



Udbudsfri offentlig-privat innovation i byggeriet

Juridisk model

Udarbejdet af Rønne & Lundgren i Plan C





Forord

Mange af byggebranchens aktører er tilbageholdende med at deltage i den innovative udvikling af nye energirigtige renoveringsløsninger. De frygter at blive erklæret inhabile, når løsningen senere skal implementeres og kommer i udbud. Det problem har Plan C nu forsøgt at løse med en ny juridisk model

Af Sif Enevold, Leder af Plan C

En af nøglerne til at skabe udvikling og innovation i byggeriet er udviklingsprojekter, som er skabt i samarbejde mellem kommuner, private virksomheder og videninstitutioner. Denne type OPI-projekter kan samtidig være med til at skabe energirigtig renovering i større målestok i Danmark.

En barriere for OPI-projekterne er dog, at partnere kan være tilbageholdende eller helt afstå fra at deltage i udviklingen af nye løsninger, prøvehuse eller forsøgsprojekter. En væsentlig årsag er frygten for at blive erklæret inhabil eller blive fravalgt af bygherre, alene på grund af risikoen for inhabilitet, når løsningerne senere skal anvendes i større anlægsprojekter.

Ny model for OPI-projekter

Plan C's partner Rønne og Lundgren har udarbejdet en ny model for udbudsfrie OPI-projekter, som imødegår de potentielle risici for inhabilitet, som partnerne frygter. Med den nye model for udbudsfri OPI håber Plan C og Rønne og Lundgren at vise vej for fremtidige innovative samarbejder.

Modellen tager fat om de barrierer, der har vist sig for private virksomheder og vidensinstitutioners deltagelse i OPI-projekterne:

- Risiko for inhabilitet.
- Ressourceforbrug (tid og kroner) som usikkerhedsfaktor ved udvikling og innovation.
- Manglende mulighed for at kapitalisere på innovationsindsatsen.

Målet med dette notat

Dette notat rummer dels en beskrivelse af modellens elementer og dels en redegørelse for de juridiske aspekter i modellen.

Modellen beskriver, hvordan et udviklingsprojekt kan tilrettelægges, så selve udviklingen kan foregå udbudsfrit. Modellen indebærer, at der skal udarbejdes en kontrakt, allerede når projektet tilrettelægges. Kontrakten tager hånd om den enkelte partners udbytte og fordelingen af rettigheder blandt partnerne.

Modellen er en skabelon for udbudsfri innovative samarbejder, men modellen udelukker ikke konkret juridisk bistand, når det enkelte OPI-projekt skal etableres.

Som næste skridt vil notatet blive ledsaget af vejledning og standarddokumenter omkring rettigheder og kontrakt.

Afprøvning i Plan C

Modellen bliver i 2012 præsenteret for og vurderet af en bred kreds af interessenter. Samtidig bliver modellen afprøvet i et konkret demonstrationsprojekt under Plan C. I forbindelse med demonstrationsprojektet vil der blive udarbejdet kontrakter og vejledninger, som er nødvendige for at kunne bruge modellen.

Plan C's formål med modellen er, at den enkelte aktør får et værktøj, der kan danne grundlag for fremtidige samarbejder om innovative løsninger. Og ikke mindst at sikre, at processen bliver grebet rigtigt an fra starten.

Indhold

Notatet starter med en opsummering af, hvad der kendetegner et udviklingsprojekt, der har sigte på nye innovative løsninger, og hvordan det adskiller sig fra et almindeligt byggeprojekt.

Denne del af beskrivelsen vil søge at bevidstgøre bygherrer, rådgivere, entreprenører m.v. om fordelene ved at udskille innovationsprocesser fra byggeprocesser, og ved at gennemføre innovationsprocesserne uafhængigt af – men dog med viden om problemstillinger i - forestående byggerier.

Derefter beskrives de juridiske muligheder for iværksættelse af innovationsprojekter uden udbud. Her er udgangspunktet mulighederne i henhold til EU-traktaten og EU-kommissionens meddelelser og forudsætningerne for dem. Det fremgår hvordan man skal forholde sig til den offentlige parts eventuelle betaling til de deltagende private parter for deres ydelser, herunder når det sker alene i form af omkostningsdækning. Betydningen af rettighederne til udviklede løsninger og fordelingen af rettighederne belyses. Endelig anvises veje til at eliminere risikoen for inhabilitet i efterfølgende udbud.

God læselyst!

Om Plan C

Fokus på hele værdikæden

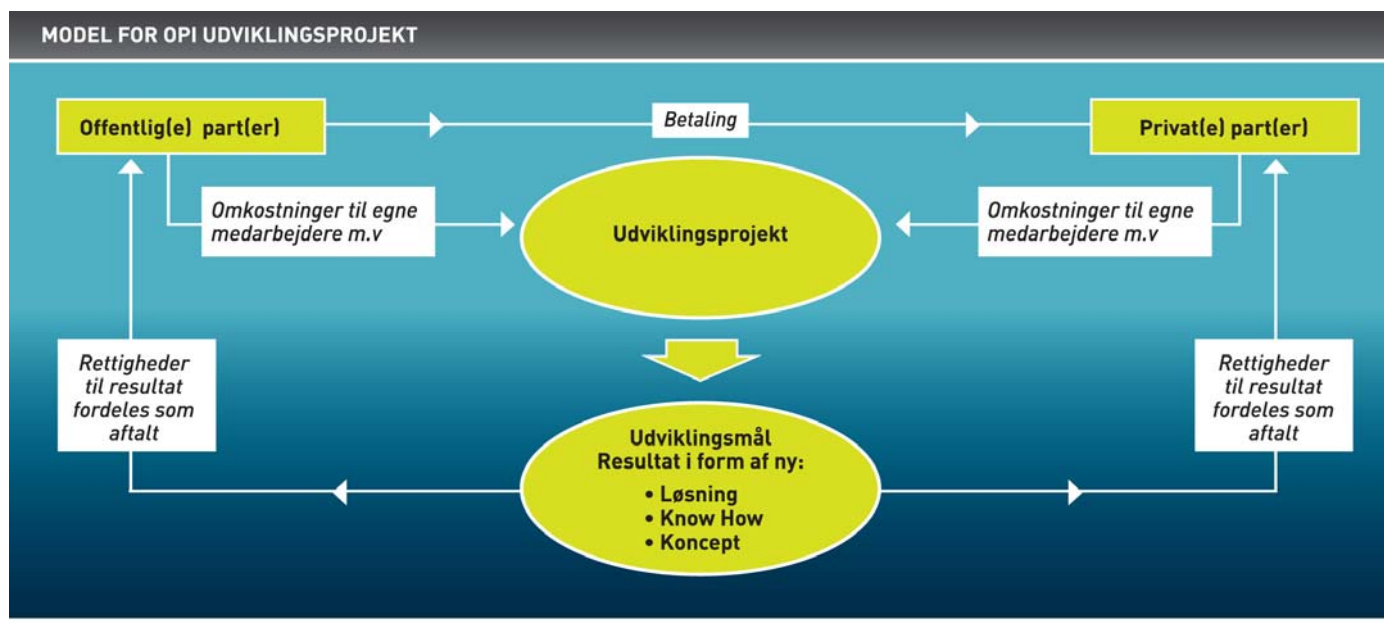
Plan C's partnerkreds repræsenterer hele værdikæden af aktører i energirenoveringen og kommer fra forskningsverdenen, den private sektor, den kommunale sektor og den almene sektor. Projektet bidrager til et nyt mindset i byggeriet – et mindset der handler om at tænke i helhedsløsninger. Plan C vil fremme en ny renoveringspraksis, der kan skabe værdi for såvel miljøet og brugerne som for samfundsøkonomien. Projektet fokuserer på hele værdikæden, lige fra planlægning og finansiering over kompetencesammensætning og fysiske løsninger til drift og adfærd.

Partnere

Albertslund Kommune, Brøndby Kommune, Hvidovre Kommune, Ishøj Kommune, Københavns Kommune, Vallensbæk Kommune, KL, BO-VEST, Glostrup Boligselskab, KAB, Dong Energy, Københavns Energi, VEKS, Ai-gruppen, ARCON Solar, BRF Kredit, Brumata, COWI, Enemærke & Petersen, Exhausto, Henning Larsen Architects, Kuben Management, NCC, Plan Miljø, Rørbæk og Møller Arkitekter, Schneider Electric Buildings, Sonnenkraft, Teknologisk Institut, VELFAC, VELUX, Window Master, Dansk Byggeri, Alexandra Instituttet, DTU Byg, Copenhagen Business School.

Kontakt

Sif Enevold, Leder af Plan C
Vognporten 2
2620 Albertslund
Telefon: 4368 3406
Mobil: 3145 6747
Sif.Enevold@Gate21.dk



Sammendrag

Som det nærmere er beskrevet og uddybet i nærværende notat, er det muligt at strukturere et offentligt-privat samarbejde om innovation som et udviklingsprojekt, således at deltagelse i et sådant projekt ikke udløser udbudspligt for de deltagende offentlige projektdeltagere, og således at der ikke opstår inhabilitet for de private projektdeltagere. I projektet kan indgå viden og rettigheder til patenter, værker, design, data, know-how m.v., som deltagerne havde på forhånd, og der kan tilsvarende under projektløbet oparbejdes viden og opstå rettigheder til de opnåede udviklingsresultater.

I ovenstående illustration er vist hvordan et udviklingsprojekt (OPI) aftalt mellem offentlige og private parter kan opdeles dels i de bidrag, parterne hver især yder til projektet i form af omkostninger til projektmedarbejdere og eventuelle udgifter til materialer o.l., der skal bruges under projektet, den betaling, som den offentlige part yder den private part, dels de værdier - i form af viden, resultater og tilknyttede rettigheder - som projektet tilføjer henholdsvis den offentlige og private part.

Den illustrerede model er vejledende for, hvordan parterne bør forholde sig udbudsretligt og statsstøtteretligt. I første omgang er det afgørende, at der er tale om et udviklingsprojekt/innovationsprojekt og ikke om levering af en traditionel ydelse.

Udviklingsprojektet skal være målrettet frembringelse af (viden om og efterprøvelse af) generelle løsninger, der kan have betydning for - men ikke alene indgår som led i - konkrete opgaver og eventuelle efterfølgende udbud. Det vil være naturligt, hvis et udviklingsprojekt om byggetekniske løsninger inddrager flere forskellige prøvekonstruktioner/-installationer. Forsknings- og videninstitutioner kan være værdifulde parter i et udviklingsprojekt. Et udviklingsprojekt med en offentlig og en privat part samt en videninstitution som tredjepart betegnes ofte som et samarbejde efter Triple Helix-modellen. Nærværende notat omhandler blandt andet sådanne Triple Helix samarbejder.

Hvis et udviklingsprojekt er struktureret på ovennævnte måde, foreligger der som hovedregel ingen udbudspligt. En aftale om et udviklingsprojekt vil typisk ikke være omfattet af udbudsdirektivet, enten fordi der ikke er tale om en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsretlig forstand, jf. direktivets artikel 1, stk. 2, litra a, eller fordi aftalen er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 16, litra f.

Ejerskabet til og retten til at anvende den opnåede viden og resultater, dvs. rettighederne til projektets resultater og udnyttelsen af disse, kan fordeles mellem deltagerne, herunder eventuelt således at hovedparten af rettighederne tilgår de private projektdeltagere. I tilfælde af indledning af et offentlig-privat samarbejde uden udbud, hvor en privat part - typisk på

”Ejerskabet til og retten til at anvende den opnåede viden og resultater, dvs. rettighederne til projektets resultater og udnyttelsen af disse, kan fordeles mellem deltagerne”

baggrund af dennes kommercielle muligheder og bidrag til projektet - tildeles hovedparten af rettighederne til projektræsultaterne, anbefales det, at øvrige projektdeltagere får ret til at udnytte resultaterne i egen virksomhed, og at den private projektdeltager, der er tildelt rettighederne, får pligt til at give licens til tredjemand på markedsvilkår.

Derved undgås det, at der opstår en situation, hvor den private projektdeltager som følge af projektdeltagelsen bliver den eneste mulige leverandør af en ydelse, som efterfølgende måtte blive efterspurgt i et udbud gennemført af samme offentlige projektdeltager. Den private part kan omvendt på sin side sikre sig, at denne i tilfælde af et efterfølgende udbud, hvor udviklingsprojektets resultater viser sig relevante, enten vinder udbuddet eller modtager vederlag for den vindende virksomheds udnyttelse af rettighederne.

Efterfølgende udbud udformes af en offentlig myndighed, som naturligvis gerne må anvende den viden om løsningsmuligheder, som myndigheden måtte have opnået i udviklingsprojekter, som myndigheden har deltaget i. De deltagende offentlige parter kan forpligte sig til at udforme efterfølgende udbud, hvor udviklingsresultaterne kan vise sig relevante, på en sådan måde, at de private projektdeltagere ikke bliver inhabile.

Hvis der under udviklingsprojektet udfindes mere konkrete løsningsmodeller, som kan tænkes anvendt direkte under efterfølgende udbud, anbefales det, at disse løsningsmodeller i givet fald dokumenteres og gøres tilgængelige for alle tilbudsgiverne i udbuddet. Har de private parter fået tildelt rettigheder til projektræsultater, kan disse gøres tilgængelige gennem anvisning af en licensadgang hos vedkommende private part. Udbudsvilkårene kan således opstilles af den offentlige myndighed på baggrund af viden fra udviklingsprojektet, men uafhængigt af de privat deltagende parter.

Formål

Formålet med nærværende notat er at analysere og beskrive en egnet juridisk model for etablering af et offentlig-privat innovationssamarbejde, hvor det konstaterede innovationspotentiale udnyttes samtidig med at parternes incitament oprettholdes, og de oplevede barrierer overvindes.

Modellen analyseres og beskrives på grundlag af byggeriets processer og tekniske udfordringer. Analysen omfatter de rettigheder, som indgår og som skabes i samarbejdet samt den måde, hvorpå disse rettigheder bør håndteres.

Notatet er bestemt for en bredere kreds af interessenter og deltagere i offentlig-private samarbejder, og er dels tænkt som et redskab til at fremme offentlig-private initiativer i relation til opbygning af OPI-kompetencer og værdifulde innovationsalliancer og innovationsteams, som kan forestå offentlig-private udviklingsprojekter inden for byggeriet¹, og dels tænkt som en vejledning til fremme af konkrete OPI-projekter mellem det offentlige byggeris parter.

Det bemærkes for god ordens skyld, at emnet for notatet dels er teknisk og juridisk komplekst og dels kun er behandlet sparsomt i den juridiske litteratur og praksis, hvorfor notatet ikke kan træde i stedet for juridisk rådgivning om de konkrete forhold ved organisering og aftaleindgåelse om OPI-projekter.

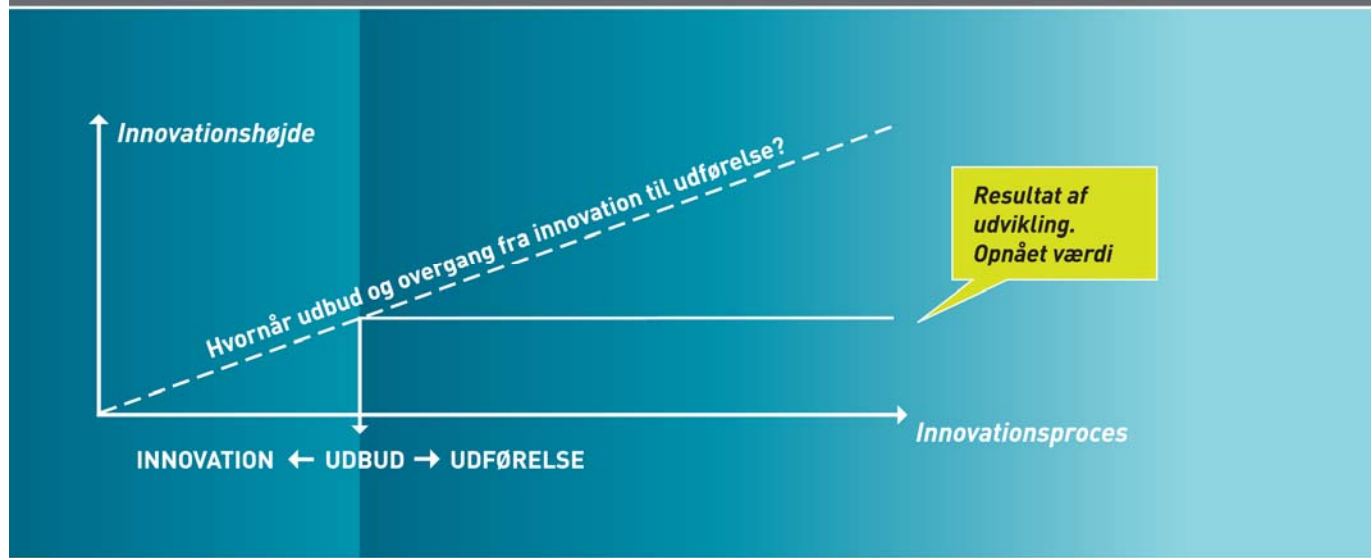
Baggrund

Baggrunden for nærværende notat er et konstateret behov for fremme af innovation inden for byggeriet. Der er behov for et øget og smidigere innovativt samarbejde mellem på den ene side offentlige bygherrer med indsigt i det offentlige behov og udfordringer og på den anden side de private leverandører, som både har kendskab til byggeriets processer, til den praktiske, detaljerede udførelse og til projektering og planlægning af byggesager² med mulighed for, at også videninstitutioner

¹ Dette gælder eksempelvis de kompetencer, der er tilknyttet Gate 21 gennem forningens partnere, se også note 2.

² I Foreningen Gate 21, der er et partnerskab mellem en række kommuner, private virksomheder og forskningsinstitutioner om udvikling af ambitiøse løsninger på

STRUKTURERET INNOVATIONSPROCES



kan indgå og bidrage med analyser og anvendelsesorienteret forskning.

Det er oplevelsen, at potentialet ikke udløses ved de forsøg, der er gjort på at gennemføre udbud med innovation, altså udbud på grundlag af en overordnet behovsbeskrivelse, som skal opfyldes ved tilbud på pris og – innovative – løsninger, samt med forudsætning om et samarbejde om innovation under projekterings- og udførelsesfasen mellem byherre, rådgivere og entreprenører. Der er konstateret en tendens til, at innovationen "stopper" ved udbuddet på trods af de gode hensigter og forudsætninger i udbudsbeskrivelsen.

Den tese, som ligger til grund for nærværende notat er, at innovationspotentialet bedst opnås ved en mere struktureret innovationsproces i form af et udviklingssamarbejde, og at innovationshøjden som illustreret ovenfor stiger, jo længere denne innovationsproces – til en vis grænse - kan få mulighed for at virke.

Udbudsreglernes krav om gennemsigtighed vil nødvendigvis forudsætte, at rammen for de innovative løsninger og den innovationsproces, der skal foregå efter et udbud,

det vil sige mellem den vindende part i et udbud og myndigheden, afgrænses af den beskrivelse – om end overordnet – som er anført i udbudsbetingelserne. Endvidere må det ud fra ordinære kommercielle betragtninger antages, at den private part efter et udbud i højere grad vil have fokus på at optimere indtjeningen ved at levere den beskrevne ydelse med lavest mulige omkostninger, end på at udvikle og gennemføre den dialog, der skal til for at bearbejde ordregiverens viden og derudfra nå frem til bedre afstemte, innovative løsninger. Dette har givet anledning til overvejelser om mulighederne for at styrke innovationen og opnå en bedre udnyttelse af et foreliggende innovationspotentiale gennem en tidlig, umiddelbar dialog i et nært samarbejde inden for rammerne af et udviklingsmål, men ikke afgrænset af en forud fastlagt opgavebeskrivelse formuleret som tekniske krav eller funktionsønsker i et udbud.³

Det er tillige oplevet som en væsentlig barriere for at etablere offentlig-private innovationssamarbejder, at de private deltagere i sådanne processer ofte anses for inhabile ved efterfølgende udbud, hvor de innovative resultater kan anvendes. De private deltagere mister derved incitamentet til at deltage i innovationssamarbejdet.

kommunernes klima- og energimæssige udfordringer, se www.gate21.dk, er det blandt partnerne oplevelsen, at der ligger et stort uudnyttet innovationspotentiale i offentlig-private samarbejder.

³ Der er i rapporten "Intelligent Offentlig Efterspørgsel og innovative offentlige udbud", FORA Publikation, november 2010 omtalt en proces, der indledes med sammensætning af undersøgelses- og innovationsteams med henblik på at afgrænse udviklingsmålet til det relevante omfang og formulere udbudsvilkårene derefter. Problemet med denne løsning er imidlertid, at dette fortsat vil udelukke de private parter, der hidtil ikke er blevet inviteret til at deltage på grund af egen interesse i at byde på den efterfølgende opgave, fra at være parter i den innovative proces.



Udbudsfri OPI

Udviklingsprojektet

Et udviklingsprojekt er kendetegnet ved at have et udviklingsmål og ved, at projektdeltagerne ikke på forhånd ved, om dette mål kan opnås. Der kan være tale om en bestilt udviklingsopgave, hvor en part blot skal levere udviklingsydelser til den anden part med henblik på at søge dennes udviklingsmål opfyldt. I de i nærværende notat omhandlede udviklingsprojekter har projektdeltagerne normalt et fælles udviklingsmål, om end parterne kan have forskelligt sigte på udnyttelse af resultaterne. Gennemførelse af et udviklingsprojekt kan aftales mellem såvel offentlige som private parter. En offentlig part, som vil deltage i et udviklingsprojekt, skal have offentligretlig, herunder bevillingsmæssig, hjemmel hertil. Den relevante hjemmel for kommuner vil ofte findes i erhvervsfremmeloven⁴ eller i kommunalfuldmagten⁵.

Et udviklingsprojekt, der indgås mellem offentlige og private parter med sigte på udvikling af nye, innovative løsninger, betegnes gerne som offentlig-private innovationsprojekter (OPI). Disse projekter er kendetegnet ved, at der ikke er tale om en bestilt udviklingsopgave, men om et udviklingssamarbejde, der bygger på en aftale om, at deltagerne bidrager til projektet

med hver sine kompetencer og hver sin baggrundsviden og tilhørende rettigheder.⁶

I et OPI-projekt er parterne således ikke i et kunde-leverandør forhold, selvom det godt kan forekomme, at nogle af eller alle de udgifter, der for en part er forbundet med projektet, finansieres af andre parter eller gennem tilskud fra støtteordninger.

Nærværende notat beskæftiger sig med udviklingsprojekter, som parterne på baggrund af egne erfaringer beslutter sig for eksempelvis at udskille fra konkrete byggeopgaver med henblik på at opnå en øget og mere berigende innovation i et offentlig-privat samarbejde.

Udviklingsprojektet træder ikke i stedet for (for)projektering af et konkret byggeri. En adskillelse af udviklingsprojektets mål fra målet med en konkret (for)projektering er derimod forudsætningen for, at en løsning opnår generisk værdi for såvel den offentlige som den private part og således ikke blot bliver en løsning, der kan anvendes i et enkelt konkret byggeri for en enkelt offentlig bygherre, men bliver en metode og/eller løsningsmodel, der kan finde anvendelse i forbindelse med en

⁴ Bekendtgørelse af lov om erhvervsfremme nr. 1715 af 16. december 2010

⁵ Kommunalfuldmagten er en betegnelse for de grundsætninger og den praksis, der regulerer kommunernes mulighed for uden anden lov hjemmel at påtage sig opgaver

⁶ Se illustration s. 1.

”Udviklingsprojekter anbefales ofte baseret på den såkaldte Triple Helix-model, hvor projektdeltagerne er dels offentlige myndigheder, dels private parter og dels viden-/forskningsinstitutioner.”

række fremtidige byggerier, uanset hvem bygherren er.⁷ Udviklingsprojekter anbefales ofte baseret på den såkaldte Triple Helix-model, hvor projektdeltagerne er dels offentlige myndigheder, dels private parter og dels viden-/forskningsinstitutioner. En tilsvarende model kan anvendes ved OPI-udviklingsprojekter inden for byggeriet.⁸

De private parter, herunder tekniske rådgivere og entreprenører, vil kunne bidrage med erfaring med byggeprocesser, materialer, design og økonomi. De offentlige parter får derved adgang til at bringe deres viden i spil i et udviklingssamarbejde med private med sigte på at afklare, hvilke nye innovative løsninger der bedst kan imødekomme det offentliges behov og efterspørgsel. Viden-/forskningsinstitutionerne, for eksempel Statens Byggeforskningsinstitut, vil kunne udføre og dokumentere de tekniske og videnskabelige undersøgelser og tests, der skal til for at undersøge og eftervise de sammenhænge og muligheder for innovative løsninger, som projektet måtte tilsinde at afdække eller identificere.

Et udviklingsprojekt kunne for eksempel dreje sig om optimering af indeklima og energiforbrug. De offentlige projektdeltagere, kunne være myndigheder med ansvar for drift af offentlige bygninger, og kunne derfor bidrage med indsigt i de oplevede problemer med indeklima, energiforbrug og om brugeradfærd, mens de private projektdeltagere kunne bidrage med erfaringer og viden om bygningsteknik, byggeprocesser og

løsningsidéer. Endelig kunne en forskningsinstitution bidrage med videnskabelig analyse af problemer og idéer.

Projektaktiviteterne kunne i givet fald bl.a. bestå i:

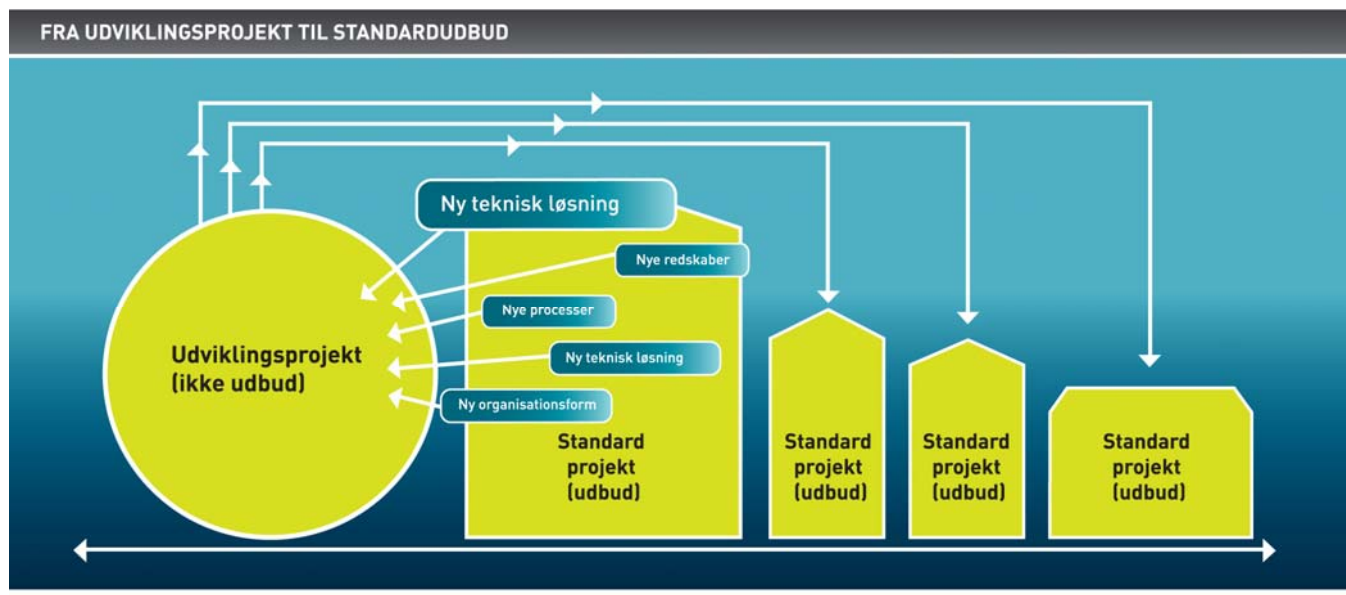
- Registrering af oplevede problemer med luftskifte, luftfugtighed og varmemeforbrug i de offentlige byggerier og i andre byggerier med tilsvarende problemer,
- Måling af de objektive forhold de pågældende steder,
- Generering af idéer til løsninger,
- Eventuelt videnskabelige forundersøgelser af de fundne løsningsforslag,
- Gennemførelse af forsøg på en eller flere prøvekonstruktioner eller -installationer,
- Måling på de gennemførte forsøg og videnskabelig bearbejdning af data fra målingerne,
- Evaluering af effekten og anvendeligheden af de fundne løsninger,
- Dokumentation.

Udviklingsprojektet kan føre til viden både om de analyserede problemer og de afprøvede idéer. Dette skulle gerne føre til et resultat i form af en bedre løsning på den aktuelle problemstilling, selvom en erkendelse af, at de afprøvede idéer ikke kan anvendes, også i sig selv kan udgøre værdifuld viden for alle parter.

Udfordringen for samarbejdet er at finde frem til det fælles udviklingsmål, der lader sig udskille fra de daglige gøremål og konkrete opgaver, der forestår. Sagt på en anden måde er parternes opgave at adskille udvikling fra de konkrete byggeopgaver, som parterne er vant til at håndtere. Nedenfor er søgt illustreret, hvordan eksempelvis ønsker om tilgang til forskellige nye innovative løsninger i forbindelse med overvejelser om fremtidigt byggeri kan tænkes udskilt i et ikke udbudspligtigt udviklingsprojekt.

7 Det er dog naturligvis ikke en forudsætning for et udviklingsprojekt, at det på forhånd er givet, at en løsning, som udviklingsprojektet måtte resultere i, også bliver udnyttet i forbindelse med flere byggerier, men udviklingsmålet skal have sigte på en generel anvendbarhed af de resultater, der søges opnået.

8 Se eksempel på sådan triple helix model i Erhvervs- og Byggestyrelsens analyse af offentligt – privat samarbejde om innovation, marts 2009. Det vil føre for vidt i nærværende notat at gennemgå alle former for projektorganisering, men det må i almindelighed anbefales, at aftaler mellem offentlig og private parter formaliseres eksempelvis ved brug af projektinitieringsaftaler i den indledende fase, der kan erstattes af egentlige projektaftaler, når projektets udviklingsmål og indhold er nærmere afstemt mellem parterne. Ved større indsatser vil det ofte være formålstjenligt at etablere et forum for sekretariat og kompetenceopbygning eventuelt i form af et offentlig-privat konsortium, forening, fond eller selskab, der gøres til part i udviklingsprojektet. Der findes flere eksempler på sådanne farbare konstruktioner.



Enighed om udviklingsprojektets mål er forudsætningen for samarbejdet, og også forudsætningen for en afklaring af, hvem der må bidrage med hvad, og i hvilket omfang disse bidrag skal finansieres af parten selv eller af andre parter eller af eventuelle tilskud. Der er i den forbindelse en sammenhæng mellem de parter, der skal have retten til at udnytte viden og resultater opnået under udviklingsprojektets forløb, og de parter, der stiller ressourcer enten i form af finansiering eller i form af vederlagsfrie ydelser til rådighed for udviklingsprojektet.

Værdien af et offentlig-privat samarbejde skal således både for de offentlige og de private parter kunne måles i det udbytte parterne respektivt opnår ved at deltage i samarbejdet. Parterne må i den forbindelse gøre sig klart, om de tilsigtede projekterresultater, som den enkelte part får del i, har tilstrækkelig værdi, eller om det offentlig-private samarbejde også kræver betaling enten fra den anden part eller fra eksterne midler/støtteordninger.

Parternes incitamenter

Parternes incitament for at etablere og igangsætte et offentlig-privat samarbejde om innovation og udvikling kan være mangeartede, herunder:

- Eliminering af risici for, at der anvendes forkerte eller utidssvarende løsninger i forestående byggerier.
- Opnåelse af generiske konkurrencefordele ved frembringelse af en løsning, der kan anvendes også over for andre offentlige ordregivere og altså i forbindelse med mere end et enkelt byggeri.

- Udvikling af processer for et mere dynamisk og gnidningsfrit offentlig-privat samarbejde, der af såvel den offentlige som den private part kan anvendes i forbindelse med samarbejde med andre parter.
- Tilgang til en bredere kreds af private parter, herunder entreprenørvirksomheder, og øget mulighed for inddragelse af disse i offentlig-private samarbejder uden inhabilitetskonsekvenser.
- Indblik i de offentlige bygherrers oplevede problemstillinger og bedre udnyttelse af de offentlige og private parterers viden, fremgangsmåder og netværk.
- Etablering af en stærkere markedsførings-/dialogplatform i samarbejder mellem offentlige og private virksomheder.
- Opnåelse af billigere og/eller mere effektive løsninger og dokumentation for løsningens fordele også markeds-/konkurrencemæssigt.
- Erhvervelse af rettigheder til løsninger, der efterspørges af offentlige bygherrer.

Det kan kun anbefales, at såvel offentlige som private parter på forhånd gør sig overvejelser om de fordele, der er forbundet med et offentlig-privat innovationssamarbejde, og de værdier, som projektet kan tilføre parterne. Parternes evt. forskellige interesser må identificeres, og deres bidrag til projektet afstemmes dertil.

Parterne vil typisk have fælles interesser i at opnå det med udviklingsprojektet tilsigtede mål og ønske om fremadrettet at kunne anvende de indvundne erfaringer og frembragte løsninger i deres respektive virksomheder. Udviklingsprojektet

”Hvis den private part ikke modtager nogen betaling og dermed ikke får nogen form for kontant betaling for sit projektbidrag, kan der som nævnt ikke være tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt.”

giver mulighed for at opnå dokumentation for, at den frembragte innovative løsning er teknisk eller økonomisk fordelagtig.

For den offentlige projektdeltager vil OPI-projektet således kunne frembringe en ønsket og dokumenteret generisk anvendelig løsningsmodel/-metode, og for den private deltager vil projektet omvendt frembringe et kommercielt produkt eller en kommerciel proces, der er behov for i offentligt regi og hvis fordele er dokumenteret.

Den private projektdeltager vil kunne benytte OPI-processen som en markedsføringsplatform, der giver virksomheden mulighed for at styrke kunderelationen til offentlige bygherrer og opsamle viden om forestående projekter i offentligt regi. Tilsvarende får den offentlige part mulighed for under OPI-processen at anvende denne som en virksomhedsrettet kommunikationsplatform og styrke sine dialogprocesser og netværk med relevante virksomheder.

Den private projektdeltager kan også have interesse i en betaling for eller omkostningsdækning af den private projektdeltagers bidrag til udviklingsprojektet og - som det fremgår nedenfor - vil en sådan betaling ikke nødvendigvis udløse en udbudsforpligtelse for den offentlige projektdeltager.

De udbudsretlige og statsstøtteretlige udfordringer

I det følgende afsnit gennemgås og analyseres de juridiske udfordringer ved de omhandlede udviklingsprojekter, idet der redegøres for, at de udbudsretlige og statsstøtteretlige regler ikke står i vejen, hvis udviklingsprojekterne struktureres, som det nærmere er beskrevet nedenfor.

Udviklingsprojektets udbudsfrihed.

Udbudsdirektivet gælder for offentlige indkøb i form af offentlige kontrakter, hvorved der efter direktivets artikel 1, stk. 2, litra a, forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde og levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af direktivet.

I direktivets artikel 1, stk. 2, litra d, defineres offentlige tjenesteydelseskontrakter, som de offentlige kontrakter, som hverken vedrører vareindkøb eller bygge- og anlægsarbejder, men som derimod vedrører de tjenesteydelser, som er opregnet i direktivets bilag II.

Aktiviteterne i udviklingsprojektet vil normalt svare til de offentlige tjenesteydelser, som er defineret i direktivets artikel 1, stk. 2, litra d, jf. litra a.

Da en projektaftale imidlertid ikke vedrører levering af sådanne tjenesteydelser til en ordregivende myndighed, men derimod vedrører en fælles indsats i et projektsamarbejde, hvor projektdeltagernes bidrag tilgår projektet med henblik på at nå projektdeltagernes fælles udviklingsmål, vil der normalt allerede af den grund ikke være tale om en gensidigt bebyrdende offentlig kontrakt, som er omfattet af udbudspligten efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a.⁹

Et offentlig-privat udviklingsprojektsamarbejde kan dog være finansieret på forskellig måde. I relation til udbudsreglerne er det af betydning, om og på hvilke vilkår den offentlige part finansierer projektet med kontante midler, som helt eller delvist tilgår den private part.

⁹ Der henvises herved til Konkurrence- og Forbrugestyrelsens redegørelse af 4. april 2011 vedrørende "Klage over Viborg kommunes aftale med VIBORGegnens Erhvervsråd", hvor styrelsen fandt, at en aftale om erhvervsrådets udførelse af erhvervsfremmende aktiviteter nok var en aftale, men at aftalen ikke kunne anses for gensidigt bebyrdende, da kommunens betaling ikke ansås for betinget af specifikke ydelser fra erhvervsrådet, men mere havde karakter af en generel finansiering af erhvervsfremmeaktiviteterne, samt til de i redegørelsen nævnte afgørelser fra EU-domstolen.

Ingen kontant betaling

Hvis den private part ikke modtager nogen betaling og dermed ikke får nogen form for kontant betaling for sit projektbidrag, kan der som nævnt ikke være tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt. Selv om den private part efter udviklingsprojektaftalen skal modtage hovedparten af rettighederne til den viden, der opstår i projektet ("forgrundsviden", jf. nedenfor), og på den måde "får noget ud af det" er der altså ikke nogen form for udbudspligt for den offentlige part ved indgåelse af en sådan udviklingsprojektaftale.

Hvis der ikke er sammenhæng mellem den private parts projektbidrag og de rettigheder, som den private part får, kan der efter omstændighederne være tale om ulovlig statsstøtte. Den offentlige part kan således stille baggrundsviden og andre ressourcer af stor værdi til rådighed for projektet, således at den private part samlet set modtager fordele, som udgør statsstøtte. Det skal håndteres efter de statsstøtteretlige regler, jf. nedenfor. Man kan udtrykke det sådan, at det er et spørgsmål om, hvorvidt den offentlige part sælger sine værdier til den rigtige pris, eller om værdierne delvist foræres til den private part som statsstøtte. Der skal ikke betales noget til den private part, og der er derfor ikke noget spørgsmål om, hvorvidt den offentlige part foretager et *indkøb*, som kan være omfattet af udbudsreglerne.

Markedsmæssigt vederlag

Hvis den private part på den anden side modtager kontant betaling via den offentlige parts kontante finansiering, således af den private part samlet set – det vil sige inklusive værdien af de rettigheder til projektets forgrundsviden, som den private part får i henhold til udviklingsprojektaftalen - opnår et vederlag, der svarer til den markedsmæssige værdi af sit projektbidrag, vil der være tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt af den type, der som udgangspunkt er udbudspligtig efter udbudsdirektivet.

Denne type aftaler er imidlertid undtaget fra udbudspligt efter udbudsdirektivets artikel 16, litra f. Denne bestemmelse undtager således kontrakter "om tjenesteydelser vedrørende

forskning og udvikling" med mindre udbyttet af kontrakten "udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til

brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed".

Baggrunden for undtagelsen fremgår af udbudsdirektivets præambel, betragtning 23:

"I henhold til traktatens artikel 163 udgør fremme af forskning og teknologisk udvikling et af midlerne til at styrke det videnskabelige og teknologiske grundlag for Fællesskabets industri, og den frie adgang til offentlige kontrakter bidrager til at nå dette mål. Samfinansiering af forskningsprogrammer bør ikke være omfattet af dette direktiv. Derfor gælder direktivet ikke for tjenesteydelseskontrakter om forskning og udvikling, bortset fra sådanne, hvis udbytte udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, forudsat at tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed."

De i nærværende notat omhandlede projekter om innovation i byggeriet vil således være omfattet af undtagelsesbestemmelsen, selv om projektet måtte indebære, at der foretages et sådant indkøb, hvor den private projektdeltager via den offentlige projektdeltagers finansiering samlet set opnår et markedsmæssigt vederlag for sit projektbidrag.

Undtagelsen gælder dog ikke, hvis den offentlige part modtager alle rettighederne, og hele det markedsmæssige vederlag til den private part derfor betales kontant.

Europa-Kommissionens meddelelse KOM (2007) 799 og det tilhørende arbejdsdokument SEC (2007) 1668 om prækommercielle indkøb, begge af 14. december 2007, indeholder forslag til, hvordan undtagelsen i artikel 16, litra f, kan anvendes. Det fremgår heraf, at undtagelsen ikke kun gælder for meget teoretiske forskningsprojekter, men også for aktiviteter vedrørende "løsning og design, fremstilling af prototyper samt nyudvikling af et begrænset antal førstegangsprodukter eller

”Det samlede vederlag, som den private part modtager, vil være ulovlig statsstøtte, hvis det overstiger markedsprisen for den private parts bidrag.”

”tjenester som en prøveserie”. Aktiviteterne kan således *”omfatte en begrænset produktion eller begrænsede ydelser, der indgår i et feltforsøg for at vise, at produktet eller tjenesten kan fremstilles eller leveres i større mængder og i en acceptabel kvalitet”.*

Undtagelsesbestemmelsens krav til udviklingsprojektets indhold er således beskedne, og det er svært at forestille sig et udviklingsprojekt, som beskrevet ovenfor, som ikke vil være omfattet.

Kommissionen anbefaler, at de private parters deltagelse i et prækommercielt indkøb som beskrevet i ovennævnte dokumenter annonceres og konkurrenceudsættes efter principperne i EU-Traktaten, det vil sige en mindre omfattende udbudsproces, end den som gælder efter udbudsdirektivet. Kommissionen forudsætter, at kontraktvilkårene fastsættes på forhånd og gengives ved annonceringen, således at der indhentes priser fra de interesserede i form af tilbud om at deltage mod vederlag i form af dels det i tilbuddet fastsatte kontante vederlag og dels de rettigheder, som ifølge kontraktvilkårene skal tilhøre tilbudsgiveren.

Baggrunden for Kommissionens anbefaling er primært, at der ved denne annoncering sikres bevis for, at den private part ikke modtager statsstøtte. Den private part bliver jo honoreret dels med et kontant vederlag og dels ved at få tildelt en del af rettighederne til den viden, der opnås under det prækommercielle indkøb. Som udgangspunkt kender den offentlige part hverken markedsprisen for den private parts projektbidrag eller markedsprisen for de rettigheder, som den private part får. Hvis kontrakten om fordeling af rettigheder m.v. annonceres og konkurrenceudsættes, inden valg af den private part, vil denne proces udgøre tilstrækkeligt bevis for, at kontrakten er indgået på markedsvilkår og dermed ikke indebærer ulovlig statsstøtte. Konkurrenceudsættelsen indebærer således, at markedets aktører på en gang vurderer værdien af rettighederne og værdien af deres projektbidrag, hvilket kommer til udtryk i deres tilbud om projektdeltagelse mod kontant betaling af et beløb svarende til differencen mellem disse to værdier.

Som sekundær begrundelse for anbefalingen om annoncering af prækommercielle indkøb nævner Kommissionen, at EU-traktatens principper om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-diskrimination. Denne begrundelse er ikke uddybet nærmere, men synes at være støttet på de samme hensyn, som ligger til grund for de statsstøtteretlige overvejelser, jf. ovenfor. Der er således tale om en gensidigt bebyrdende aftale, hvorefter der fra en ordregivende myndighed betales et markeds-mæssigt vederlag for en privat parts levering af en forsknings- og udviklingsydelse. Det ovenfor nævnte forhold - nemlig at den offentlige part som udgangspunkt hverken kan vurdere værdien af rettighederne eller værdien af den private parts projektbidrag - fører til, at der er risiko for, at den offentlige part betaler for meget, hvis ikke projektdeltagelsen annonceres og konkurrenceudsættes.

Sammenfattende kan det altså konkluderes, at selv om der således indgår et - prækommercielt - indkøb som led i en aftale om et offentlig-privat udviklingsprojekt, kan det altså iværksættes uden udbud efter udbudsdirektivet, men dog med forudgående annoncering. Det forudsætter dog, at rettighederne til projektresultatet deles mellem de offentlige og private projektdeltagere eller den private part ikke modtager fuldt (kontant) vederlag.

Det bemærkes for god ordens skyld, at reglerne i tilbudsloven på dette punkt har samme afgrænsning som udbudsdirektivet, jf. tilbudslovens § 15a, stk. 3.

Omkostningsgodtgørelse

En mellemsituation foreligger, hvis den private part – udover en andel af rettighederne - modtager en kontant betaling, som opgøres og administreres som lovlig statsstøtte, enten som de minimis-støtte¹⁰ eller som statsstøtte tilladt efter artikel 30-37 i Supergruppefritagelsesforordningen¹¹. Efter disse regler kan der ydes lovlig statsstøtte til en privat virksomheds delta-

¹⁰ Jf. Kommissionens forordning (EF) nr. 1998/2006 af 15. december 2006 om anvendelse af traktatens artikel 87 og 88 på de minimis-støtte.

¹¹ Jf. Kommissionens forordning (EF) nr. nr. 800/2008 af 6. august 2008 om visse former for statsstøtte forenelighed med fællesmarkedet i henhold til traktatens artikel 87 og 88 (generel gruppefritagelsesforordning).

gelse i forsknings- og udviklingsprojekter til dækning af en del af den private virksomheds faktiske omkostninger ved projektdeltagelsen. Omkostningerne kan omfatte den private parts faktiske lønudgifter til de medarbejdere, der deltager i projektet, eventuelt med tillæg af veldokumenterede overheadomkostninger i form af eksempelvis husleje- og driftsomkostninger, som er knyttet til de pågældende medarbejders virke. Efter de minimis-reglerne kan der inden for et samlet beløb på EUR 200.000 over tre år ydes fuld omkostningsdækning. Efter Supergruppefritagelsesforordningens artikel 31 kan der ydes godtgørelse af en del af omkostningerne med forskellige satser, der ligger mellem 25 og 100 %.

Det rigtigste vil være at betragte denne situation helt som den situation, hvor der ikke indgår nogen kontant betaling til den private part. Kendetegnende for en gensidigt bebyrdende kontrakt er således, at der foretages et indkøb på et marked, altså til markedspris. Godtgørelsen af den private parts omkostninger efterlader ikke nogen mulighed for uigennemsigtig eller ukontrolleret fortjeneste hos den private part i det omfang, omkostningsgodtgørelsen sker inden for de statsstøtteretlige rammer. Omkostningsgodtgørelsen opgøres og vurderes i givet fald som statsstøtte, og den kontante betaling til den private part er herefter i overensstemmelse med de EU-retlige regler, hvis ellers statsstøttereglerne vurderes at være overholdt. Tilbage står så risikoen for, at den private part får tildelt for stor en del af rettighederne i forhold til sit projektbidrag, hvilket, jf. ovenfor, også er et statsstøtteretligt spørgsmål; altså et spørgsmål om et *salg*.

Netop det forhold, at der er tale om (lovlig) statsstøtte understreger, at der ikke er tale om en gensidig bebyrdende aftale om leverance af en ydelse til markedspris. I det omfang den offentlige part dækker omkostninger ud over, hvad statsstøttereglerne tillader, vil der derimod være anledning til at vurdere projektaftalen efter udbudsdirektivets art. 16, litra f, på samme måde som anført ovenfor om prækommercielle indkøb.

Der foreligger ikke EU-domspraksis, der tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt betaling af en omkostningsdækning fører til en forpligtelse til konkurrenceudsættelse. Sager, hvor

det vurderes, om betalinger er sket i overensstemmelse med statsstøttereglerne indeholder ikke supplerende vurderinger af, om lovlig statsstøtte også skulle konkurrenceudsættes efter udbudsreglerne for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed. Det ville også forekomme helt absurd, hvis en omkostningsgodtgørelse, der sker i overensstemmelse med statsstøttereglerne, skulle konkurrenceudsættes blot for at sikre at andre private parter ikke kunne levere bidrag til udviklingsprojektet billigere. En konkurrenceudsættelse ville jo have til formål at afdække en korrekt markedspris og i givet fald ville der slet ikke være tale om statsstøtte. Det er derfor nærliggende at antage, at der ikke består et krav om konkurrenceudsættelse, når omkostningsgodtgørelsen er betalt i overensstemmelse med statsstøttereglerne.

Andre ydelser end tjenesteydelser

Efter en projektaftale som ovenfor skitseret kan der indgå udførelse af forsøgs konstruktioner eller -installationer. Disse aktiviteter vil ofte være accessoriske i forhold til udviklingsaktiviteten. Endvidere vil forsøgsbyggerier eller -installationer sjældent være *"bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion"*, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra b. I givet fald vil disse konstruktioner og installationer blot indgå som en del af aktiviteten i udviklingsprojektet.

Hvis der i et udviklingsprojekt skal gennemføres mere substantielle forsøgsbyggerier, kan udførelsen heraf ske efter reglerne i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Endvidere kan indkøb af varer, der alene er fremstillet med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling ske uden forudgående annoncering efter udbudsdirektivets artikel 31.

Andre udbudsdirektiver

Ovenstående referencer til udbudsdirektivet gælder Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

For forsyningsvirksomhed og for forsvars- og sikkerhedsområdet gælder to særlige direktiver: Europa-Parlamentets og

”Rettigheder til projekresultater omfatter ikke alene egentlige patentrettigheder, der formentlig sjældent vil kunne opnås, men alle former for rettigheder til udviklingsresultater, herunder retten til at udnytte dokumentationen for og den frembragte viden om løsningen, eventuelle designs, IT-programmel m.v.”

Rådets direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet. Disse to direktiver indeholder bestemmelser svarende til de i nærværende notat omtalte.

Rettigheder til projekresultatet

Forudsætningen for igangsætning og gennemførelse af et udviklingsprojekt er i almindelighed, at de deltagende parter har mulighed for at tilføre projektet de fornødne kompetencer og ressourcer. Den viden, som parterne tilfører projektet, kaldes typisk for ”baggrundsviden”, mens den viden og de resultater, der opnås under projektforløbet, kaldes for ”forgrundsviden”.

Parterne vil sædvanligvis have interesse i fortsat at kunne benytte deres baggrundsviden også efter projektets afslutning og accepterer også gerne de øvrige parters interesse i samme¹². Er der tale om erhvervshemmeligheder vil der ligeledes typisk være aftalt en tavshedspligt for de offentlige og øvrige projektparter desangående. Spørgsmålet om fordeling af rettigheder knytter sig derfor til den forgrundsviden, herunder projekresultaterne, der opstår under projektet. Det er også rettighederne dertil, som udbudsdirektivet refererer til.

Det er ikke i alle udviklingsprojekter, at parterne er tilstrækkeligt opmærksomme på værdien af den viden og de resultater, som projektet skaber. Det gælder også for byggeriets innovation. I takt med behovet for nye innovative løsninger hos offentlige bygherrer må det antages, at tilgangen til sådanne løsninger og rettighederne til disse vil få større betydning.

¹² Det bør i reglen sikres, at rettigheder forbundet med den ordregivende myndigheds baggrundsviden – den viden, som myndigheden på forhånd har og bidrager med til projektet - ikke overdrages den private part, men fortsat kan benyttes af myndigheden også efter projektet.

Som det følger af de ovennævnte krav om fordeling af rettigheder, hvis et (eventuelt delvist vederlagt) udviklingsprojekt skal kunne igangsættes uden udbud bør der i aftaler om offentlig-private udviklingssamarbejder optages bestemmelser om, hvordan der skal forholdes med rettigheder, der måtte opstå under et udviklingsprojekt, herunder om rettigheder til de løsninger og resultater, der tilsigtes opnået. Fordelingen bør stå i rimeligt forhold til parternes bidrag og risiko.

Kommissionen udtaler således også i ovennævnte dokumenter om prækommercielle indkøb, at der ved fastlæggelse af vilkårene for indkøbet bør tages højde for, at et udviklingsprojekt kan føre til en viden af en så konkret, nyskabende karakter, at denne viden kan beskyttes immaterialretligt, altså ved patent, ophavsret eller lignende. Der argumenteres for, at den private part ofte vil være bedst egnet til at beskytte og udnytte sådanne rettigheder, mens den ordregivende myndighed primært skal sikre, at myndigheden selv kan udnytte den pågældende viden og en eventuel forskningsinstitution primært ønsker at kunne udnytte den pågældende viden i videregående forskning. De immaterielle rettigheder tænkes derfor som udgangspunkt overladt til den private part.

Det kan i den forbindelse aftales, at den private part som følge af sit (vederlagsfrie) bidrag til projektet erhverver enerettigheder til udviklingsprojektets resultater. Særlig af statsstøtteretlige grunde bør den offentlige part dog som anført af Kommissionen sikre sig, at de – i det omfang de selv bidrager til udviklingsprojektet - selv har mulighed for at udnytte rettighederne internt. Endvidere anbefaler Kommissionen¹³, at den private part i aftalen tilpligtes at give andre virksomheder adgang til at udnytte de under (men altså ikke før) udviklingsprojektet opnåede rettigheder mod betaling af et rimeligt vederlag herfor (”på rimeligt markedsvilkår”).¹⁴

¹³ Kommissionens meddelelse, KOM (2007) 799 og det tilhørende arbejdsdokument SEC (2007) 1668.

¹⁴ Som anført ovenfor kan der blive tale om ulovlig statsstøtte, hvis værdien af enerettighederne sammen med det modtagne vederlag udgør mere end markedsværdien for den ydelse, som det offentlige får ud af den private parts projektdeltagelse. I tvivlstilfælde kan der foretages meddelelse til Kommissionen efter EU-traktatens artikel 107-109 (tidligere EF-Traktatens artikel 87-89).

Det bemærkes i den sammenhæng, at udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, giver ordregivende myndigheder særskilt hjemmel for at *"indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse", "når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør"*. Det er i den forbindelse ikke tilsigtet, at sådanne enerettigheder for en leverandør, bør opstå som følge af et udviklingsprojekt, som den ordregivende myndighed selv bidrager til.

I aftaler om offentlig-private udviklingsprojekter bør der derfor som led i vilkår om fordeling af rettighederne til den viden og de resultater, der opstår i projektet, træffes aftale om licenser til øvrige projektdeltagere og vilkår om rettighedshaverens pligt til at give de fornødne licenser til tredjemand på markedsvilkår, så rettighedsfordelingen ikke udelukker en fri konkurrence. Markedsvilkår betyder i den forbindelse, at den private part gennem sådanne licenser skal gives mulighed for at få dækket sine projektkomkostninger og opnå sædvanligt forretningsmæssigt udbytte af sin projektdeltagelse i lyset af både de resultater, der er opnået, og de omkostninger og risici, dette har indebåret.¹⁵

Det er således også i overensstemmelse med Kommissionens anbefalinger, at en aftale om den private parts enerettigheder til et projektresultat – uanset en evt. pligt til at meddele licens til andre - indebærer, at anvendelse af den frembragte løsning i et offentligt byggeri, der efterfølgende sendes i udbud forudsætter, at den private part enten får tildelt opgaven eller får ret til en licensbetaling fra den anden private part, der måtte vinde udbuddet.

¹⁵ Det må anbefales den offentlige part at fastsætte nærmere vilkår vedrørende denne markedspris, for det tilfælde der er en mulighed for, at den offentlige myndighed senere skal foretage udbud, hvor løsningen kunne tænkes anvendt. Det kan eksempelvis i den forbindelse aftales, at andre virksomheders licensvederlag ikke kan overstige den omkostning, som den offentlige part i givet fald selv skal betale for brug af løsningen.

Eliminering af inhabilitet

Den private part i et offentlig-privat udviklingsprojekt må dog ikke have indflydelse på fastlæggelse af udbudsvilkår forbundet med et udbud af en efterfølgende byggeopgave, hvor resultater fra udviklingsprojektet ønskes anvendt, hvis den private part selv ønsker at byde på opgaven. Nedenfor redegøres nærmere for, hvordan risikoen for sådan inhabilitet elimineres.

Regulering af risiko for efterfølgende inhabilitet

Tidlige overvejelser om at iværksætte samarbejder om forprojektering og idéudveksling mellem bygherrer, rådgivere og entreprenører, er ofte stødt på den barriere, at de involverede rådgiverne og entreprenørerne frygter at blive afskåret fra at byde på den efterfølgende opgave. Rådgiverne og entreprenørerne kan således blive inhabile i det efterfølgende udbud, hvis det forudgående samarbejde giver dem en konkurrencefordel under udbuddet.

Det ovenfor beskrevne udviklingsprojekt har imidlertid grundlæggende ikke karakter af forprojektering knyttet til en konkret byggeopgave eftersom udviklingsdelen netop er udskilt og adskilt fra en sådan og således har sit eget udviklingsmål om realisering af en generelt anvendelig løsning.

Der bør dog i en aftale om et offentlig-privat udviklingsprojekt tages højde for, at de løsninger, som udviklingsprojektet sigter mod at opnå, kan indgå direkte i efterfølgende udbud. Det er i den forbindelse væsentligt at bemærke, at det er den offentlige part i udviklingsprojektet, der som ordregivende myndighed udarbejder udbuddet og dets vilkår, og at fastlæggelsen af udbudsvilkårene således først sker efter at udviklingsprojektet har frembragt en løsning, som den ordregivende myndighed har interesse i at benytte.

”Det skal bemærkes, at inhabilitet jo kun opstår i relation til den offentlige part, som udviklingsprojektet er gennemført i samarbejde med. I det omfang andre offentlige myndigheder ønsker at anvende en løsning som den udviklede, er der ingen pligt til hverken at tilgængeliggøre informationer om den udviklede konkrete løsning eller stille krav til rettighedsejeren om, at han skal stille løsningen til rådighed for andre.”

Det er således alene op til den offentlige part at sikre, at udbudsvilkårene formuleres på en måde, der ikke gør den private part i udviklingsprojektet inhabil. Dette krav kan og bør i givet fald optages allerede i parternes aftale om det fælles udviklingsprojekt, selvom det på tidspunktet for indgåelse af denne aftale alene kan stipuleres, at der muligvis kan blive tale om et efterfølgende udbud af en opgave, hvor resultatet af udviklingsprojektet eventuelt kan finde anvendelse. Sådant krav tjener også den offentlige parts interesse i ikke at være udelukket fra at inddrage projektresultatet i et efterfølgende udbud, også selv om den private part måtte være tillagt enerettigheder til projektresultatet.

Nedenfor redegøres nærmere for indholdet af den udbudsretlige inhabilitetsregel, samt for hvilken betydning reglen kan få for udbud, hvor ny viden fra et udviklingsprojekt som ovenfor beskrevet kan anvendes.

Inhabilitetsreglen

For alle udbud – såvel efter EU-udbudsregler som efter tilbudsloven – gælder et ligebehandlingsprincip, der har til formål at sikre, at udbudsprocesser gennemføres på en sådan måde, at konkurrencegrundlaget mellem de bydende ikke mærkbart fordrøjes.

I de ofte forekommende tilfælde inden for byggeriet, hvor en teknisk rådgiver deltager i et forudgående undersøgelsesarbejde for ordregiveren, vil der være en risiko for, at rådgiveren har opnået en særlig viden, der vil give vedkommende en konkurrencefordel under et efterfølgende udbud.

Det følger imidlertid af praksis fra EU-domstolen¹⁶, at det ikke er tilladt ubetinget at afskære rådgivere, der har deltaget i en forudgående undersøgelse fra et kommende udbud. Der skal således foretages en konkret vurdering af habilitetsspørgsmålet, hvor det skal undersøges, om udbuddet er tilrettelagt således, at rådgiverens eventuelle konkurrencefordel er udjævnet.

Efter praksis foreligger der således ikke inhabilitet for en rådgiver ved udbud af en rådgivningsopgave, blot fordi den pågældende har rådgivet ordregiveren i et forudgående undersøgelses- eller analysearbejde, der i en vis udstrækning er indgået i grundlaget for udbuddet. Rådgiveren anses alene for inhabil, såfremt det forudgående undersøgelses- eller analysearbejde konkret har resulteret i en konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

En sådan konkurrencefordel foreligger eksempelvis, hvis rådgiveren i den forudgående undersøgelse eller analyse har været involveret i tilrettelæggelsen af udbuddet, herunder eksempelvis i forbindelse med formulering og udformning af udbudsbetingelser og/eller tildelingskriterier.¹⁷

Ligeledes kan en konkurrencefordel være opnået, hvis rådgiveren ved den forudgående undersøgelse har opnået en særlig viden, som ikke eller kun vanskeligt vil kunne opnås af de øvrige tilbudsgivere. Såfremt en sådan viden gøres tilgængelig for de øvrige tilbudsgivere, og der i et efterfølgende udbud tages hensyn til den tid, som det vil tage de øvrige tilbudsgivere at sætte sig ind i materialet, er det imidlertid i praksis antaget, at rådgiveren ikke vil have opnået en konkurrencemæssig fordel, der vil medføre udelukkelse efter inhabilitetsreglerne.¹⁸ Udviklingsprojekter, som omhandlet i nærværende notat, skal have en generel anvendbar løsning og ikke levering af et konkret byggeprojekt som udviklingsmål. Udviklingsprojekter tager ikke udgangspunkt i at frembringe en viden, der medfører en konkret konkurrencefordel under et af samme ordregiver allerede forud for udviklingsprojektet tilrettelagt efterfølgende udbud. Udviklingsprojektet er netop adskilt derfra og har et andet mål, nemlig et mål om at udvikle

¹⁶ Se EF-domstolens afgørelse af 3. marts 2005 i Fabricom-sagen.

¹⁷ Se Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 13. januar 2004 i sagen E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune, Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 2. maj 2006 i sagen Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligforening m.fl. og Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 23. august 2006 i sagen Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt.

¹⁸ Se Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 31. maj 2010 i sagen Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet og Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 7. marts 2011 i sagen Yit A/S mod Skov- og Naturstyrelsen.

en løsning, ikke at udføre en bygge- og anlægsopgave eller en tjenesteydelse relateret dertil.

Hvis der imidlertid under et udviklingsprojekt måtte frembringes en konkret løsning, og den ordregivende myndighed efterfølgende ønsker at udbyde en opgave, hvor den pågældende løsning viser sig fordelagtig at anvende, vil den private deltager i udviklingsprojektet ikke være inhabil, hvis løsningen er beskrevet på en sådan måde, at andre tilbudsgivere kan levere den pågældende ydelse og hvis de andre tilbudsgivere får den fornødne tid til at sætte sig ind i materialet.

Den ordregivende myndighed skal have en pligt til – i givet fald - at dokumentere og tilgængeliggøre sådanne løsninger under udbuddet, samt til at give de øvrige tilbudsgivere den fornødne tid til at sætte sig ind i materialet, og i det hele bestræbe sig på at sikre, at den private projektdeltager ikke bliver inhabil under sådanne udbud. Den offentlige part kan allerede i aftalen med den private part om udviklingsprojektsamarbejdet forpligte sig til at formulere og tilrettelægge et even-

tuelt efterfølgende udbud, hvor en frembragt løsning viser sig at kunne anvendes, på en sådan måde, at den private part ikke bliver inhabil.

Er der tillagt den private part rettigheder til løsningen og ret til at oppebære licensvederlag for brug af denne, kan udbuddet naturligvis ikke indeholde informationer om løsningen, der er i strid med disse rettigheder. I givet fald må i stedet gives de fornødne informationer om, hvor adgang til brug af løsningen kan erhverves og tilstrækkelig tid til dette. Endvidere må gives oplysninger, der gør andre i stand til at efterkomme den offentlige parts behov for brug af netop denne løsning.

Det skal bemærkes, at inhabilitet jo kun opstår i relation til den offentlige part, som udviklingsprojektet er gennemført i samarbejde med. I det omfang andre offentlige myndigheder ønsker at anvende en løsning som den udviklede, er der ingen pligt til hverken at tilgængeliggøre informationer om den udviklede konkrete løsning eller stille krav til rettighedsejeren om, at han skal stille løsningen til rådighed for andre.



Afslutning

Som anført indledningsvist har det været formålet med nærværende notat at give såvel offentlige som private parter mod på og viden om mulighederne for at gennemføre offentlig-privat innovation i et udviklingssamarbejde uden udbud og uden risiko for inhabilitet i efterfølgende udbud, da det synes at være nogle af de største barrierer for udvikling af disse samarbejder.

Samtidig har hensigten været at give parterne forståelse for, at et udviklingsprojektsamarbejde ikke nødvendigvis skal være højtflyvende tanker uden kommerciel relevans, men sagtens kan dreje sig om en undersøgelse af konkrete nye løsninger og anden begavet anvendelse af kendt teknologi, eller eventuelt en kombination heraf. Endvidere har notatet søgt at tydeliggøre, at den offentlige parts (med)finansiering af den private parts bidrag til projektet ikke automatisk gør et fælles udviklingsprojekt udbudspligtigt.

Notatet er således ment som et bidrag til at nedbryde de barrierer, som blev fremdraget i Erhvervs- og Byggestyrelsens undersøgelse fra marts 2009.¹⁹

Vi håber tillige, at notatet kan medvirke til, at der skabes nye innovationsteams og innovationsalliancer inden for byggeriet, der med sigte på en øget udnyttelse af innovationspotentialet fremover vil omfatte hele værdikæden.

Rønne & Lundgren

Michael Alstrøm
Advokat, partner

Søren Hilbert
Advokat

Plan C – et projekt i:



Plan C er støttet af:

DEN EUROPÆISKE UNION

Den Europæiske Fond
for Regionaludvikling



Vi investerer i din fremtid

Vækstforum
Hovedstaden

¹⁹ Erhvervs- og Byggestyrelsen, "Analyse af Offentlig-Privat Samarbejde om Innovation", marts 2009