

OPS Offentlig-privat samverkan

Syfte

Syftet med denna PM är att i korthet beskriva entreprenadformen och redovisa de rättsliga förutsättningarna för en offentlig-privat samverkan (OPS) i förhållande till upphandlingslagstiftningen.

I Konkurrensverkets rapport "Konkurrensen i Sverige 2007" som går att ladda ned från Konkurrensverkets hemsida¹ ges en beskrivning av för- och nackdelar samt erfarenheter av OPS-projekt.

Vad är OPS

Med OPS, avses vanligen en entreprenadform som bland annat kan tillämpas vid infrastrukturinvesteringar eller större bygg- och anläggningsprojekt.

Investeringen finansieras vanligtvis helt eller delvis av den privata parten och risker fördelas på ett förutsägbart sätt. Det finns inte en fast finansieringsmekanism utan finansieringen avtalas mellan parterna, beroende på innehåll och uppdrag. Exempelvis kan i ett OPS-projekt som rör tillhandahållandet av en transporttjänst förekomma fast pris eller brukaravgifter.

Det finns ingen enhetlig definition av OPS på gemenskapsnivå, men begreppet omfattar ett antal samarbetsformer mellan det offentliga och det privata näringslivet. De gemensamma nämnarna för denna typ av projekt är att riskerna fördelas på ett förutbestämt sätt och att den privata parten kan ansvara för projektering, byggnation, drift och underhåll.² Det råder därför en viss begreppsförvirring och en mängd olika begrepp används synonymt med OPS.³

¹ http://www.kkv.se/t/IFramePage_1500.aspx

² Liknande definitioner återfinns i bl.a. VTI Publikation - Offentlig-privat samverkan kring infrastruktur – en forskningsöversikt (s 31-32), Sveriges Handelskammare 2006, Sveriges Byggindustrier 2004, SKL, 2005, Prop. 2006/07:1 Utgiftsområde 22, s26 och Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner.

³ Exempelvis PFI (Private Finance Initiative), PPP (Public Private Partnership), OPP (offentligt privat partnerskap) och POP (privat offentligt partnerskap).

Därtill finns en rad olika begrepp som syftar till att definiera OPS med särskilda egenskaper.⁴

Juridiska aspekter

Som framgått definieras OPS huvudsakligen som en entreprenadform och ska som utgångspunkt upphandlas enligt bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF.⁵ Det finns inga särskilda regler för OPS i vare sig EG:s upphandlingsdirektiv eller LOU eller LUF.

I VTI rapporten "En svensk modell för offentlig-privat samverkan vid infrastrukturinvesteringar"⁶ framförs att man generellt i Storbritannien har uppfattat OPS-projekt som offentliga upphandlingar trots att dessa skulle ha kunnat betraktas som koncessioner av offentliga bygg- och anläggningsarbeten.⁷

För närvarande krävs vid öppen eller selektiv upphandling att samtliga villkor och förutsättningar är fastställda när upphandlingen påbörjas. Förhandlingsmöjligheten är då utesluten och möjligheten att ändra kontraktvillkor efter det att upphandlingskontraktet är slutet är begränsad.

Om man kan välja förhandlad upphandling, innebär det att den upphandlande myndigheten har möjlighet att under upphandlingsprocessen ta upp förhandlingar med anbudsgivarna angående villkoren i förfrågningsunderlaget.

Inom försörjningssektorerna kan den upphandlande myndigheten välja att tillämpa ett förhandlat förfarande. Utrymmet för ett förhandlat förfarande är generellt också större. Däremot är förhandlad upphandling en undantagsform inom den klassiska sektorn och får enbart tillämpas i särskilda fall, exempelvis om upphandlingen är förknippad med risker som inte medger en förhandsvärdering.

Det kan ifrågasättas om de i LOU tillgängliga upphandlingsförfarandena kan anses vara tillräckligt flexibla för att tillfredställande klara en OPS- upphandling. När de frivilliga delarna av upphandlingsdirektivet implementeras kan även upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog bli tillämplig för upphandling av vissa former av OPS inom den klassiska sektorn. Den formen kommer i teorin att erbjuda ökad flexibilitet vid upphandlingsförfarandet. Den stora skillnaden mellan dagens förfaranden och konkurrenspräglad dialog är att vid konkurrenspräglad dialog kan den upphandlande myndigheten genomföra dialog med intresserade anbudsgivare innan förfrågningsunderlaget är

⁴ DBO (design, build, operate), DBFO (design, build, finance, operate), BOO (build, own, operate), DBOO (design, build, own, operate), BOOT (build, own, operate, transfer) och BOT (build, operate, transfer) är några exempel på sådana undergrupper.

⁵ Vid upphandling av OPS-projekt kan lagens bestämmelser om byggentreprenadkontrakt, byggkoncession eller tjänstekontrakt aktualiseras.

⁶ VTI Publikation 588 - En svensk modell för offentlig-privat samverkan vid infrastrukturinvesteringar (2007 s94)

⁷ Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om upphandling och koncessioner, Bryssel den 30.4.2004, KOM(2004) 327 slutlig

färdigställt. Det ökar förutsättningarna för att parterna tillsammans skall kunna arbeta fram den mest ändamålsenliga lösningen.

Det kan även finnas skäl att bedöma möjligheten att upphandla ett OPS-projekt som en koncession. Enligt upphandlingsdirektivet⁸ är en koncession ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänste- eller byggentreprenadkontrakt med skillnaden att ersättningen endast utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen/tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Upphandlingsreglerna för koncessioner lämnar därmed större utrymme för flexibilitet och möjlighet till diskussion över olika lösningar med utförarna än då projekt utformas som ett upphandlingskontrakt.

Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten och tar ut ersättning av användare. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet.

Tjänstekoncessioner omfattas inte av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. En upphandlande myndighet som tilldelar en tjänstekoncession skall dock följa de grundläggande principerna avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.⁹

En annan fråga som kan uppstå är om en leverantör måste bytas ut, till exempel vid avtalsbrott, under fullgörande av OPS som upphandlats i enlighet med LOU. Vid utbyte av leverantör krävs ett nytt upphandlingsförfarande. Detta kan leda till att den nya leverantören ställs inför en komplicerad situation med ett halvfärdig anläggning och en invecklad finansieringssituation att ta hänsyn till.

Frågan om statsstöd är här också ett relevant område. Det bör uppmärksammas att ett OPS-projekt kan komma i konflikt med EU:s statsstödsregler om projektet utformas så att enskilda företag gynnas. OPS-projekt kan således behöva anmälas till Europeiska kommissionen för prövning.

Som framgått ovan ställs höga krav på beställarens upphandlingskompetens vid upphandling och tilldelning av OPS-kontrakt. Möjligheterna att förhandla inom ramen för LOU, föra dialog eller liknande med leverantörerna är begränsade med dagens tillåtna upphandlingsformer samtidigt som sådana möjligheter kan vara viktiga instrument för att intentionerna med OPS ska infrias. Ett felaktigt användande av förhandling och dialog kan innebära en risk för minskad transparens och att leverantörer inte behandlas lika, exempelvis genom att vissa leverantörer i dialog med beställaren erhåller information som inte kommer andra leverantörer till del, varvid konkurrensen riskerar att snedvridas.

⁸ Direktivet om offentlig upphandling 2004/18/EG

⁹ EG domstolens mål C-324/98 Telaustria p 60-63

Utvärdering av OPS projekt

Drivkrafterna bakom tillämpningen av OPS har ändrats över tiden. Under mitten av 1990-talet användes och framhölls OPS-lösningar många gånger som en alternativ finansieringsmetod. För närvarande framhålls OPS allt oftare som ett medel för att åstadkomma högre effektivitet vid byggandet och driften av en anläggning. Utrymmet för innovationer vid utförandet anses även bli större än vid traditionella entreprenadupphandlingar.

Europeiska investeringsbanken för i en rapport fram att anbudspriserna är 24 % högre för OPS projekt än för traditionella entreprenadprojekt.¹⁰ Man pekar på ett flertal orsaker till detta: högre byggkvalitet, större riskpremier samt högre transaktionskostnader. Det saknas dock för närvarande uppgifter om huruvida den totala kostnaden för OPS-projekt är högre eller lägre jämfört med traditionella utförandeentreprenader.

Ett OPS-projekt ger en möjlighet att utnyttja ytterligare kompetens från den privata sektorn. Flera av de effektivitetsvinster som kan uppnås med hjälp av OPS-lösningar kan hänföras till att det är samma företag (eller konsortium) som ansvarar för utformning, byggande, drift och underhåll. Därigenom skapas ett livscykelkostnadsperspektiv vid utformningen av ett OPS-projekt.¹¹

För att uppnå ett tillräckligt livscykelkostnadsperspektiv har det många gånger bedömts nödvändigt med en avtalstid på omkring 15-25 år.¹² Avtalstiden kan och bör variera beroende på projektet i fråga.

Såvitt Konkurrensverket har erfarit förefaller antalet anbudsgivare vara lägre när OPS-projekt upphandlas jämfört med då projekt upphandlas på traditionellt vis. Orsak till detta kan vara riskprofilen och komplexiteten av denna typ av projekt.

OPS har ofta använts vid stora och kapitalkrävande projekt. Små och medelstora företag får därför svårt att delta på annat sätt än som underleverantörer.

Sammanfattningsvis vill Konkurrensverket framhålla att entreprenadformen Offentlig-privat samverkan, OPS, inte idag är ett färdigtutvecklat koncept. Det har använts i Sverige och det används ute i Europa. Klart är dock att förfarandet inte ska undantas från upphandlingsreglerna.

¹⁰ Blanc-Brude et al. 2006: Public-Private Partnership in Europe: An Update, Economic and Financial Report 2007/03

¹¹ VTI Publikation - En svensk modell för offentlig-privat samverkan vid infrastrukturinvesteringar (2007 s33-34) och Stockholms Handelskammare (2006 s7)

¹² VTI Publikation - En svensk modell för offentlig-privat samverkan vid infrastrukturinvesteringar (2007 s50)