



RISIKODELING I OPP PROJEKTER

7. december 2016

Indledning

Kommunale og regionale myndigheder kan opnå mange af fordelene ved OPP-modellen, herunder en optimeret risikodeling, bedre totaløkonomi, innovation i opgaveløsningen, overholdelse af budgetter og tidsplaner m.v., *samtidig* med at OPP-projekterne finansieres gennem den billigere offentlige finansiering. Offentlig finansiering kan ske i form af egenfinansiering af kassebeholdningen eller med fremmedfinansiering gennem en tredjepart, eksempelvis KommuneKredit.

Ref. nr.: D-5724

Den ordregivende myndigheds valg af OPP-model bør altid foretages under hensyntagen til finansieringsomkostninger kontra risikobillede. Ligeledes bør der altid foretages en vurdering af, til hvilken maksimal pris risikooverdragelsen til den private part bør foregå.

Effektiv risikoallokering – også med offentlig fremmedfinansiering

Der argumenteres ofte for, at OPP med offentlig finansiering ikke kan sikre en tilfredsstillende risikodeling. Det skyldes angiveligt, at der ved offentlig finansiering alene kan foretages modregning i den løbende drifts- og vedligeholdelsesyndelse, idet den løbende OPP-enhedsbetaling ikke indeholder godtgørelse for finansieringsomkostninger. Den ordregivende myndigheds granskning af projektet kan ved privat finansiering suppleres af finansiers gennemgang (f.eks. en bank eller en pensionskasse), såfremt denne ønsker en aktiv rolle og har specialistkompetencer hertil. Endelig er det OPP-leverandøren, der ejer aktivet.

Det er imidlertid væsentligt at holde sig for øje, at privat finansiering ikke er det eneste instrument til risikooverførsel i OPP. Risikooverførsel kan, som det vil fremgå nedenfor, også ske gennem kontraktparadigmet og kan yderligere understøttes gennem udbudsproces og krav til sikkerhedsstillelse. Det skyldes, at OPP-modellen har en række indbyggede mekanismer, som gør, at risikoovervejelser er i centrum – det gælder også for offentligt finansierede OPP-projekter.

Figur 1 Mekanismer til risikohåndtering og incitamentsstyring



Krav til tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen

På det helt overordnede niveau kan projektrisici i udgangspunktet reduceres ved at stille krav til tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen. Den ordregivende myndighed kan således stille mindstekrav til de deltagende virksomheders økonomiske nøgletal, f.eks. omsætning, egenkapital, aktiver, overskudsgrad og soliditetsgrad. Tilsvarende kan der stilles tekniske mindstekrav, f.eks. til virksomhedernes erfaring med tilsvarende opgaver. På den måde kan den ordregivende myndighed understøtte, at der alene afgives bud fra "solide" og kvalificerede leverandører.

Risikostyring gennem konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling

Med den nye udbudslov, som trådte i kraft den 1. januar 2016, blev der givet en bredere adgang til at kunne anvende de fleksible udbudsprocedurer, der understøtter dialog og forhandling.

Den konkurrenceprægede dialog afskiller sig fra offentligt og begrænset udbud ved at have et ekstra led – nemlig dialogfasen – mellem prækvalifikationen og tilbudsafgivelsen. Dialogfasen understøtter en hensigtsmæssig risikofordeling, da alle aspekter af kontrakten kan blive drøftet, inkl. risikofordelingen. Der foretages typisk en grundig forudgående risikoanalyse som grundlag for den konkurrenceprægede dialog. Derfor er de fleste væsentlige risici identificeret på forhånd, og der kan ske en systematisk drøftelse af, hvilken part der bedst kan håndtere hvilke

risici. De risici, som føres tilbage til den offentlige bestiller, aftales eksplicit.¹ Den konkurrenceprægede dialog understøtter derfor generelt en bedre risikostyring, da projektrisici i højere grad end ved traditionel organisering, bliver identificeret og kvantificeret.

Tilsvarende kan risikoen for at indkøbet går galt mindskes ved anvendelse af udbudsformen udbud med forhandling. Udbud med forhandling er en indkøbsproces, hvor den ordregivende myndighed forhandler med én eller flere tilbudsgivere om udbudsmaterialets og tilbuddets indhold og efterfølgende indgår en kontrakt. Udbud med forhandling understøtter, at den ordregivende myndighed indgår bedre og mere markedskonforme aftaler.

Risikooverførsel ved anvendelse af funktionskrav

OPP-udbud gennemføres ofte på baggrund af funktionskrav, hvor den ordregivende myndighed ikke detailspecificerer de efterspurgte ydelser (gennem aktivitetskrav), men i stedet beskriver, hvilke funktioner ydelserne skal kunne opfylde. På den måde gives leverandørerne friere hænder til at definere, hvordan et projekt skal designes og projekteres. Dermed sker der også en ansvarsoverdragelse, hvor den ordregivende myndighed i mindre grad bærer risikoen og ansvaret for, om de anvendte løsninger virker eller lever op til den aftalte kvalitet.²

Økonomisk hæveopgør m.v.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardkontrakt for OPP med offentlig finansiering indeholder en række bestemmelser, hvor væsentlige risici overføres til leverandøren.³ F.eks. vil der være et hæveopgør, hvor en kommune eller region kan ophæve aftalen, hvis leverandøren væsentligt misligholder sine forpligtelser. Det økonomiske opgør ved ophævelse bestemmes også i aftalegrundlaget. Her ses typisk, at det er leverandøren, som bærer eventuelle meromkostninger, som et hæveopgør ved leverandørens misligholdelse måtte medføre.

I standardkontrakten for offentligt finansierede OPP-projekter bærer OPP-selskabet ligeledes risikoen for alle begivenheder, omstændigheder og forhold ud over en række eksplicit beskrevne forhold i OPP-aftalen - medmindre der foreligger force majeure.⁴ OPP-selskabet er også forpligtet til for egen regning og risiko at genopføre et aktiv, medmindre tabet skyldes forhold, som den ordregivende myndighed bærer risikoen for. Den ordregivende myndighed har typisk også en

¹ Ernst & Young, 2011, s. 21. Offentligt-Privat Samarbejde – Muligheder med KommuneKredit.

² Udbudsrådet, 2012: Værktøj til funktionsudbud på vejområdet.

http://www.rops.dk/files/media/dokumenter/analyse/vejledning_vaerktoej_til_funktionsudbud_paa_vejomraadet.pdf

³ Bemærk, at OPP-standardmodellerne for nyanlæg og renovering vil blive opdateret til de nye udbudsregler. De er derfor ikke tilgængelige på Konkurrence- og Forbrugersidens hjemmeside i øjeblikket.

⁴ Se eksempelvis punkt 10 vedr. risikoforhold og force majeure i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardkontrakt for OPP med offentlig finansiering:

<http://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/OPPStandardmodel/OPPStandardmodel%20for%20nyanlaeg/Fase%203/Kontrakt%20til%20scenarium%203%2018313.pdf>

indtrædelsesadgang i offentligt finansierede OPP-projekter, f.eks. ved mangelfulde forhold i opgaveløsningen.

Risikooverførsel via krav til sikkerhedsstillelse

Risikoallokering sker også gennem krav til sikkerhedsstillelse i bygge- og anlægsfasen og driftsfasen. Der findes forskellige metoder til sikkerhedsstillelse. Sikkerhedsstillelse kan f.eks. ske i form af en finansiel garanti, hvor OPP-leverandøren får en garantistiller (f.eks. en bank eller et forsikringssselskab) til at stille en garantiramme, som den ordregivende myndighed kan trække på, såfremt der sker misligholdelse af OPP-aftalen. En anden metode er at anvende en finansieret garanti, hvor OPP-leverandøren deponerer likvider eller sikre værdipapirer på en sikringskonto, som den ordregivende myndighed har ret til at trække på ved misligholdelse. Sikkerhed kan også stilles ved, at en del af anlægsbetalingen tilbageholdes ved ibrugtagning i stedet for at blive udbetalt til den private leverandør. Misligholdes aftalen, har den ordregivende myndighed ret til at trække på det tilbageholdte beløb.

Risikoallokering gennem betalingsmekanismen

Et vigtigt element i forhold til overførsel af risici i såvel offentlig- som privatfinansierede OPP-projekter er anvendelsen af en såkaldt betalingsmekanisme. Betalingsmekanismen er ganske enkelt et resultatstyringsredskab, hvor OPP-leverandøren i drifts- og vedligeholdelsesfasen aflønnes i forhold til resultaterne. En betalingsmekanisme kan udformes mere eller mindre aggressivt. For eksempel kan der aftales et loft for, hvor store nedslag der samlet må foretages i en enhedsbetalingsperiode. Det er op til den enkelte ordregivende myndighed at afgøre, hvordan betalingsmekanismen skal udformes, og om der f.eks. skal anvendes større bøder ved særligt kritiske fejl. Dette må nødvendigvis ske med en afvejning af, om det vil have en negativ effekt på konkurrencen i form af færre tilbudsgivere, og/eller om tilgangen vil indebære uforholdsmæssigt høje risikopræmier.

Det centrale i nærværende sammenhæng er, at det er den ordregivende myndighed, som definerer, hvorledes OPP-leverandøren skal "straffes" ved manglende overholdelse af funktionskravene eller evt. belønnes ved bedre performance. Betalingsmekanismen indebærer ganske enkelt, at man med udgangspunkt i udbuddets funktionskrav laver et såkaldt fejlkatalog, hvor det defineres, hvorledes manglende målopfyldelse håndteres. Drejer det sig om et OPP-skoleprojekt, kan et eksempel på manglende målopfyldelse være, at enkelte undervisningslokaler i en given periode ikke står til rådighed for skolens brugere som aftalt i OPP-kontrakten. Dette vil medføre, at den ordregivende myndighed, med udgangspunkt i fejlkataloget og betalingsmekanismen, kan foretage et nedslag i den kvartalsvise eller halvårslige OPP-enhedsbetaling til OPP-leverandøren.

Fejlkataloget indeholder typisk en oversigt over kontraktens centrale funktionskrav samt en specifikation af bødestørrelser mv. På baggrund af arbejdet med funktionskravene og fejlkataloget udarbejdes typisk en Excel-model, som rent operationelt beregner omfanget af nedslag i den løbende OPP-enhedsbetaling ved forekomsten af forskellige funktionsmangler. Gennem betalingsmekanismen sker der således en overførsel af risici i drifts- og vedligeholdelsesfasen. Betalingsmekanismen udgør et væsentligt økonomisk incitament for OPP-leverandøren til at levere de aftalte drifts- og vedligeholdelsesydelser i aftalens løbetid.

Langsigtet samarbejde

Ud fra en generel betragtning understøtter OPP-aftalens varighed endelig, at der findes løsninger på de udfordringer, der opstår løbende i aftaleperioden. Det gælder for både offentligt og privat finansierede projekter. Den lange tidshorisont må alt andet lige forventes at reducere den samlede risiko for tvister og voldgiftssager sammenholdt med traditionelle totalentrepriser.

Det lange samarbejde og koblingen mellem anlægs- og driftsfasen understøtter et gennemgående fokus på byggeriets totaløkonomi i både offentligt og privat finansierede OPP-projekter.

Øvrige betragtninger vedrørende risikoallokering

Funktions- og anlægsmangler

OPP-leverandøren har, både i offentligt og privat finansierede projekter, i hele driftsperioden ansvaret for mangler ved drifts- og vedligeholdelsesydelserne (funktionsmangler). Ved funktionsmangler kan den ordregivende myndighed foretage nedslag i den løbende OPP-enhedsbetaling. Det bevirker, at der i begge modeller er et væsentlig økonomisk incitament til at levere de aftalte ydelser.

I projekter med privat finansiering har OPP-leverandøren risikoen for anlægsmangler i hele aftaleperioden. I projekter med offentlig finansiering har OPP-leverandøren som udgangspunkt alene ansvaret og risikoen for anlægsmangler i en 5-årig periode efter ibrugtagningstidspunktet. I nyere OPP-kontrakter med offentlig finansiering er ansvarsperioden dog i flere tilfælde udvidet til 10 år.

Da en overvejende andel af mangler og svigt i byggeriet typisk konstateres i udførelsesfasen, kan man argumentere for, at forskellen i det reelle risikobillede – for så vidt angår anlægsmangler – er begrænset, når ansvarsperioden for anlægsmangler er udvidet til 10 år.⁵

⁵ En analyse viser, at 70 % af omkostningerne til at udbedre svigt finder sted i projekterings- og udførelsesfasen (hhv. 3 % og 67 %). De tilsvarende tal for garantiperioden (de første fem år efter ibrugtagning) og driftsfasen er hhv. 10 % og 20 % af de samlede omkostninger til at udbedre svigt. Se

Overvejelser vedrørende ejerrisiko

Da den ordregivende myndighed har ejerskabet til aktivet i offentligt finansierede projekter, er ejerrisikoen i udgangspunktet placeret hos den offentlige part.

Standardkontrakten for OPP med offentlig finansiering pålægger i vid udstrækning OPP-leverandøren at tegne forsikringer på sammenlignelig vis som i et privat finansieret OPP-projekt. Ejerrisici, f.eks. ved force majeure, kan dog ikke overdrages på samme måde som i et privatfinansieret OPP-projekt. Den ordregivende myndighed påtager sig dermed alt andet lige en større risiko i offentligt finansierede OPP-projekter. Denne risiko skal igen vurderes i forhold til den meromkostning, som privat finansiering indebærer.

I en konkurssituation kan man argumentere for, at udfordringerne for den ordregivende myndighed alt andet lige er mindre ved offentligt ejerskab sammenholdt med privatejet infrastruktur. I førstnævnte tilfælde skal kommunen "blot" finde en ny driftsoperatør, som kan overtage den forudgående leverandørs forpligtelser. Ved privatejet infrastruktur kan en konkurs være kaotisk. En ordregivende myndighed kan i en periode være ude af stand til at leve op til sine forsyningsforpligtelser, for så vidt angår de velfærdsydelse, som er omfattet af OPP-projektet. Denne form for "politisk risiko" kan ikke overføres til en privat part.

Ved ophævelse i en privatfinansieret model er den ordregivende myndighed typisk forpligtet til at varsle finansier om ophævelsen, hvorefter finansier har en indtrædelses- eller overdragelsesret. Disse forhold vil typisk være reguleret i en trepartsaftale mellem hhv. den ordregivende myndighed, OPP-leverandøren og dennes finansier.

Privat investors rolle som ekstra kontrolinstans

Der argumenteres ofte for, at en af fordelene ved privat finansierede OPP-projekter er, at den private finansielle partner spiller en aktiv rolle og holder hånd i hanke med projektets fremdrift; at det har værdi for en ordregivende myndighed, at en stærk finansiell partner, f.eks. en pensionskasse, er tilknyttet OPP-leverandøren og på den måde sikrer en professionalisering og commitment på leverandørsiden.

Sammenfattende om risikoallokering i OPP-modellerne

Nedenfor ses en sammenligning af risikodelingen i hhv. et OPP-projekt med offentlig fremmedfinansiering, privat finansiering samt traditionel kontrahering, for så vidt angår en række centrale risici. Som tabellen viser, så ses der umiddelbart ikke nævneværdige forskelle i risikobilledet i de to OPP-modeller. Den store forskel i

Erhvervs- og Byggestyrelsen, oktober 2004: Svigt i byggeriet – økonomiske konsekvenser og muligheder for reduktion. Det bemærkes, at tallene er forbundet med en betydelig usikkerhed.

risikobilledet ses i stedet, når OPP-modellerne sammenlignes med den traditionelle kontrahering.

Tabel 1 Risikodeling i traditionelt kontraherede projekter samt OPP med hhv. offentlig og privat finansiering

Risici <i>O: Ordregivende myndighed bærer risiko</i> <i>P: OPP-leverandør bærer risiko</i>	Traditionel kontrahering	OPP med offentlig fremmedfinansiering*	OPP med privat fremmedfinansiering
Design og projektering			
Gennemførelse af design og projektering	O	P	P
Anlæg			
Finansiering i byggefase	O	P	P
Designændringer	O	O	O
Design- og projekteringsfejl	O	P	P
Udførelsesfejl	P	P	P
Konkurs eller betalingsstandsninger	O	P	P
Drift og vedligehold			
Ansvarlig for drift og vedligehold	O	P	P
Ansvar for funktionsmangler	O	P	P
Uopdagede fejl efter 5-10 år	O	(O)**	P
Slitage pga. for dårligt vedligehold	O	P	P
Omkostninger til D&V underestimeret	O	P	P
Konkurser eller betalingsstandsninger	O	P	P

*Eksemplet tager udgangspunkt i et projekt med privat finansiering i anlægsfasen, hvorefter den offentlige myndighed overtager ejerskabet på ibrugtagningstidspunktet.

** I nyere OPP-kontrakter ses eksempler på, at ansvarsperioden for anlægsmangler er 10 år. Da de fleste mangler / svigt i byggeriet konstateres i udførelsesfasen, kan der argumenteres for at den reelle forskel i risikobilledet er begrænset.

Kilde: Tilpasset efter Ernst & Young, 2011 (s. 12). Offentligt-Privat Samarbejde – Muligheder med KommuneKredit.

Sammenfattende vurderes det, at der kan opnås en fuldt tilfredsstillende risikodeling i OPP-projekter med offentlig fremmedfinansiering. Det sker bl.a. gennem udbudsproces, betalingsmekanismer, funktionskrav, krav om udvidet og tilstrækkelig sikkerhedsstillelse fra den private part i kombination med tilkøbte forsikringer og aftale om rateudbetalinger og/eller klausuler om bod- og hæveopgør i OPP-kontrakten.

Langt de fleste af de fordele, som ofte fremhæves som værende rationalet ved at anvende OPP, herunder bl.a. optimeret totaløkonomi, effektiv risikostyring og innovativ opgaveløsning, kan altså også opnås i OPP-modeller med offentlig fremmedfinansiering. Konklusionen synes entydig: Risici i OPP-projekter kan også overføres i betydeligt omfang i offentligt finansierede projekter.⁶

⁶ Tidligere analyser er nået frem til sammenlignelige konklusioner. Sund og Bælt konkluderer bl.a. i en analyse fra 2013, at en række af de påståede fordele ved OPP kan opnås uden privat finansiering. Se Sund og Bælt, 2013: Rapport fra Arbejdsgruppen vedrørende OPP.