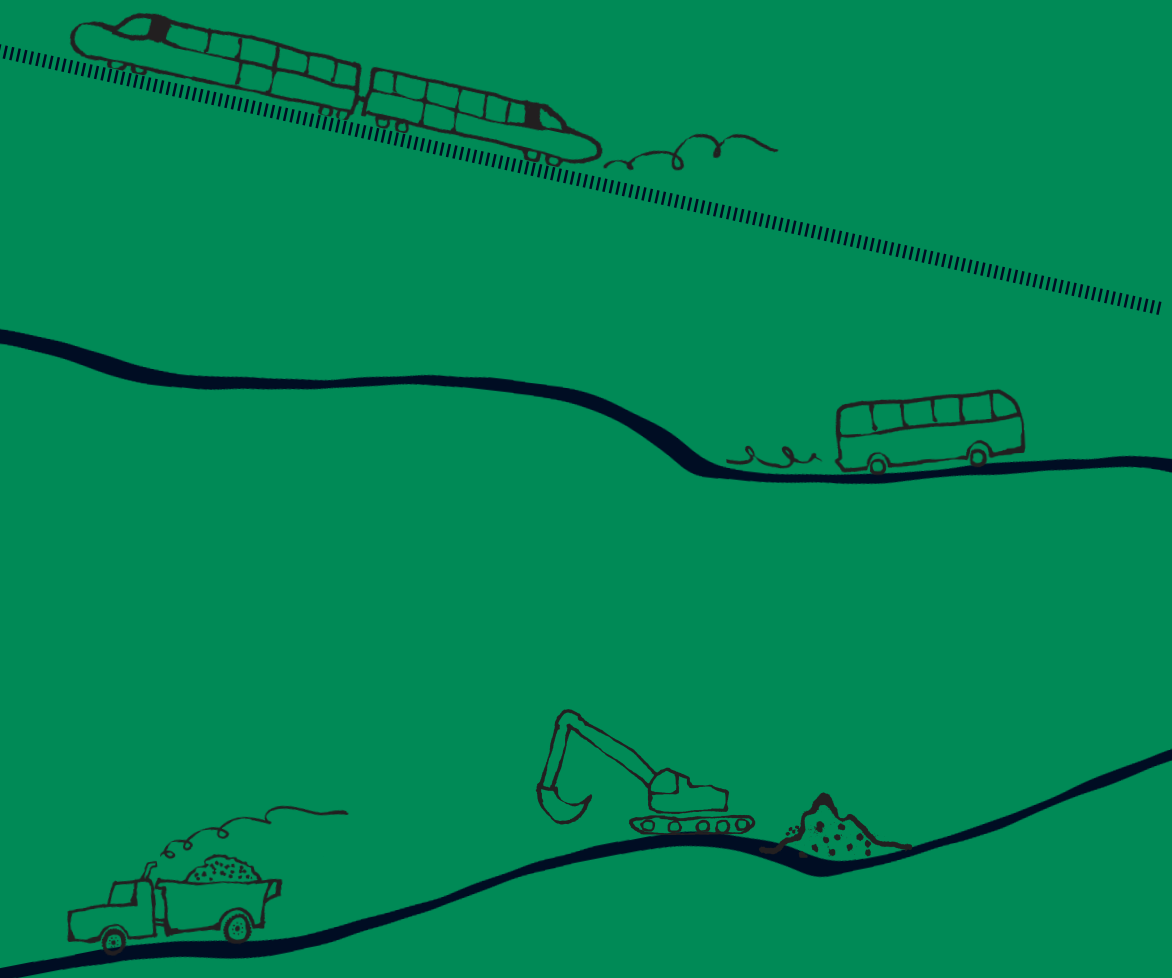


TOBIAS INDÉN & KARSTEN NAUNDRUP OLESEN

OFFENTLIG-PRIVAT SAMARBEJDE

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG



Offentlig-privat samarbejde

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Tobias Indén og Karsten Naundrup Olesen

Offentlig-privat samarbejde



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2012

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Tobias Indén og Karsten Naundrup Olesen
Offentlig-privat samarbejde

1. udgave, 1. oplag

© 2012 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk og indbinding: Toptryk Grafisk, Gråsten

Printed in Denmark 2012
ISBN 978-87-574-1741-8

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.
Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Indholdsfortegnelse

Forord	11
Introduktion til bogen	13
Kapitel 1. Offentlig-Privat Samarbejde – hvad er det?	17
1. Samarbejde mellem offentlig og privat før og nu	17
2. Nærmere om OPS	19
2.1. Nye samarbejdsmodeller under OPS	19
2.1.1. Offentlig Privat Partnerskab	19
2.1.2. Skræddersyet byggeri og skræddersyet lejemål	22
2.1.3. Samlet udbud	23
2.1.4. Partnering	23
2.1.5. Servicepartnerskab	25
2.1.6. Offentlig-Privat Innovationssamarbejde	26
2.2. Fællestræk ved OPS	27
2.2.1. De opgaver der samarbejdes om	27
2.2.2. Flexibilitet – behov, muligheder og begrænsninger	28
2.2.3. Begrundelse for OPS	31
3. Danske initiativer vedrørende OPS	33
3.1. Generelle initiativer	33
3.1.1. Fra privatisering til OPS	33
3.1.2. Beskrivelser af OPS og OPS-initiativer	34
3.1.3. Operationelle initiativer	36
3.2. Konkrete projekter	39
3.2.1. Statslige projekter	40
3.2.2. Regionale og kommunale projekter	41
4. OPS i EU-regi	41
Kapitel 2. Overvejelser ved beslutning om OPS	43
1. Afgørelse om OPS – lodder i vægtskålen	43
2. Er der grundlag for at skabe et OPS?	47
2.1. Opgaver der kan indgå i et OPS	47

Indholdsfortegnelse

2.1.1.	Kravet om hjemmel	47
2.1.2.	Hjemmelskravet og udvikling i OPS	48
2.1.3.	Må opgaven varetages af andre end den offentlige instans?	50
2.2.	OPS er primært opgaveløsning	51
3.	Udvalgte emner med betydning for valg af OPS	51
3.1.	Krav om udbud	51
3.2.	Organisationsform	52
3.2.1.	Samarbejdsformen skal vælges bevidst	52
3.2.2.	Samarbejde uden fælles organisation	53
3.2.3.	Selskabskonstruktioner – hjemmelsgrundlaget	55
3.2.3.1.	Hjemmelsgrundlaget for statslig selskabsdannelse	55
3.2.3.2.	Kommunalfuldmagten som hjemmel	56
3.2.3.3.	Speciallovgivning som hjemmel for kommunal deltagelse	60
3.2.4.	Selskabskonstruktioner – indskud	64
3.2.5.	Selskabskonstruktioner – selskabets afvikling	64
3.2.5.1.	Frivillig afvikling	64
3.2.5.2.	Pligtmæssig afvikling	64
3.2.5.3.	Konsekvenser af afvikling	66
3.2.6.	Andre organisationsformer	67
3.2.6.1.	Interessentskabet som ramme for statens deltagelse i OPS	67
3.2.6.2.	Interessentskabet som ramme for kommunal deltagelse i OPS	67
3.2.6.3.	Fonde som et element i OPS	68
3.3.	Skatte- og momsretlige spørgsmål	68
3.3.1.	Momsreglerne	69
3.3.2.	Skattereglerne	70
3.4.	Låne- og deponeringsreglerne	72
3.5.	Virksomhedsoverdragelsesloven	74
4.	Alternativer til OPS	77
4.1.	Den offentlige instans løser opgaven selv	77
4.2.	Samarbejde mellem offentlige instanser	78
Kapitel 3. OPS og statsstøtteren	81
1.	Introduktion	81
2.	Forbuddet i EUF-traktatens art. 107, stk. 1	83
2.1.	Statsstøtte	84

2.2. Selektivitet, foredrøjning af konkurrencen og påvirkning af samhandelen	89
3. Undtagelser fra forbuddet	93
4. Den statsstøtteretlige procedure og dens sanktioner	98
4.1. Anmeldelsespligten og Kommissionens håndtering	98
4.2. De statsstøtteretlige sanktioner – tilbagebetaling af ulovlig støtte og skadeserstatning.....	101
5. Konkurrencelovens forbud mod offentlig støtte	103
5.1. Forbuddets rækkevidde og konstruktion	104
5.2. Processuelle bestemmelser.....	105
5.3. Sanktioner.....	106
6. Salg af fast ejendom og statsstøttereglerne.....	108
6.1. Kommissionens meddelelse om salg af jord og bygninger	108
6.2. Den danske lovgivning og kommuners salg af faste ejendomme	110
7. Statsstøttereglerne og offentlige indkøb	113
8. Statsstøttereglerne og OPS.....	117
8.1. Generelle udgangspunkter vedrørende OPS og statsstøtte	117
8.2. Statsstøtteretten, OPS og udviklingsprojekter.....	118
8.3. Statsstøtteretten og IOPP	121
8.4. Afsluttende bemærkninger.....	123
Kapitel 4. OPS og udbud.....	125
1. Introduktion	125
2. Det udbudsretlige udgangspunkt	126
3. In house og ex house	128
4. De generelle EU-retlige principper.....	130
5. Udbud under tærskelværdierne og af såkaldte B-tjenester	132
5.1. Tærskelværdierne.....	132
5.2. Tilbudsloven.....	133
6. Udbudsbetingelserne.....	136
6.1. Muligheden for at foretage ændringer i udbudsbetingelserne ...	136
7. Udbud af bygge- og anlægsarbejder	138
7.1. La Scala-sagen.....	139
7.2. Undtagelse fra reglerne om bygge- og anlægsarbejder.....	141
8. Udbudsprocedurer	142
8.1. Åbent udbud	142
8.2. Begrænset udbud.....	142
8.3. Udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse.....	143
8.4. Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.....	143

Indholdsfortegnelse

8.5. Projektkonkurrence	145
8.6. Foreløbige konklusioner	146
9. Konkurrencepræget dialog	147
9.1. Særligt komplekse kontrakter	148
9.2. Udbudsbekendtgørelse	150
9.3. Udvælgelsesproceduren	150
9.4. Dialogen	151
9.5. Flere faser	153
9.6. Afklaring, præcisering og tilpasning af tilbud	153
9.7. Foreløbige konklusioner	155
10. Klager, annullering, bøder og erstatning	156
10.1. Danske retsmidler	157
10.2. Skadeserstatning	160
11. Konklusioner	162
11.1. OPS og udbudslovgivningen	162
11.2. IOPP'er og udbudslovgivningen	165
11.2.1. IOPP'er og deres oprettelse	166
11.2.2. Udskiftning af partner	168
11.2.3. Oplysninger i forbindelse med ny udbudskonkurrence	169
11.2.4. Konklusioner vedrørende udbud og IOPP'er	171
Kapitel 5. Kontrakten om OPS	173
1. Kontrakt som grundlag for OPS	173
2. Hvad skal der stå i kontrakten?	174
2.1. Kan man skrive den fuldstændige kontrakt? – og skal man?	174
2.2. Kontraktregulering og baggrundsretten	177
3. Hvad står der i kontrakten?	180
3.1. Fortolkningens betydning for kontraktens indhold	180
3.2. Hvordan fortolkes en OPS-kontrakt?	181
3.2.1. Fortolkningsdata	181
3.2.2. Betydning af den samfundsmæssige interesse	182
3.2.3. Fortolkningsregler	184
3.2.3.1. Fortolkningsregler som redskab	184
3.2.3.2. Uklarhedsreglen	184
3.2.3.3. Prioriteringsregler	187
3.2.4. Fortolkning af kontrakttyper	189
3.2.4.1. OPS-kontrakten som vedvarende kontraktforhold	189
3.2.4.2. Kontrakter med særligt fokus på samarbejde	190
4. Udvalgte emner for kontraktregulering	191

4.1.	Kontrakten som individuel regulering	191
4.2.	Samarbejdselementet	192
4.2.1.	Kontrakten som redskab i samarbejdet	192
4.2.2.	Baggrundsrettens betydning – parternes loyalitetspligt.	192
4.2.2.1.	Loyalitetspligten som begreb.....	192
4.2.2.2.	Loyalitetspligtens indhold.....	194
4.2.3.	Kontraktregulering af samarbejdet.....	196
4.2.3.1.	Kontraktregulering ctr. baggrundsret	196
4.2.3.2.	Hvad skal der samarbejdes om?	197
4.2.3.3.	Hvordan skal samarbejdet foregå?	199
4.2.3.4.	Hvad hvis samarbejdet ikke leder til et brugbart resultat?.....	200
4.3.	Justering af kontrakten	205
4.3.1.	Justering – behov, begrænsninger, muligheder.....	205
4.3.2.	Offentligretlig regulering som begrænsning.....	207
4.3.3.	Baggrundsrettens regler om ændring af kontrakter	209
4.3.3.1.	Når kontrahenterne ikke er enige.....	209
4.3.3.2.	Den offentlige kontrahent udøver myndighed	211
4.3.3.3.	Kontraktseksterne parter udøver myndighed ..	212
4.3.3.4.	Den offentlige kontrahent pålægges nye opgaver	217
4.3.4.	Kontraktregulering af justeringsmuligheder	218
4.3.4.1.	Kontraktfrihed som alternativ til baggrundsret	218
4.3.4.2.	Generelt om justeringsklausuler	218
4.3.4.3.	Justering i tilfælde af ændrede krav til realydelsen.....	222
4.4.	Udskiftning af en kontraktpart	225
4.4.1.	Udgangspunktet vedrørende udskiftning	225
4.4.2.	Udskiftning i tilfælde af fusion	226
4.5.	Sociale klausuler	228
4.5.1.	Hvad er sociale klausuler?.....	228
4.5.2.	Juridiske problemstillinger ved sociale klausuler	231
4.5.2.1.	Udbudsretlige problemstillinger	231
4.5.2.2.	Kontraktretlige problemstillinger	232
4.6.	Fortrolighed	234
4.6.1.	Behovet for fortrolighed.....	234
4.6.2.	Regulering i lovgivning.....	235
4.6.2.1.	Markedsføringsloven	235
4.6.2.2.	Persondataloven	236