

TBR 2010/163

# De rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst

## De eerste ervaringen

Mr. J.G.J. Janssen, mr. D.C. Orobio de Castro en mr. I. de Groot<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

De minister van Financiën constateert in de 'DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010'<sup>2</sup> dat, sinds de introductie van DBFM(O) in Nederland in 1999, ruimschoots is aangetoond dat DBFM(O) efficiëncywinst oplevert en zorgt voor een betere projectbeheersing.<sup>2</sup>

Op verschillende plaatsen zijn de voor- en nadelen van DBFM(O) overeenkomsten besproken.<sup>3</sup> Uit de discussie blijkt dat - naast de vele voordelen van DBFM(O) - de aanmerkelijk hogere transactiekosten ten opzichte van de meer traditionele contractvormen een belangrijk nadeel zijn van DBFM(O). In 2008 adviseerde de commissie Ruding in het rapport 'Op de goede weg en op het juiste spoor', ondermeer om de transactiekosten te verlagen door verdere standaardisering van contract- en aanbestedingsdocumenten.<sup>4</sup>

In juli 2009 hebben de ministeries van Financiën, Verkeer en Waterstaat, Wonen, Wijken en Integratie, Defensie en Justitie in onderlinge samenwerking de Rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst uitgegeven.<sup>5</sup> Dit Rijksbrede model heeft een infrastructuurmodule en een huisvestingsmodule. De infrastructuurmodule bestaat uit de DBFM overeenkomst Rijkswaterstaat, Standaard 2.0 (d.d. 30 juli 2009) en de huisvestingsmodule bestaat uit de Model DBFO overeenkomst RGD/Defensie (d.d. 16 juli 2009).

De DBFM overeenkomst Rijkswaterstaat, Standaard 2.0 is onder andere gebaseerd op de ervaringen uit het project 'Tweede Coentunnel en Westrandweg'. Inmiddels is dit model toegepast in de aanbesteding van de projecten A12 Utrecht - Veenendaal en de A15 Maasvlakte - Vaanplein en zijn daarbij nieuwe ervaringen en inzichten ontstaan. Naar verwachting zal het model tevens worden toegepast bij de aanbesteding van aankomende projecten zoals de 'Verdubbeling RW33 Assen - Zuidbroek' en 'A6/A9 Schiphol-Amsterdam-Almere'.

In dit artikel wordt de DBFM overeenkomst Rijkswaterstaat, Standaard 2.0 (hierna: 'Modelovereenkomst') besproken. Allereerst wordt de werking van DBFM(O) overeenkomsten in het algemeen, en de Modelovereenkomst in het bijzonder, besproken. Daarna wordt dieper ingegaan op een aantal aandachtspunten.

### 2. DBFM(O); projectopzet en publieke drijfveren

Bij de lezer wordt een zekere basiskennis van DBFM(O) contractering verondersteld.<sup>6</sup> Elders<sup>7</sup> zijn reeds uitvoerig beschreven:

- de opzet van DBFM(O) projecten: de opdrachtnemer is een speciale projectvennootschap met private aandeelhouders en externe vreemd vermogensverschaffers. In opdracht van een overheidsorgaan neemt de projectvennootschap

1 Joop Janssen, David Orobio de Castro en Ingmar de Groot zijn advocaat bij Stibbe N.V. in Amsterdam.

2 Ministerie van Financiën, *DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010*, mei 2010, p. 5, <http://www.ppsbijhetrijk.nl>.

3 Zie onder meer: A.W.W. Eversdijk en A.F.A. Korsten, *Concessionele publiek-private samenwerkingsrelaties, Feiten en ficties bij op DBFM gebaseerde infrastructurele projecten*, Bestuurswetenschappen 2009-3, p. 25-44 en de daarin opgenomen verwijzingen.

4 H.C.O.R. Ruding, e.a., *Op de goede weg en het juiste spoor*, Advies van de Commissie Private Financiering en Infrastructuur (Commissie Ruding), Den Haag, mei 2008, p.44.

5 *De Rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst*, <http://www.ppsbijhetrijk.nl>.

6 De letters DBFM(O) staan voor Design, Build, Finance, Maintain en (Operate).

7 Zie ondermeer: Kenniscentrum PPS, Ministerie van Financiën, *DBFM - Sturing door prikkels*, Den Haag, juli 2003; Ministerie van Financiën, Voortgangsrapportage 2008, *Samen werken aan meerwaarde*, april 2008; J.H.W. Koster e.a. *DBFM - handboek versie 2, PPS bij het Rijk*, Den Haag Januari 2008; M.A. Moolhuizen en G.J. Pijpers, *Private financiering van publieke investeringen: een begaanbare weg?* TBR 2008/9 p. 814-821; A.G.J. van Wassenaer, *PPS-projecten en de kredietcrisis: reddingsvesten aan*, TBR 2009/3, p. 213-219.

de taken en de aan haar toebedeelde risico's op zich met betrekking tot ontwerp, bouw, financiering, onderhoud en (soms) bijzondere exploitatievormen met als doel de gevraagde publieke dienst langjarig te kunnen verlenen. De projectvennootschap zal bedoelde taken en risico's op haar beurt 'doorcontracteren' naar haar onderaannemers en onderopdrachtnemers, die het ontwerp, de bouw, het onderhoud en (eventueel) de exploitatie in opdracht van de projectvennootschap feitelijk zullen uitvoeren; en

- de publieke drijfveren bij DBFM(O) projecten: een terugtrekkende overheid die als beleidsprincipe hanteert: 'de markt, tenzij...' en die uit is op (i) verbetering van de publieke dienstverlening, (ii) efficiencywinst, (iii) een meer optimale risicoverdeling, (iv) een zo optimaal mogelijke balans tussen investeringskosten en onderhouds- en exploitatiekosten en die (v) belang heeft bij een betere projectbeheersing ('binnen tijd en budget').

Kon de commissie Ruding begin 2008 nog constateren<sup>8</sup> dat het Nederlandse beleid ten aanzien van private financiering niet gericht is op het 'debudgetteren' van uitgaven voor overheidsinvesteringen; sinds de huidige kredietcrisis en landencrisis lijkt dat beleid aan verandering onderhevig.<sup>9</sup> De kosten van de noodzakelijke wegverbredingen die momenteel worden uitgevoerd, moeten immers niet leiden tot het verder oplopen van het rijksbegrotingstekort.<sup>10</sup>

### 3. Principes DBFM(O)

Alvorens dieper in te gaan op de Modelovereenkomst, worden eerst nog beknopt de belangrijkste principes van DBFM(O) contractering (in min of meer willekeurige volgorde) behandeld.

#### 3.1 Levering van een dienst

Uitgangspunt is dat de opdrachtgever - veelal overheid of semi-overheid - niet zozeer een object wenst te verwerven, maar er op uit is langjarig een kwalitatief hoogstaande dienst geleverd te krijgen. De overheid als opdrachtgever wil geen weg, maar

verkeersdoorstroming en dus beschikbare rijstroken, geen schoolgebouw maar beschikbare klaslokalen, geen waterzuivering maar gezuiverd water. En daarvoor wil de overheid slechts betalen indien en voor zover de dienst daadwerkelijk wordt geleverd.<sup>11</sup> Dus geen projectbekostiging doortermijnbetalingen van een aanneemsom, maar betalen voor dienstverlening in termen van gemeten beschikbaarheid, of van output zoals kubieke meters gezuiverd water. Als de gevraagde dienst niet, onvolledig of gebrekkig (niet volgens de voorgeschreven eisen) wordt geleverd, wordt de opdrachtnemer (via een systeem van beschikbaarheidscorrecties en prestatiekortingen) gekort op de periodiek uit te keren vergoeding, of ontvangt, in het slechtste geval, zelfs geheel niets.

#### 3.2 Output based

De opdracht wordt zo veel mogelijk in termen van functionele eisen omschreven.<sup>12</sup> De output is bepalend, niet de wijze waarop de opdrachtnemer die output bereikt.

#### 3.3 Life cycle based

De overeenkomst wordt voor de duur van de levenscyclus van het desbetreffende object gesloten (althans voor een belangrijk deel daarvan).<sup>13</sup> Looptijden van 20-30 jaar zijn niet ongebruikelijk. Gedurende deze periode is de opdrachtnemer, naast ontwerp, financiering en realisatie, verantwoordelijk voor het onderhoud en (eventueel) de exploitatie van het object. Daarmee wordt de opdrachtnemer er wel toe gedwongen om in zijn ontwerp niet alleen de bouwkosten, maar ook de onderhoudskosten te betrekken en daarbij de meest efficiënte balans te zoeken. In de meeste DBFM(O) projecten geldt dat het object na ommekomst van de overeenkomst kosteloos (in een vooraf beschreven staat) aan de opdrachtgever wordt overgedragen.

#### 3.4 Risico allocatie

De opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de tijdige levering van de voorgeschreven dienst. Alle (potentiële) risico's worden daarbij in beginsel door de opdrachtnemer gedragen, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk uit de overeenkomst blijkt. Dat leidt

8 'Op de goede weg en het juiste spoor', p. 27.

9 'DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010', Minder geld, meer prestatie', p. 5-6.

10 Voor een beschrijving van de op initiatief van RWS, RGD en Defensie in uitvoering genomen DBFM(O) projecten, de in aanbesteding verkerende projecten en de 'pipeline' projecten, wordt verwezen naar: 'DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010', bijlagen 1-3. Wat betreft nieuwe toepassingsgebieden: de ministers van VWS en Financiën streven naar toepassing van DBFM(O) contracten in de Nederlandse zorgsector; voor scholenbouw is het 'Servicecentrum scholenbouw' ontwikkeld zie 'DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010', bijlagen 4-5.

11 Uitgegaan wordt van private financiering en publieke bekostiging; zie in dit verband: 'Op de goede weg en het juiste spoor', p. 19.

12 Rijkswaterstaat en Prorail formuleren functionele eisen met behulp van Systems Engineering; zie: ProRail, Rijkswaterstaat, Leidraad voor Systems Engineering binnen de GWW-sector, 27 november 2009, <http://www.leidraadse.nl>.

13 De levensduur van infrastructurele werken als bruggen en tunnels is veelal langer dan 20-30 jaar.

tot een - naar Nederlandse begrippen - relatief heldere contractstructuur, waarbij de risico's die door de opdrachtgever worden gedragen in de regel limitatief worden opgesomd. Deze risicoverdeling biedt alleen 'value for money', zoals hierna toegelicht, als de opdrachtnemer de risico's die hij krijgt toebedeeld daadwerkelijk en in voldoende mate kan beheersen. Risico's die buiten de invloedssfeer van opdrachtnemer liggen behoren niet aan opdrachtnemer te worden toebedeeld,

### 3.5 Financiering

De opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de financiering van het project, waaronder de financiering van de kosten van het ontwerp en de realisatie/renovatie van het (de) desbetreffende object(en). Dat sluit logisch aan bij de gedachte dat de opdrachtgever betaalt indien en voor zover de gevraagde dienst wordt geleverd: eerst moet de opdrachtnemer voor eigen rekening en risico - met (voornamelijk) geleend geld - het project realiseren. Pas als de gevraagde dienst vervolgens wordt geleverd - bijvoorbeeld beschikbaarheid van een object of gevraagde output - volgen (periodieke) betalingen door de opdrachtgever. Die betalingen zijn - als het goed is - van een zodanige hoogte, en strekken zich uit over een zodanige periode, dat de opdrachtnemer daarmee aan rentebetaling- en aflossingsverplichtingen jegens financiers kan voldoen en een redelijke winst op het project kan behalen. De opdrachtnemer financiert het project in de meeste gevallen door een project financiering, op 'non-recourse'<sup>14</sup> basis. Daarbij worden - kort gezegd - de financieringsovereenkomsten door de projectvennootschap aangegaan en bestaat de zekerheid van de banken vrijwel alleen uit (zekerheidsrechten op) de 'cash flow' die uit de periodieke betalingen op grond van de DBFM(O) overeenkomst wordt gegenereerd.<sup>15</sup> Het moge duidelijk zijn dat de financiers er in deze structuur bepaald belang bij hebben dat het project 'werkt' en dat uiteindelijk inderdaad voldoende 'cash flow' wordt gegenereerd. De financiers doen in de praktijk dan ook uitgebreid 'due diligence' naar onder andere de technische en juridische aspecten van een project en blijven ook tijdens de realisatie en de exploitatie het project monitoren. Daar vindt de (overheids)opdrachtgever de financiers dus aan haar zijde: beiden hebben er

(een parallel) belang bij dat de opdrachtnemer in alle fasen van het project goed presteert.

### 3.6 Value for money

Bij de juiste toepassing van bovenstaande principes creëert DBFM(O) 'value for money'.<sup>16</sup> De commissie Ruding omschrijft 'value for money' als volgt<sup>17</sup>:

*'een betere prijs-kwaliteitverhouding, vooral veroorzaakt door een betere afstemming van kosten en opbrengsten over de hele levensduur van het project. Private financiering heeft dus niet in de eerste plaats een kwalitatieve doelstelling - meer kilometers asfalt - maar moet vooral gericht zijn op het realiseren van een betere kwaliteit infrastructuur tegen minder kosten.'*

De principes van DBFM(O) contractering liggen aan de Modelovereenkomst ten grondslag en komen hieronder terug bij de bespreking daarvan.

## 4. Rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst, infrastructuur-module

Het moge duidelijk zijn dat lang niet alle kenmerken van - en regelingen uit - de Modelovereenkomst in dit artikel kunnen worden besproken. Er moest een keuze worden gemaakt. Zo is er bijvoorbeeld voor gekozen de - toch belangrijke - regeling van vergoeding in geval van voortijdige beëindiging van de overeenkomst niet te bespreken. Dat geldt ook bijvoorbeeld voor de regeling betreffende 'wijzigingen' - vergelijkbaar met een meer- en minderwerkregeling -, verzekeringen en de zogenaamde 'directe overeenkomst'.

Naast de Modelovereenkomst is er ook het nodige te zeggen over het (bijbehorende) Model Aanbestedingsleidraad.<sup>18</sup> Die leidraad verdient echter een apart artikel en gaat het bestek van dit artikel te buiten. Alleen het - direct aan de Modelovereenkomst gerelateerde - systeem van de "lijstrisico's" zal hieronder kort worden besproken.

Terug naar de Modelovereenkomst. De kernverplichting van de opdrachtnemer ('Opdrachtnemer') onder de Modelovereenkomst is het instandhouden en beschikbaar stellen van de infrastructuur gedu-

14 Financiers kunnen dus geen verhaal (recourse) zoeken bij de aandeelhouders van de projectvennootschap. Soms staan die aandeelhouders echter in voor de nakoming van bepaalde verplichtingen (zoals het gereedkomen van het object). Dan is sprake van 'limited recourse'.

15 Zie o.m. A.G.J. van Wassenauer, t.a.p., p. 216.

16 Voor de betekenis van het begrip 'Value for Money' in het Verenigd Koninkrijk zie: HM Treasury, *Value for Money, Assessment Guidance*, november 2006, <http://www.hm-treasury.gov.uk>.

17 'Op de goede weg en het juiste spoor', p. 31.

18 *Modulair Model Aanbestedingsleidraad voor Projecten volgens de DBFM-Basisovereenkomst - versie 1.0, juli 2005*, <http://www.pianoo.nl>; de nieuwe versie 2.0 van dit model is thans in voorbereiding.

rende de looptijd van de overeenkomst.<sup>19</sup> Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de realisatiefase en de exploitatiefase van het project.<sup>20</sup> Vanaf de aanvangsdatum draagt de overheidsopdrachtgever ('Opdrachtgever') het feitelijk beheer van de bestaande infrastructuur over aan Opdrachtnemer en moet Opdrachtnemer deze infrastructuur instandhouden/renoveren. Verder moet Opdrachtnemer in de realisatiefase de nieuwe infrastructuur realiseren (veelal bestaande uit een uitbreiding van de capaciteit van de bestaande infrastructuur en aansluitingen daarop). Bovendien moet Opdrachtnemer voldoen aan de functionele eisen (transitie-eisen, openstellingseisen en voltooiingseisen) ten aanzien van de veiligheid en capaciteit van de weg.

De Modelovereenkomst verdeelt de werkzaamheden van de Opdrachtnemer in een aantal fasen, die elk worden afgesloten met een certificaat.<sup>21</sup> Als eerste het aanvangscertificaat. Vanaf de datum van verkrijging van het aanvangscertificaat, heeft Opdrachtnemer recht op toegang tot de infrastructuur en vangt de realisatiefase aan. Het beschikbaarheidscertificaat wordt afgegeven als de (nieuwe en gerenoveerde bestaande) infrastructuur beschikbaar is. Het voltooiingscertificaat wordt afgegeven als die infrastructuur volledig gereed is en aan alle contractuele eisen voldoet. De periode tussen beschikbaarheidsdatum en voltooiingsdatum is bedoeld om Opdrachtnemer in de gelegenheid te stellen 'kleine gebreken' te herstellen die (in functionele zin) niet aan de beschikbaarheid van de infrastructuur in de weg staan.

Vanaf de beschikbaarheidsdatum vangt de exploitatiefase aan, die in veel gevallen ca. 20 jaar zal duren. Na afloop van de exploitatiefase wordt infrastructuur (terug) overgedragen aan Opdrachtgever en ontvangt de Opdrachtnemer het overdrachtscertificaat.

De kernverplichting van Opdrachtgever onder de Modelovereenkomst is het betalen van de beschikbaarheidsvergoeding.<sup>22</sup> Tijdens de realisatiefase bestaat de netto beschikbaarheidsvergoeding (NBV) uit een percentage van de bruto beschikbaarheidsvergoeding (BBV). In de exploitatiefase heeft Opdrachtnemer, bij volledig functioneren van het

project, recht op betaling van de volledige (100%) BBV. De beschikbaarheidsvergoeding wordt per kwartaal betaald.<sup>23</sup> Op de BBV kunnen beschikbaarheidscorrecties (BC) en prestatiekortingen (PK) in mindering worden gebracht. In wegenprojecten kunnen BC's worden opgelegd voor elk kwartier van een klokuur dat een rijstrook niet beschikbaar is.<sup>24</sup> PK's worden opgelegd als Opdrachtnemer te kort schiet in de nakoming van bepaalde, specifiek omschreven, contractuele verplichtingen, bijvoorbeeld op het gebied van (verkeers)veiligheid.<sup>25</sup>

Naast de verplichting tot betaling van de beschikbaarheidsvergoeding, bevat de Modelovereenkomst de verplichting voor Opdrachtgever tot betaling van een eenmalige betaling op de dag van afgifte van het voltooiingscertificaat. Bij omvangrijke infrastructuurprojecten kan de eenmalige betaling meer dan honderd miljoen euro bedragen. Ook waar het betreft de eenmalige betaling is het 'output based' principe van toepassing: er wordt pas betaald als de infrastructuur aan de overeengekomen (functionele) eisen voldoet. Met de eenmalige betaling kan Opdrachtgever de verhouding tussen publiek en privaat te fourneren kapitaal in een project beïnvloeden.<sup>26</sup> Immers, hoe hoger de eenmalige betaling, hoe lager het bedrag dat de Opdrachtnemer gedurende de exploitatiefase nog aan de financiers dient terug te betalen. Dat kan ondermeer nuttig zijn als de kapitaalmarkt is verstoord en kapitaal schaars en/of duur is.<sup>27</sup>

Een schematisch overzicht van de werking van de Modelovereenkomst uitgezet in de tijd, met inbegrip van de te verkrijgen certificaten, belangrijke termijnen en de door Opdrachtgever te verrichten betalingen, is in het hiernaast afgebeelde figuur opgenomen.

Hierboven bleek dat risicoallocatie een belangrijk onderdeel van DBFM(O) contractering is. Risicoallocatie komt ondermeer tot uitdrukking in het uitgangspunt van de Modelovereenkomst dat Opdrachtnemer geen andere rechten heeft dan die welke uitdrukkelijk in de Modelovereenkomst zijn opgenomen.<sup>28</sup> Op meerdere plaatsen in de Modelovereenkomst doet Opdrachtnemer afstand van

19 Artikel 2.1 (a) Modelovereenkomst.

20 Volgens de Modelovereenkomst, bijlage 1, vangt de realisatiefase aan op de aanvangsdatum en eindigt deze op beschikbaarheidsdatum, de exploitatiefase vangt aan op de beschikbaarheidsdatum en eindigt op de einddatum.

21 Artikel 4 en 7.4 Modelovereenkomst.

22 Artikel 2.2 Modelovereenkomst.

23 Paragraaf 5, bijlage 2, Modelovereenkomst.

24 Paragraaf 2, bijlage 2, Modelovereenkomst.

25 Paragraaf 3, bijlage 2, Modelovereenkomst.

26 'DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010', p. 13.

27 A.G.J. van Wassenaer, t.a.p., p. 217-218.

28 Artikel 2.1(c) Modelovereenkomst.



efficiëntie van het aanbestedingsproces aanzienlijk, verlaagt de transactiekosten en draagt bij aan de 'bankability' van projecten.

Aardig is het om te vermelden dat de Modelovereenkomst voortkomt uit een 'unsolicited proposal' uit de private sector. Enkele juristen<sup>32</sup> namen, nadat de eerste DBFM(O) projecten in Nederland tot stand waren gebracht, het initiatief tot een modelovereenkomst. Dat model was deels gebaseerd op eerdere transacties, maar ontleende deels ook zijn kracht aan het weglaten of vereenvoudigen van een aantal complexe regelingen uit die eerdere transacties. Het model werd een succes en leidde uiteindelijk tot de huidige Modelovereenkomst. Daarbij is de gewoonte ontstaan om verbeteringen die uit vorige transacties voortvloeien - denk aan het project 'Tweede Coentunnel en Westrandweg' - in een volgend model weer te verwerken. Met de introductie van de Modelovereenkomst in twee modules is thans standaardisatie in een veelheid van projecten - niet alleen in de infrastructuur - binnen handbereik.

Is het dan allemaal rozengeur en maneschijn? Nee, niet helemaal. Er zijn in de loop van de tijd niet alleen verbeteringen aangebracht, maar ook aanpassingen aan het model gedaan die minder goed in de DBFM(O) context passen en juist weer tot (nieuwe) inefficiënties leiden. Het is hierboven al gesteld: ook in geval van DBFM(O) overeenkomsten behoren risico's te worden toebedeeld aan de partij die die risico's het beste kan beheersen. Naast dat - universele - principe zijn er in de internationale markten precedents ontstaan ten aanzien van de (meest optimaal te achten) risicoverdeling bij DBFM(O) overeenkomsten. Dat geldt in het bijzonder bij de grotere transacties, waarbij voor de financiering (mede) een beroep moet worden gedaan op buitenlandse banken en de Europese Investeringsbank (EIB). De internationale markt verwacht een bepaalde risicoverdeling in DBFM(O) overeenkomsten en afwijkingen daarvan leiden tot discussies, inefficiënties en hogere financieringskosten.

Niet in alle gevallen deelt de Modelovereenkomst risico's toe aan de partij die die risico's het beste kan beheersen. Evenmin voorziet de Modelovereenkomst in alle opzichten in de (internationaal) verwachte risicoverdeling. Enkele kanttekeningen vanuit deze optiek zijn de volgende.

## 5.1 Kritieke Vertraging

Zoals hierboven uiteengezet, kent de Modelovereenkomst een lijst van Bijzondere Omstandigheden,

waaronder het Geval van Uitstel. Een Geval van Uitstel geeft Opdrachtnemer aanspraak op verlenging van bepaalde termijnen en vergoeding van bepaalde - aan die vertraging gerelateerde - kosten. Eén van de voorwaarden voor het aannemen van een Geval van Uitstel volgens de Modelovereenkomst is dat sprake moet zijn van zogenaamde 'Kritieke Vertraging'. Dat wil zeggen dat het desbetreffende evenement een vertraging moet veroorzaken die is gelegen op het kritieke pad van de bouwactiviteiten. Echter, de Modelovereenkomst eist daarbij - kort gezegd - dat Opdrachtnemer de eerste veertien dagen<sup>33</sup> van de vertraging die het desbetreffende evenement op het kritieke pad veroorzaakt, voor eigen rekening neemt. Dat is voor Opdrachtnemer bepaald risicovol. Immers, op voorhand is onbekend hoe vaak zich gedurende de realisatiefase evenementen zullen voordoen die recht geven op termijnverlenging en daarmee is evenmin op voorhand bekend hoeveel dagen vertraging op het kritieke pad voor rekening van Opdrachtnemer zullen blijven. Niet alleen wordt daarmee onzekerheid - en dus inefficiëntie en kosten - gecreëerd, het systeem is ook onredelijk. Immers, de regeling betreft gevallen waarvan Opdrachtgever en Opdrachtnemer op voorhand overeen kwamen dat de consequenties daarvan voor rekening van Opdrachtgever zijn. Het gaat dan niet aan, om een deel van die consequenties 'via de achterdeur' dan toch weer voor rekening van Opdrachtnemer te brengen.

Dit alles klemmt te meer, vanwege het standpunt dat aanbesteders veelal innemen ten aanzien van zogenaamde 'float'. Met 'float' wordt de 'buffer' bedoeld die Opdrachtnemers in hun planning opnemen om de vertraging, die het gevolg is van gebeurtenissen die voor rekening en risico van de Opdrachtnemer komen, te kunnen opvangen. Aanbesteders stellen zich echter regelmatig op het standpunt dat eerst van Kritieke Vertraging sprake kan zijn - en daarmee van verlenging van termijnen voor rekening en risico van de Opdrachtgever - als de desbetreffende vertraging niet binnen de 'float' kan worden opgevangen. Daarmee introduceren aanbesteders een ernstige onevenwichtigheid in de DBFM(O) overeenkomst: wanneer vertraging het gevolg is van Bijzondere Omstandigheden - die immers voor rekening en risico van Opdrachtgever zijn - behoort er geen verplichting op Opdrachtnemer te rusten om die vertraging te compenseren met 'float'. Die 'float' werd immers door Opdrachtnemer berekend en in de planning opgenomen met het oog op omstandigheden die voor risico van Opdrachtnemer zijn.

32 Het betrof mr. A.G.J. van Wassemaer en mr. B.J.M.A. Meesters, Allen & Overy LLP.

33 Of, afhankelijk van het moment waarop de vertraging zich voordoet en de oorzaak daarvan, zeven dan wel nul dagen.

## 5.2 Standaard risicoverdeling

De internationale praktijk hanteert als referentiekader veelal de 'SoPC 4', de standaard van het Britse Ministerie van Financiën.<sup>34</sup> 'SoPC4' kent een aantal omstandigheden dat nagenoeg altijd als Geval van Uitstel dan wel Geval van Overmacht wordt aangemerkt en daarmee leidt tot termijnverlenging en/of ontheffing van bepaalde verplichtingen van de opdrachtnemer. Het behoeft geen verbazing te wekken dat financiers (maar ook internationaal opererende bouwbedrijven en operators) bijzondere belangstelling voor de opsomming van dit soort omstandigheden in het contract hebben. In de internationale praktijk wordt bijvoorbeeld een tekort aan - schaarste van - energie, brandstof of transportmiddelen gebruikelijkerwijs op deze lijst aangetroffen. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld blokkades, embargo's en stakingen, alsmede voor schade aan het werk en toegangswegen - anders dan veroorzaakt door de opdrachtnemer. Deze omstandigheden ontbreken echter in de lijst van Gevallen van Uitstel / Overmacht in de Modelovereenkomst. Dat leidt - opnieuw - tot onevenwichtigheden en inefficiënties. Elke aanbesteding weer roept dit onderdeel van de DBFM(O) overeenkomst vragen op en men moet zich afvragen waarom de Nederlandse overheid zich op dit punt niet conformeert aan de internationale norm. Het zij de Nederlandse aanbesteders graag nagegeven dat de omschrijving van bepaalde evenementen in 'SoPC4' - bijvoorbeeld: 'tekort aan transportmiddelen' - wellicht wat erg beknopt is - maar het is ongetwijfeld mogelijk om in de Modelovereenkomst betere, scherpere, omschrijvingen op te nemen van deze risico's.

## 5.3 Afhankelijkheid van andere overheden/derden

Een belangrijk voorbeeld van een risico dat door de (aanbestedende) overheid behoort te worden gedragen, is het risico dat andere overheden dan de Opdrachtgever niet (tijdig) presteren. Denk daarbij bijvoorbeeld aan gemeenten waarmee de (aanbestedende) Rijksoverheid convenanten of overeenkomsten sluit in het kader van een DBFM(O) project. Als een gemeente dergelijke afspraken gedurende de looptijd van de DBFM(O) overeenkomst niet nakomt, behoort de Opdrachtnemer zonnodig uitstel van deadlines te krijgen en te worden gecompenseerd voor de gerelateerde kosten. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor overeenkomsten die de aanbesteder sluit met eigenaren van bedrijfsgebouwen of beheerders van kabels en leidingen die zich in

het projectgebied bevinden. Ongelukkig genoeg, bepaalt de Modelovereenkomst niet uitdrukkelijk dat niet-nakoming door bedoelde derden voor risico van Opdrachtgever komt.

De Opdrachtnemer is voorts afhankelijk van derde-overheden voor de (tijdige) verkrijging van vergunningen. Bij het plannen van een project moet de Opdrachtnemer als uitgangspunt kunnen hanteren dat betrokken overheden, binnen de daarvoor geldende wettelijke termijnen, vergunning zullen verlenen als de aanvraag voldoet aan de toepasselijke eisen. Helaas worden de wettelijke termijnen voor het nemen van besluiten - waaronder vergunningverlening - veelvuldig overschreden door overheden.<sup>35</sup> Dit kan bij de uitvoering van de DBFM(O) overeenkomst aanzienlijke vertraging veroorzaken. Het betreft een risico dat overduidelijk aan overheidszijde is gelegen en daar kan - en behoort - worden beheerst. Het is een risico dat - dus - Opdrachtgever - deel uitmakende van de overheid - behoort te dragen. Ingevolge de regeling in de Modelovereenkomst komt het overschrijden van wettelijke beslistermijnen door overheden echter voor risico van Opdrachtnemer. Dit is niet juist. Risico's die Opdrachtnemer niet kan beheersen, zoals risico's ten aanzien van het functioneren van de overheid, mogen niet bij de markt worden gelegd. Dit leidt immers niet tot 'Value for Money'.

## 5.4 Bestaande infrastructuur

Een ander risico dat bij veel DBFM(O) projecten een belangrijke rol speelt, betreft het overnemen van bestaande infrastructuur. Zeker in een land als Nederland, waarin nagenoeg geen 'greenfield projecten' op de markt komen, is dit een belangrijk onderwerp. Van de Opdrachtnemer wordt veelal verlangd dat deze de bestaande infrastructuur bij aanvang van de DBFM(O) overeenkomst overneemt, in de staat waarin deze zich dan bevindt. Vervolgens moet die infrastructuur dan worden gerenoveerd/ herbouwd om aan de, in de DBFM(O) overeenkomst omschreven, functionele eisen te voldoen. De risico's die dit overnemen van bestaande infrastructuur voor de Opdrachtnemer met zich brengt, worden nog vergroot doordat veelal over de bestaande infrastructuur geen complete informatie beschikbaar is. Dat dit risico (deels) door de Opdrachtnemer wordt gedragen, is typisch voor DBFM(O) overeenkomsten en precedentes laten zien dat de (internationale-) markt daartoe ook bereid is. Echter, er zijn grenzen. Onbekendheid met de toestand van bestaande infrastructuur kan zodanige risico's met

34 HM Treasury, *Standardisation of PFI Contract (SoPC) Version 4*, March 2007, [http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp\\_standardised\\_contracts.htm](http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm).

35 Beslistermijnen. Waar blijft de tijd?, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 495, nr. 1-2, p. 22.

zich brengen, dat men in redelijkheid niet van de markt kan vragen om die risico's te nemen. Menig- een heeft reeds betoogd dat aanbestedende diensten geen misbruik mogen maken van de competitie tussen marktpartijen om disproportionele risico's aan de markt over te dragen.<sup>36</sup> Van geval tot geval zal moeten worden bezien of nog wel sprake is van een proportionele risico-overdracht. Een belangrijk middel om risico's in perspectief te brengen, is het beperken van de consequenties voor de Opdrachtnemer als een dergelijk risico zich voordoet. Het 'cappen' van dergelijke risico's (beperken van de consequenties in tijd en geld voor Opdrachtnemer als een bepaald risico zich realiseert) is een prima middel dat in de internationale praktijk veelvuldig wordt toegepast. Het valt te betreuren, dat de Modelovereenkomst niet voorziet in een dergelijk mechanisme. Het betreft immers een goed werkbaar, en voor de praktijk vertrouwd, middel om risico-overdracht in proportie te brengen.

### 5.5 Relevante wetwijzigingen

Belangrijk in het kader van een optimale risico-verdeling zijn de gevolgen van wetwijzigingen. Gezien de lange looptijd van een DBFM(O) overeenkomst moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat zich gaandeweg wijzigingen in regelgeving voordoen die verplichtingen voor de Opdrachtnemer verzwaren. Denk bijvoorbeeld aan strengere veiligheidseisen voor tunnels of strengere milieueisen ten aanzien van toe te passen materialen. In de praktijk is te dien aanzien een risico-verdeling ontstaan die als uitgangspunt neemt dat wijzigingen in regelgeving die specifiek betrekking hebben op (de) Opdrachtnemer(s) of op het project, door de Opdrachtgever behoren te worden gedragen. Dat geldt ook voor investeringen in het project die noodzakelijk zijn als gevolg van wijzigingen in regelgeving en die bepaalde drempelwaarden te boven gaan.<sup>37</sup> Andere wijzigingen in regelgeving die tot hogere kosten aan de zijde van Opdrachtnemer kunnen leiden (denk bijvoorbeeld aan wijzigingen in belastingwetgeving), worden in het algemeen door Opdrachtnemer gedragen. Gevolgen van wijzigingen in regelgeving die ten tijde van de inschrijving voorzienbaar waren, worden - kort gezegd - evenmin door Opdrachtgever gedragen. Dit systeem is vanuit de internationale praktijk in Nederland 'geïmporteerd' en is in grote lijnen terug te vinden in de Modelovereenkomst. Daarbij is bepaald nog verbetering mogelijk waar het gaat om de afstemming op het Nederlandse publiekrecht. Zo maken de relevante bepalingen in de Modelovereenkomst

geen onderscheid tussen de wijziging van een wet in formele zin en bijvoorbeeld een vergunning - terwijl de mate waarin een dergelijk voorschrift specifiek is gericht op het project uit de aard der zaak sterk verschilt. Deze materie is complex, maar verdient zeker nadere bestudering.

### 5.6 Beschikbaarheid versus oplevering

Eén van de kenmerken van DBFM(O) contractering - zie boven - is dat de opdrachtnemer wordt beloond voor 'beschikbaarheid'. Indien en voor zover de desbetreffende dienst wordt geleverd krijgt de opdrachtgever daarvoor betaald. Logischerwijs voorziet de Modelovereenkomst dan ook in een mijlpaal, (beschikbaarheidscertificaat), waarbij wordt vastgesteld dat er sprake is van beschikbaarheid en de periodieke vergoedingen aan Opdrachtnemer aanvangen of (substantieel) worden verhoogd. Vervolgens krijgt Opdrachtnemer dan nog een periode om 'kleine gebreken', die aan de beschikbaarheid niet in de weg staan, te verhelpen. Als ook die gebreken zijn verholpen, volgt 'completion' (Voltooiingscertificaat). Wordt 'completion' niet binnen een bepaalde termijn bereikt, dan kunnen door Opdrachtgever sancties worden toegepast. In deze opzet 'scharniert' het contract rond tijdige beschikbaarheid - en dat is ook in overeenstemming met het karakter van DBFM(O). Ook bij de financiering staat het tijdig bereiken van beschikbaarheid centraal. 'Completion' moet - op straffe van kortingen - weliswaar worden behaald, maar speelt geen centrale rol. Dat is ook terecht - beschikbaarheid is belangrijker. Echter, in de Nederlandse praktijk is een tendens ontstaan waarbij aan het niet bereiken van 'completion' zware consequenties worden verbonden, die vergelijkbaar zijn met de zware consequenties verbonden aan het niet bereiken van beschikbaarheid. Denk aan het koppelen van eenmalige betalingen aan completion. Daarmee dreigt een onevenwichtigheid te ontstaan waarbij kleine gebreken ingrijpende financiële gevolgen kunnen hebben. Immers, ook kleine gebreken kunnen dan aan 'completion' in de weg staan. Daarmee dreigen discussies rond 'opleverlijsten', 'punch lists' e.d. een meer centrale rol te gaan vervullen. Aanbesteders zouden er verstandig aan doen meer terug te grijpen naar één van de basisconcepten van DBFM(O) contractering: beschikbaarheid behoort centraal te staan - ook in de beloningsstructuur.

### 5.7 Lijstrisico's

Met bovenstaande kanttekeningen ten aanzien van risicoallocatie houdt het systeem van zogenaamde

36 Zie onder meer: S. Mutluer en C.E.C. Jansen, *Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtsoverwicht van aanbesteders*, NTBR 2007/5, p. 186-193 en R.G.T. Bleeker, *Contractsdwang en rechtsbescherming*, BR 2003-9, p. 773-777.

37 De regeling is overigens één van de uitzonderlijke gevallen waar Opdrachtgever volgens de Modelovereenkomst wel een 'cap' accepteert.

'lijstrisico's' direct verband. Het mechanisme van de lijstrisico's is niet te vinden in de Modelovereenkomst, maar in de Model Aanbestedingsleidraad. Het systeem van lijstrisico's gaat er - kort gezegd - vanuit, dat er een beperkt aantal belangrijke risico's is, dat tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer moet worden verdeeld. Die verdeling vindt plaats tijdens de aanbesteding en de uitkomst - een risico-verdeling - kan per inschrijver verschillen. Buiten de, aldus te verdelen, lijstrisico's is in dit systeem de risicoallocatie voor alle inschrijvers dezelfde - en vastgelegd in de DBFM(O) overeenkomst. Met uitzondering van de lijstrisico's is de DBFM Overeenkomst dus voor alle inschrijvers hetzelfde. Gedachte achter het systeem van de lijstrisico's is dat, gaande de aanbesteding, zal blijken tegen welke prijs de aanbesteder en de (individuele) inschrijvers een bepaald risico zullen willen nemen. Daar waar de aanbesteder een risico lager beprijsd dan een inschrijver, neemt de aanbesteder het risico - en visa versa. Daarmee zou de partij die een risico het beste kan dragen dit risico toebedeeld krijgen en zal dus naar verwachting de meeste 'value for money' gecreëerd worden.<sup>38</sup> Bovendien voorziet het systeem van lijstrisico's er in dat vóór inschrijving aan inschrijvers duidelijk is hoe het nemen/afstoten van een bepaald risico de waardering van hun inschrijving zal beïnvloeden. Dat komt de transparantie, objectiviteit en gelijke behandeling van inschrijvers ten goede. In theorie een briljant systeem. In de praktijk echter, kent het systeem een aantal belangrijke nadelen:

- a. *de aanbesteder bepaalt de agenda*; de aanbesteder definieert de lijstrisico's en bepaalt welke risico's op de lijst worden geplaatst. Omdat andere risico's, dan de lijstrisico's, in beginsel niet onderhandelbaar zijn - althans niet per inschrijver - is de agenda voor de onderhandelingen daarmee reeds bij aanvang van de aanbesteding bepaald. En wel door de aanbesteder. In de praktijk kunnen inschrijvers de risico's die zij belangrijk vinden, en die bij aanvang niet door de aanbesteder op de lijst geplaatst werden, niet meer op de lijst krijgen. Ook doet het systeem geen recht aan de realiteit dat gaande het aanbestedingsproces de behoefte kan ontstaan nieuwe/andere risico's ter tafel te brengen;
- b. *de aanbesteder bepaalt de omschrijving van de risico's*; in de praktijk worden lijstrisico's veelal zodanig omschreven dat een Opdrachtnemer er weinig aan heeft om ze over te dragen aan de aanbesteder/Opdrachtgever. Formuleringen worden meestal zodanig gekozen, dat de Opdrachtgever er (te) ruime bescherming aan kan ontnemen, ook als het de Opdrachtgever is die het risico uiteindelijk toebedeeld krijgt;

- c. *de aanbesteder 'stuurt' de risicoverdeling door de beprijzing*; de prijs waarvoor de aanbesteder bereid is het risico te dragen lijkt in de praktijk niet steeds te zijn gebaseerd op een objectieve calculatie. Ten aanzien van bepaalde risico's lijkt de prijs die de aanbesteder daaraan toekent met name te zijn ingegeven door de wens van de aanbesteder een bepaald risico niet te hoeven dragen;
- d. geen 'geven en nemen'; het systeem van de lijstrisico's staat eraan in de weg dat een daadwerkelijke onderhandeling op gang komt waarbij met 'geven en nemen' (en bijvoorbeeld het 'cappen' van bepaalde risico's) een optimale risicoallocatie tot stand komt. Binnen de concurrentiegerichte dialoog zou een dergelijk proces van 'geven en nemen' nu juist wel op gang moeten komen en de aanbestedingsregels bieden daartoe ook alle (juridische) mogelijkheden.
- e. Al met al zou een systeem dat meer flexibiliteit/mogelijkheid tot onderhandeling biedt bepaald welkom zijn. Per inschrijver uitonderhandelde overeenkomsten leiden tot meer diversiteit en meer concurrentie/innovativiteit op het vlak van risicoverdeling. Het zij de voorstanders van het systeem van de lijstrisico's overigens graag nagegeven dat het vergelijken van dergelijke 'uitonderhandelde' overeenkomsten in het kader van de gunning nadere aandacht behoeft. Die vergelijking zou aan bepaalde eisen van objectiviteit en transparantie moeten kunnen voldoen.

## 6. Conclusie

Projecten op basis van DBFM(O) overeenkomsten mogen zich in Nederland in toenemende mate in een (positieve) belangstelling verheugen. Door de introductie van een Rijksbreed gedragen Modelovereenkomst (met twee modules) ligt, althans voor projecten geïnitieerd door de Rijksoverheid, een efficiënter aanbestedingsproces binnen handbereik. Aanbesteders in Nederland hebben in het verleden de goede gewoonte ontwikkeld om te leren van eerdere transacties en hebben de modellen, op basis daarvan, regelmatig gereviseerd. Die traditie zouden de betrokken ministeries in ere moeten houden. Voor de Modelovereenkomst geldt als algemene aanbeveling dat aanbestedende overheden oog moeten houden voor de principes die ten grondslag liggen aan DBFM(O) contractering en de behoeften van de (internationale) markt, zeker in een tijd waarin die markt kritisch kijkt naar nieuwe projecten.

38 'Modulair Model Aanbestedingsleidraad voor Projecten volgens de DBFM-Basisovereenkomst', bijlage 10.