



Handboek

**DBFM**



**Vlaanderen**  
verbeelding werkt

VLAAMS KENNISCENTRUM  
**PUBLIEK-PRIVATE  
SAMENWERKING**

Handboek  
**DBFM**





**Handboek**

**DBFM**



**Vlaanderen**  
verbeelding werkt

**VLAAMS KENNISCENTRUM  
PUBLIJK-PRIVATE  
SAMENWERKING**

# COLOFON

---

Dit is een uitgave onder de verantwoordelijkheid van het Vlaams Kenniscentrum PPS, departement Kanselarij en Bestuur, Vlaamse overheid.

---

## **Editors tweede editie**

Kit Van Gestel  
Jeroen Buyck  
Steven Van Garsse  
Erik Paquay

## **Redactieteam tweede editie**

Kit Van Gestel  
Steven Van Garsse  
Erik Paquay  
Johan Gauderis  
Jeroen Buyck  
Kilja Verhoeven

## **Redactieteam eerste editie**

Yves Brosens, Bob Martens,  
Johan Mouraux, Barteld Schutyser,  
Alec Van Vaerenbergh,  
Johan Vande Lanotte, Annelies Verlinden,  
Tom Villé, Marc Theirssen,  
Thomas Delporte, Jeroen Buyck,  
Joris De Muyter, Steven Van Garsse

---

## **Financieel economische ondersteuning tweede editie**

Rebelgroup Advisory Belgium  
Maria-Theresialei 7  
2018 Antwerpen  
Tel. +32 3 293 86 44

## **Juridische ondersteuning tweede editie**

Equator Advocaten  
Brussel-Antwerpen  
*www.eqtr.be*  
Tel. +32 3 336 46 69

## **Vlaamse overheid**

Kenniscentrum PPS  
Herman Teirlinckgebouw  
Havenlaan 88 bus 20  
1000 Brussel  
E-mail: *pps@vlaanderen.be*

---

## **Uitgave 2018**

### **Tweede druk**

**Depotnummer:** D/2018/8132/233

**ISBN** 978-2-509-03391-8

NUR 820

©Uitgeverij Politeia nv  
Keizerslaan 34  
1000 Brussel  
Tel. +32 2 289 26 10  
Fax. +32 2 289 26 19  
*info@politeia.be*  
*www.politeia.be*

Cover en lay-out  
Frisco bvba (*www.frisco.be*)

---

Disclaimer: Hoewel bij de realisatie van deze uitgave een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten, onvolkomenheden en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden noch de auteur noch de uitgever hiervoor enige aansprakelijkheid. De gebruiker van dit boek erkent en aanvaardt, door de loutere consultatie van dit werk, voormelde afwijzing van aansprakelijkheid.

# WOORD VOORAF

Het concept DBFM is als vorm van publiek-private samenwerking de afgelopen jaren goed ingeburgerd geraakt .

Op Europees niveau werden intussen voor miljarden euro's aan projecten opgezet en dit in de meest diverse sectoren: sportinfrastructuur, gevangenissen, administratieve centra, systemen voor KM-heffing, wegen, bruggen, tunnels, militaire infrastructuur etc.

PPS-projecten staan ook vandaag nog steeds hoog op de nationale en internationale agenda. Het is dan ook geen verrassing dat tal van nieuwe projecten in de stijgers staan.

In 2009 publiceerde het Kenniscentrum voor het eerst het DBFM-handboek. Exact 10 jaar later volgt nu de tweede editie. Daarin werden de kennis en inzichten verwerkt van de afgelopen jaren. Net als toen wil dit boek bijdragen tot het ontsluiten en verspreiden van de kennis en de ervaringen. Bovendien draagt deze publicatie bij tot de standaardisering van DBFM-overeenkomsten en de gebruikte terminologie. Het boek biedt een houvast aan de verschillende actoren bij DBFM-projecten en draagt daarmee ook bij aan het succesvol opzetten van DBFM-projecten in de praktijk.

Het coördinerend redactieteam

**Kit Van Gestel**

Kenniscentrum PPS

**Prof Dr. Steven Van Garsse**

Equator Advocaten

**Erik Paquay**

**Johan Gauderis**

Rebelgroep  
Advisory Belgium

# INHOUD

## DEEL I

### DBFM VAN BUITENAF BEKEKEN 11

---

<b>1</b>	<b>PPS en DBFM in Vlaanderen</b>	<b>13</b>
1.1	Wat is DBFM?	13
1.2	DBFM is een vorm van PPS	14
1.3	Wat is het verschil tussen DBFM en andere uitvoeringsvormen?	15
1.4	Waarom kiezen voor DBFM?	18
1.5	Voor welke projecten is DBFM geschikt?	22
1.6	Belangrijke aandachtspunten bij DBFM	26
1.7	Wat zijn de verschillende voorwerpen van een DBFM-overeenkomst?	29
1.8	Wat houdt het begrip 'beschikbaarheid' in?	32
1.9	Hoe risico's toewijzen?	33
1.10	Wat is het geldend wettelijk en reglementair kader?	36
<b>2</b>	<b>De verschillende actoren</b>	<b>49</b>
2.1	Contractuele en participatieve PPS	49
2.2	De overheid	50
2.3	De private opdrachtnemer	55
2.4	De (onder)aannemers	57
2.5	De financiers	58
2.6	De adviseurs	61
2.7	De gebruikers	63
<b>3</b>	<b>Hoe een DBFM-project realiseren?</b>	<b>65</b>
3.1	Voortraject	65
3.2	Marktverkenning / marktconsultatie	66
3.3	De plaatsing	66
3.4	Het vergunningentraject	78
3.5	Wat met een reken- of ontwerpvergoeding?	79

# DEEL II

## DBFM VAN BINNENIN BEKEKEN

81

---

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>83</b>
<b>2</b>	<b>Definities</b>	<b>87</b>
<b>3</b>	<b>Kernverplichtingen</b>	<b>88</b>
	3.1 Verplichtingen van de opdrachtnemer	88
	3.2 Verplichtingen van de opdrachtgever	90
<b>4</b>	<b>De contractduur</b>	<b>91</b>
<b>5</b>	<b>De financiering</b>	<b>92</b>
<b>6</b>	<b>De outputspecificaties</b>	<b>94</b>
	6.1 Inleiding	94
	6.2 De formulering van de projectdefinitie en de outputspecificaties	95
	6.3 De beschikbaarheidseisen	96
	6.4 De voltooiingseisen	98
	6.5 De problematiek van het 'niet-configuratie-gedeelte'	99
	6.6 De overdrachtseisen	100
<b>7</b>	<b>De fasering van het projectverloop</b>	<b>102</b>
	7.1 De periode tot het aanvangsbevel	102
	7.2 De periode tussen het aanvangsbevel en het beschikbaarheids- certificaat	104
	7.3 De periode vanaf het beschikbaarheidscertificaat tot en met de einddatum	105
	7.4 De overdracht	106
	7.5 Buiten-configuratie	106
<b>8</b>	<b>Het betalings- en prestatiemechanisme</b>	<b>108</b>
	8.1 Algemeen	108
	8.2 Het belang van het opzetten of kalibreren van het betalingsmechanisme	110
	8.3 Betalingen en sancties tot aan de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat	113



8.4	Betalingen en sancties vanaf het beschikbaarheidscertificaat	116
8.5	Bijkomende mechanismen om ondermaats presteren te sanctioneren	120
<b>9</b>	<b>Prijsherziening, benchmarking en market testing</b>	<b>121</b>
9.1	Algemeen	121
9.2	Prijsherziening	121
9.3	Benchmarking	122
9.4	Market testing	123
<b>10</b>	<b>Bijzondere omstandigheden</b>	<b>125</b>
10.1	Inleiding	125
10.2	Gevallen van overmacht	126
10.3	Gevallen van uitstel	128
10.4	Gevallen van vergoeding	130
<b>11</b>	<b>Wijzigingen van het contract</b>	<b>133</b>
11.1	Inleiding	133
11.2	Een wijziging opdrachtgever	134
11.3	Een wijziging opdrachtnemer	135
11.4	Een relevante wetswijziging	135
11.5	De wijzigingsprocedure	137
11.6	Financiële gevolgen ten gevolge van een wijziging	138
<b>12</b>	<b>De waarborgen en garanties</b>	<b>139</b>
12.1	Inleiding	139
12.2	Garanties vanwege de opdrachtnemer	140
12.3	Garanties en waarborgen vanwege de overheid	143
<b>13</b>	<b>De waarborgtermijn</b>	<b>146</b>
<b>14</b>	<b>Tekortkomingen</b>	<b>147</b>
<b>15</b>	<b>De gronden voor onmiddellijke beëindiging en de beëindigingsvergoedingen</b>	<b>148</b>
15.1	Inleiding	148
15.2	Beëindiging bij een grond voor onmiddellijke beëindiging	149
15.3	Beëindiging bij een tekortkoming van de opdrachtnemer	150
15.4	Beëindiging bij een tekortkoming van de overheid	151

15.5	Vrijwillige beëindiging door de overheid	152
15.6	Voortijdige beëindiging bij overmacht	152
15.7	Vergoedingen bij voortijdige beëindiging	153
<b>16</b>	<b>De overlegstructuur en de geschillenbeslechting</b>	<b>157</b>
16.1	De overlegstructuur	157
16.2	De geschillenbeslechting via de geschillenbeslechtscommissie (GBC)	157
16.3	Geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter of door een arbitraal college	159
<b>17</b>	<b>De directe overeenkomst</b>	<b>160</b>
17.1	Het mechanisme van de directe overeenkomst	161
17.2	Zekerheden en betalingen	164
<b>18</b>	<b>Aansprakelijkheden en vrijwaringen van de overheid door de opdrachtnemer</b>	<b>165</b>
<b>19</b>	<b>Intellectuele eigendomsrechten</b>	<b>167</b>
19.1	Inleiding	167
19.2	IE overheid	167
19.3	IE opdrachtnemer	169
19.4	IE Derden	169
19.5	IE na beëindiging van de overeenkomst	170
<b>20</b>	<b>Het verzekeringspakket</b>	<b>171</b>
20.1	De klassieke visie: het verplichte verzekeringspakket	171
20.2	De vrijheid van de opdrachtnemer om zijn verzekeringspakket te bepalen	175
20.3	Onverzekerbaarheid en buitengewone premiewijzigingen	176
<b>21</b>	<b>Communicatie</b>	<b>178</b>
<b>22</b>	<b>Slotbepalingen</b>	<b>179</b>
	<b>TERMEN</b>	<b>181</b>



# DEEL I

**DBFM VAN  
BUITENAF BEKEKEN**

# 1 PPS en DBFM in Vlaanderen

---

## 1.1 Wat is DBFM?

Dit handboek gaat over DBFM-projecten. DBFM staat voor Design (ontwerpen), Build (bouwen), Finance (financieren) en Maintain (onderhouden). In een DBFM-project worden het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van openbare infrastructuur of een openbaar gebouw in één overeenkomst aanbesteed en toevertrouwd aan een private partij of een samenwerkingsverband van private partijen.

In het kort verloopt een DBFM-project als volgt. De opdrachtgevende overheid organiseert een gunningsprocedure om een private partner aan te duiden voor het project. De overheid bepaalt naar aanleiding van de gunningsprocedure via zogenaamde outputspecificaties welk resultaat ze nastreeft. De private opdrachtnemer aan wie het DBFM-project toegewezen is, ontwerpt vervolgens de infrastructuur of het gebouw in overeenstemming met de door de opdrachtgevende overheid geformuleerde outputspecificaties. Daarna bouwt hij de infrastructuur of het gebouw op basis van zijn ontwerp. Om de ontwerp- en bouwkosten te dekken trekt de opdrachtnemer financiering aan. Tot slot staat hij in voor het onderhoud van het gebouw of de infrastructuur zodat die in goede staat beschikbaar wordt gemaakt voor de gebruikers en of de overheid. In ruil betaalt de opdrachtgevende overheid aan de private opdrachtnemer een prestatiegerelateerde, periodieke beschikbaarheidsvergoeding (per maand, trimester of jaar, naargelang van de contractuele afspraken). Met de inkomsten uit deze vergoeding dekt de opdrachtnemer zijn onderhoudskosten, lost hij zijn financiering af en streeft hij een rendement na op het ingebrachte eigen vermogen.

Het bedrag van de verschuldigde beschikbaarheidsvergoeding is zoals gezegd prestatiegerelateerd. Het hangt dus af van de mate van beschikbaarheid. Wanneer het gebouw of de infrastructuur gedurende de hele periode in goede staat voor de gebruikers beschikbaar was, dan ontvangt de private opdrachtnemer de volledige beschikbaarheidsvergoeding. Wanneer daarentegen het gebouw of de infrastructuur bijvoorbeeld op sommige uren of dagen niet beschikbaar was, of gebreken vertoonde die de kwaliteit voor de gebruikers aantastten, dan wordt het bedrag van de beschikbaarheidsvergoeding voor die betrokken periode

verminderd. De opdrachtgevende overheid betaalt dus steeds op basis van resultaten. De private opdrachtnemer draagt de risico's voor het behalen van de resultaten.

Een DBFM-overeenkomst is een overeenkomst tussen een opdrachtgevende overheid en een private opdrachtnemer, waarbij deze laatste het ontwerp (Design), de bouw (Build), de financiering (Finance) en het onderhoud (Maintain) van een infrastructuurwerk of gebouw voor zijn rekening neemt, en daarvoor betaald wordt met een prestatieafhankelijke, periodieke beschikbaarheidsvergoeding.

## 1.2 DBFM is een vorm van PPS

Elke overeenkomst tussen een overheid (publiek) en een bedrijf (privaat) impliceert een samenwerking. De samenwerking in een PPS-project gaat echter verder dan bij een klassieke overheidsopdracht. Het doel van een PPS is om overheid en bedrijven zo te laten samenwerken dat een meerwaarde (financieel, maatschappelijk en/of operationeel) gecreëerd wordt. Om dat doel te bereiken heeft de samenwerking in het raam van een PPS-project enkele specifieke kenmerken, die ook in een DBFM-overeenkomst voorkomen.

- De overheid treedt **minder directief** op en **meer regisserend**. De overheid bepaalt de resultaten die het project moet bereiken, maar laat aan de private opdrachtnemer de vrijheid om te kiezen op welke manier de resultaten behaald worden.
- In plaats van meerdere aparte overheidsopdrachten uit te schrijven voor de verschillende onderdelen van het project (ontwerp, bouw, onderhoud enzovoort), wordt het project onder één **geïntegreerd contract** aan een private opdrachtnemer toevertrouwd.
- In een PPS-project worden **meer risico's bij de private opdrachtnemer** gelegd, zodat deze laatste gemotiveerd en geprikkeld wordt om de risico's efficiënt te beheren.
- DBFM is als vorm van PPS te onderscheiden van privatiseringsoperaties. De overheid blijft immers ten volle (eind)verantwoordelijk voor de openbare dienstverlening. Bij privatisering stoot de overheid activa en activiteiten aan de private sector af, en levert de private sector op commerciële basis

diensten rechtstreeks aan de eindgebruiker. De overheid behoudt eventueel wel nog invloed op de dienstverlening door middel van regelgeving of het aanhouden van een minderheid van de aandelen van de private aanbieder.

Een DBFM-overeenkomst is een vorm van publiek-private samenwerking (PPS).

### 1.3 Wat is het verschil tussen DBFM en andere uitvoeringsvormen?

DBFM is een van de contractvormen in een waaier van mogelijkheden, getoond in Figuur 1.

Figuur 1: Uitvoeringsvormen

Klassieke uitvoering	DB	DBF	DBM	<b>DBFM</b>	DBFMO en concessie
Ontwerp	Ontwerp	Ontwerp	Ontwerp	Ontwerp	Ontwerp
Bouw	Bouw	Bouw	Bouw	Bouw	Bouw
Financiering	Financiering	Financiering	Financiering	Financiering	Financiering
Onderhoud	Onderhoud	Onderhoud	Onderhoud	Onderhoud	Onderhoud
Beheer en exploitatie	Beheer en exploitatie	Beheer en exploitatie	Beheer en exploitatie	Beheer en exploitatie	Beheer en exploitatie

D: Design B: Build F: Finance M: Maintain O: Operate

Aan de linkerzijde van Figuur 1 bevindt zich het klassieke uitvoeringsmodel. In dat model worden alle onderdelen van het project apart aanbesteed en uitgevoerd. Eerst stelt de opdrachtgevende overheid een ontwerp bureau aan dat een ontwerp opmaakt en dat ontwerp in een gedetailleerd technisch lastenboek vertaalt. Daarna worden één of meer aannemers geselecteerd (vaak vooral op basis van prijs), die instaat of instaan voor de bouw van het gebouw of de infrastructuur volgens het lastenboek. De bouw is daarbij onderworpen aan

de Algemene Uitvoeringsregels uit de Wetgeving overheidsopdrachten en de aannemer wordt betaald naargelang van de vordering van de werkzaamheden, op grond van zogenaamde vorderingsstaten. Na de oplevering van het gebouw of de infrastructuur staat de opdrachtgevende overheid in voor onderhoud en exploitatie. Ze kan het onderhoud en de exploitatie zelf uitvoeren of met kortlopende dienstencontracten uitbesteden.

De overige contractvormen zijn hierna beschreven. Ze komen aan bod in een stijgende mate van integratie van de projectonderdelen (van links naar rechts in Figuur 1).

- Design – Build (DB): de opdrachtgevende overheid werkt een programma van eisen uit en eventueel ook een referentieontwerp. Ze kan zich daarbij laten bijstaan door een ontwerp bureau, maar de opdracht daarvan is beperkter dan in het geval van een klassieke uitvoering. Daarna wordt een opdrachtnemer geselecteerd die voor het (detail)ontwerp zowel als de bouw zal instaan. De kandidaat-opdrachtnemers maken een voorontwerp dat ze bij hun offerte voegen. De opdrachtgevende overheid kiest de voordeligste offerte op basis van de kwaliteit van het voorgestelde ontwerp en de prijs. Ze betaalt de afgesproken uitvoeringsprijs pas bij de oplevering van het gebouw of de infrastructuur.<sup>1</sup> Eventueel kan in een gefaseerd betalingschema worden voorzien, waarbij een deel van de uitvoeringsprijs betaald wordt tijdens de werkzaamheden of bij het behalen van gespecificeerde mijlpalen. Na de oplevering gebeuren het onderhoud en de exploitatie zoals in het klassieke uitvoeringsmodel.
- Design – Build – Finance (DBF): een DBF-overeenkomst is op één punt verschillend van een DB-overeenkomst. De opdrachtgevende overheid betaalt de private opdrachtnemer niet bij de oplevering, maar gespreid in de tijd volgens een vastgelegd afbetalingsschema (bijvoorbeeld in 120 maandelijkse betalingen gespreid over tien jaar na de oplevering). Bijgevolg moet de opdrachtnemer zorgen voor de (pre)financiering van de ontwerp- en bouwkosten.
- Design – Build – Maintain (DBM): de opdrachtgevende overheid werkt een programma van eisen uit voor het te bouwen gebouw of infrastructuurwerk en voor het onderhoud daarvan. De kandidaat-opdrachtnemers dienen een offerte in met een voorontwerp van het gebouw of infrastructuurwerk en een onderhoudsplan. De opdrachtgevende overheid kiest de voordeligste offerte op basis van de prijs en van de kwaliteit van het

---

1 Eventueel gesplitst over de voorlopige oplevering (grootste deel van de prijs) en de definitieve oplevering (saldo).

voorontwerp en het onderhoudsplan. De geselecteerde private opdrachtnemer maakt een (detail)ontwerp van het gebouw of infrastructuurwerk, voert de bouwwerkzaamheden uit en staat vervolgens in voor het onderhoud tot aan het einde van de contractperiode. De uitvoeringsprijs bestaat uit twee delen. Het deel dat overeenstemt met het ontwerp en de bouw wordt betaald bij oplevering (of gefaseerd over de bouwperiode bij het behalen van mijlpalen, of in verhouding tot vorderingsstaten). Tijdens de onderhoudsperiode betaalt de opdrachtgevende overheid aan de opdrachtnemer een periodieke onderhoudsvergoeding (per maand, trimester of jaar, naargelang van de contractuele afspraken). De onderhoudsvergoeding is resultaatsafhankelijk. Wanneer de onderhoudsstaat van het gebouw of de infrastructuur niet aan de contractuele eisen voldoet, wordt het bedrag van de onderhoudsvergoeding verminderd.

- Design – Build – Finance – Maintain (DBFM): in een DBFM-overeenkomst worden het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van openbare infrastructuur of een openbaar gebouw in één opdracht aanbesteed en uitgevoerd. Hoe een DBFM-project verloopt is al in onderdeel 1.1 uitgelegd.
- Design – Build – Finance – Maintain – Operate (DBFMO): een DBFMO-overeenkomst werkt grotendeels op dezelfde wijze als een DBFM-overeenkomst, maar de private opdrachtnemer voert behalve het onderhoud ook operationele taken uit die met het project verbonden zijn. Een voorbeeld van een DBFMO-project is de bouw en uitbating van een zwembad. De private opdrachtnemer ontwerpt en bouwt het zwembad met eigen financiering en staat vervolgens met eigen personeel in voor de uitbating van het zwembad. De opdrachtgevende overheid legt de uitbatingsvoorwaarden vast en betaalt aan de opdrachtnemer een resultaatsafhankelijke periodieke vergoeding.
- Concessie<sup>2</sup>: net als bij een DBFMO-overeenkomst staat de private opdrachtnemer bij een concessieovereenkomst in voor ontwerp, bouw, financiering, onderhoud en uitbating. Er is echter een belangrijk verschil. Terwijl bij een DBFMO-overeenkomst de opdrachtnemer vergoed wordt door de opdrachtgevende overheid, moet hij in een concessieovereenkomst zijn inkomsten bij de gebruikers halen. Tolwegen zijn voorbeelden van infrastructuur die vaak onder concessieovereenkomsten gerealiseerd en uitgebaat worden. Het gevolg is dat de opdrachtnemer behalve de bouw- en operationele risico's ook het vraagriscio draagt. Hij kan het vraagriscio deels beheersen door een goede dienstverlening, maar ook bijvoorbeeld door aanvullende

---

2 Soms ook wel DBFMO of BOT (Build Operate Transfer) genoemd. Het onderdeel Operate behelst in dat geval de eigenlijke exploitatie.



commerciële diensten aan te bieden of de tarieven bij te sturen (in de mate dat de concessieovereenkomst dat toelaat).

DBFM is een van de contractvormen in een waaier van mogelijkheden. De uitvoeringsvormen worden gekenmerkt door de mate waarin projectonderdelen (ontwerp, bouw, onderhoud, exploitatie, financiering) en de daarmee gepaarde risico's aan de private opdrachtnemer overgedragen worden.

## **1.4 Waarom kiezen voor DBFM?**

Een opdrachtgevende overheid heeft de keuze uit een waaier van uitvoeringsvormen voor de realisatie van een project, zoals in de vorige paragrafen werd uitgelegd. In dit onderdeel worden de voordelen van DBFM belicht. Ze vormen de redenen voor de opdrachtgevende overheid om voor DBFM te kiezen.

### **1.4.1 Ontzorging**

De opdrachtgevende overheid wordt bevrijd van het management van het bouwen en onderhoudsproces en kan zich volledig op haar kerntaken toeleegen. Ze heeft voor het gehele project slechts één aanspreekpunt: de private opdrachtnemer. Deze laatste zorgt voor de afstemming tussen ontwerp, bouw en onderhoud, voor de coördinatie van verschillende aannemers en onderaannemers en voor de oplossing van alle praktische problemen die er tijdens de bouw- en onderhoudsperiode optreden.

### **1.4.2 Minder aanbestedingsprocedures**

Door ontwerp, bouw en onderhoud tegelijkertijd aan te besteden wordt er tijd bespaard. De aanbesteding van een DBFM-contract is complexer en vergt daardoor veel meer tijd dan die van een eenvoudige aanneming van werken. Het doorlopen van die aanbestedingsprocedure neemt doorgaans ook meer tijd in beslag. Zodra de procedure echter doorlopen en het contract gesloten is, is er geen nood om bijvoorbeeld periodiek allerlei andere aanbestedingsprocedures op te starten.

### 1.4.3 Creatieve oplossingen

In een DBFM-aanbesteding definieert de opdrachtgevende overheid de specificaties waaraan de infrastructuur of het gebouw moet voldoen, bijvoorbeeld kantoorruimte om een bepaald aantal ambtenaren met een bepaald comfort-niveau te huisvesten. De kandidaat-opdrachtnemers bedenken vervolgens hoe het te realiseren object er daadwerkelijk uit gaat zien en onderhouden zal worden, en stellen dat in hun offertes voor. Daardoor ontstaat er ruimte voor meer gevarieerde en creatieve oplossingen die beter aan de wensen en behoeften van de aanbestedende overheid voldoen of die deze behoeften en wensen tegen een lagere kostprijs kunnen invullen.

### 1.4.4 Minimalisering van de levenscycluskosten

Bij klassieke overheidsopdrachten wordt nauwelijks een verband tussen de investering en het onderhoud gelegd. Het is mogelijk dat de weg goedkoop wordt aangelegd, maar dat daardoor het onderhoud achteraf erg duur blijkt te zijn. Daarom wekt het geen verbazing dat naar een werkwijze wordt gezocht waarbij de zogenaamde *whole life cost* (kosten over de volledige levenscyclus) in aanmerking wordt genomen. Projectrealisering aan de hand van de DBFM-formule is zo'n werkwijze. Een eenvoudig voorbeeld laat toe deze 'whole life cost'-benadering te illustreren. In een klassieke overheidsopdracht voor het bouwen van een weg bepaalt de overheid welk materiaal, zoals beton of asfalt, voor het wegdek moet worden gebruikt. Die keuze is voor de private opdrachtnemer niet van belang. Wanneer de weg via een DBFM-formule wordt gebouwd, moet de private opdrachtnemer een permanente beschikbaarheid van de weg garanderen. De opdrachtnemer zal daarom, bij de keuze van de materialen waarmee hij de weg bouwt, rekening houden met de onderhoudskosten. Hij zal de bouwkost met de onderhoudskost in balans moeten brengen. Hoe lager de bouwkost, hoe hoger de onderhoudskost kan liggen, of omgekeerd.

### 1.4.5 Vaste, voorspelbare prijs

De DBFM-overeenkomst bepaalt een vaste beschikbaarheidsvergoeding (op een periodieke prijsherziening volgens een contractueel vastgelegde formule na). Slechts in uitzonderlijke, in de DBFM-overeenkomst gespecificeerde omstandigheden is de private opdrachtnemer gerechtigd om meerkosten aan te rekenen. Omdat hij dat weet, zal hij in zijn offerte een realistische prijs aanbieden en zal hij alle mogelijke inspanningen leveren om de risico's en de kosten van het project te beheersen. De opdrachtgevende overheid heeft dus op voorhand een

veel grotere zekerheid over de prijs die ze zal moeten betalen. Ook zijn er veel minder discussies over verrekeningen.

### **1.4.6 Verzekerde tijdigheid en kwaliteit van bouw en onderhoud**

De opdrachtgevende overheid betaalt de beschikbaarheidsvergoeding pas vanaf het moment dat de infrastructuur of het gebouw opgeleverd is. Bovendien wordt de beschikbaarheidsvergoeding slechts volledig betaald wanneer de infrastructuur of het gebouw zich in goede staat bevindt. In geval van gebreken worden kortingen toegepast. Daardoor is de opdrachtnemer sterk gemotiveerd om de infrastructuur of het gebouw *op tijd en conform de specificaties* op te leveren. Bovendien zal hij het gebouwde object nadien zorgvuldig onderhouden, zodat het steeds aan de contractueel vastgelegde kwaliteits- en duurzaamheidseisen voldoet. De opdrachtgevende overheid heeft bijgevolg de zekerheid dat het gebouw of de infrastructuur geen waardeverlies door gebrekkig onderhoud zal ondergaan.

### **1.4.7 Spreiding van de begrotingsimpact**

De regels met betrekking tot de overheidsbegroting laten in principe niet toe de kostprijs van een investering over de periode van 'gebruik' te spreiden. Als een weg wordt aangelegd en twintig jaar meegaat, wordt de investering volledig op het jaar van de uitvoering van de werken aangerekend. Erg logisch is dat eigenlijk niet. Hetzelfde geldt voor groot onderhoud of voor belangrijke herstellingen. De realisatie van een project onder een DBFM-overeenkomst laat toe om de investeringskosten en de kosten van groot onderhoud over de contractperiode te spreiden. Alleen de beschikbaarheidsvergoeding wordt per jaar op de begroting ingeschreven. Die vergoeding dekt de terugbetaling van de investeringskosten en de gemiddelde jaarlijkse onderhoudskosten.

Deze spreiding in de tijd van de kosten in de begroting is echter slechts toegestaan wanneer de DBFM-overeenkomst voldoet aan de voorwaarden die de ESR-reglementering<sup>3</sup> daarover oplegt. Die voorwaarden komen aan bod in onderdeel 1.10.6.

Anderzijds houdt de spreiding van de begrotingsimpact ook een gevaar in. Het gevaar is dat de opdrachtgevende overheid minder aandacht aan de kostprijs van het project schenkt omdat de betaling ervan in belangrijke mate vooruitgeschoven wordt. Het is belangrijk om te beseffen dat door de realisatie van een

---

3 ESR: Europees Systeem van Rekeningen.

project in een DBFM-formule de begrotingsimpact wel in de tijd gespreid wordt, maar op zich niet verminderd wordt. (Tenzij DBFM kostenbesparingen oplevert, zoals hieronder beschreven.) De opdrachtgevende overheid moet dus steeds naar het totale kostenplaatje kijken.

#### 1.4.8 Is DBFM duurder dan klassieke uitvoering?

Er wordt weleens gezegd dat een DBFM-project zelden goedkoper is dan een klassiek opgevat project. Bij nader toezien houdt die redenering vaak geen stand. In een klassiek aanbesteed project zijn veel kosten immers verborgen. Er wordt vaak geen rekening gehouden met prijsverhogende factoren, zoals wijzigingen, onvoorziene omstandigheden of het onderhoud. Het resultaat is dat de uiteindelijke kosten van een op klassieke wijze uitgevoerd project, inclusief het onderhoud ervan, nagenoeg altijd beduidend hoger zijn dan de gebudgetteerde kosten. Bij het sluiten van een DBFM-overeenkomst daarentegen heeft de opdrachtgevende overheid van in het begin *een volledig inzicht in haar werkelijke kosten* over de hele levenscyclus van het project. Dat is vooral voor wat de onderhoudskosten betreft een groot voordeel. De overheid weet waar ze financieel aan toe is. Budgetimplicaties kunnen al in een vroeg stadium worden vastgesteld omdat over alle kosten en risico's van het project vooraf is nagedacht. Op die manier leidt een DBFM-overeenkomst tot een grotere voorspelbaarheid en beheersbaarheid van de kosten.

In DBFM-projecten worden de investeringskosten door de private opdrachtnemer gefinancierd. Een vaak gehoorde kritiek op private financiering is dat ze meestal duurder is dan financiering van de overheid. De overheid kan immers relatief goedkope leningen aangaan omdat de banken haar als een meer kredietwaardige partner dan private ondernemingen beschouwen. Bovendien wordt in de meeste DBFM-projecten een deel van de investeringskosten met eigen vermogen (aandelenkapitaal) gefinancierd. Het verwachte rendement op eigen vermogen is hoger dan de rente op een lening die de overheid zou moeten betalen wanneer ze zelf de investering zou financieren. Kortom: DBFM-overeenkomsten brengen op dit gebied hogere financieringskosten met zich mee in vergelijking met een klassieke lening aan de overheid.

De vergelijking tussen DBFM en klassieke uitvoering mag zich echter niet beperken tot een vergelijking van de financieringskosten. In een DBFM-overeenkomst worden veel projectrisico's verschoven van de opdrachtgevende overheid naar de private opdrachtnemer, zodat de prijs voor de overheid meer vast en voorspelbaar is (zie onderdeel 1.4.5). De hogere financieringskosten van de private opdrachtnemer zijn het gevolg van de grotere risico's die de private opdrachtnemer op zich neemt en waarvoor financiers en investeerders een compensatie verwachten.

Kiezen voor de uitvoeringsvorm DBFM heeft diverse voordelen voor een opdrachtgevende overheid.

Ten eerste **ontzorging**. Via een DBFM-overeenkomst worden de meeste verantwoordelijkheden voor de realisatie en het onderhoud van een gebouw of infrastructuurwerk bij de private opdrachtnemer gelegd. De overheid kan zich toeleggen op de dienstverlening aan de burger, terwijl de private opdrachtnemer ervoor zorgt dat de infrastructurele middelen die daarvoor nodig zijn, beschikbaar zijn.

Ten tweede **lagere kosten inzake bouw en onderhoud**. Een DBFM-formule geeft aan de opdrachtnemer een grote vrijheid en een sterke prikkel om de kosten te verlagen door creatieve oplossingen en door synergieën te benutten tussen de fasen van de projectlevenscyclus.

Ten derde **zekerheid** over de prijs en de kwaliteit over de hele levensduur van de overeenkomst. De prijs en de kwaliteitsstandaarden zijn in de DBFM-overeenkomst voor lange tijd vastgelegd.

Ten slotte laat DBFM toe om de **begrotingsimpact** van het project over een langere periode te spreiden. Dat is echter slechts mogelijk onder bepaalde voorwaarden, opgelegd door de Europese regels inzake overheidsbegrotingen. Ook moet erover gewaakt worden dat de mogelijkheid om de begrotingsimpact in de tijd te spreiden niet leidt tot kortzichtige projectbeslissingen, waarbij de kosten op lange termijn buiten beschouwing gelaten worden.

## 1.5 Voor welke projecten is DBFM geschikt?

DBFM is niet geschikt voor alle projecten. Een project moet de passende kenmerken hebben om voordelen uit DBFM te halen.

Het Kenniscentrum PPS heeft een instrument ontwikkeld om te bepalen welke uitvoeringsvorm het geschiktst is voor een concreet publiek investeringsproject. Het Afwegingsinstrument Uitvoeringsvormen (AUV) stelt aan de gebruiker een aantal vragen. Op basis van de antwoorden op die vragen berekent het AUV geschiktheidsscores voor de alternatieve uitvoeringsvormen, waaronder DBFM. Dit handboek gaat niet in detail in op de praktische toepassing van het AUV op een concreet publiek investeringsproject. Daarvoor kunt u bij het Kenniscentrum

terecht. Wel worden in wat volgt de belangrijkste factoren belicht die in de geschiktheid van DBFM voor een concreet project een rol spelen.

### 1.5.1 Het project moet een voldoende omvang hebben

Een DBFM-project wordt gekenmerkt door een veel grotere complexiteit in vergelijking met een klassieke uitvoering. Meerdere factoren dragen bij tot deze grotere complexiteit.

- In een DBFM-project worden vele projectrisico's en de financiering verschoven naar de private opdrachtnemer. Een DBFM-overeenkomst is daardoor veel uitgebreider en complexer dan de overeenkomst voor afzonderlijke ontwerp-, aannemings- of onderhoudsdiensten die bij een klassieke uitvoering gehanteerd worden. Het sluiten van een DBFM-overeenkomst vraagt bijgevolg veel meer voorbereiding en onderhandeling, vaak met behulp van gespecialiseerde technische, financiële en juridische adviseurs.
- Bij een DBFM-project zijn vele partijen betrokken: de opdrachtgevende overheid, de private opdrachtnemer (die vaak op zijn beurt vaak bestaat uit een samenwerking van meerdere aannemers en onderhoudsbedrijven, eventueel investeerders), de financiers en de eindgebruikers. Deze veelheid van partijen, elk met eigen belangen die in het project verenigd moeten worden, draagt ook bij tot de complexiteit.
- De kandidaat-opdrachtnemers moeten als onderdeel van hun offerte al een ontwerp van het te realiseren gebouw of infrastructuurwerk opmaken, en een onderhoudsplan opstellen. Die ontwerpen en onderhoudsplannen hoeven nog niet volledig in detail uitgewerkt te zijn. Maar ze moeten wel al voldoende gedetailleerd zijn om een evaluatie van de kwaliteit door de aanbestedende overheid mogelijk te maken en om de prijs te kunnen bepalen die de inschrijver in zijn offerte zal aanbieden.

Als gevolg van de grotere complexiteit zijn de voorbereidingskosten beduidend hoger dan bij een klassieke aanbesteding, zowel voor de opdrachtgevende overheid als voor de opdrachtnemer. Bovendien zijn de voorbereidingskosten in grote mate vast (dat wil zeggen: onafhankelijk van de omvang van het project), terwijl veel voordelen van DBFM wel proportioneel zijn met de omvang van het project (bijvoorbeeld de besparing van de levenscycluskosten, die gerelateerd zijn aan de totale kosten van het project). Bijgevolg moet het project een voldoende omvang bezitten om de hogere transactiekosten door efficiëntiewinsten van DBFM weer te kunnen opvangen.

Het is niet eenvoudig om een drempelwaarde voor de omvang voor een DBFM-project vast te leggen. Dat hangt af van de complexiteit van het project. Bij projecten met goed afgebakende *scope* en lage risico's zijn de voorbereidingskosten lager, zodat DBFM ook bij een kleine projectomvang haalbaar is. Om tegemoet te komen aan de vraag naar kleine DBFM-projecten heeft het Vlaams Kenniscentrum PPS een mini-DBFM ontwikkeld. Dat is een vereenvoudigd DBFM-contract dat geschikt is voor kleinere projecten en dat als modeldocument ter beschikking staat van potentiële opdrachtgevende overheden. De bedoeling is dat dit contract met beperkte aanpassingen en optimalisaties – dus beperkt maatwerk – bruikbaar is voor projecten met een iets kleinere omvang, zodat de voorbereidingskosten beperkt blijven.

De complexiteit van DBFM-overeenkomsten en de daarmee gepaard gaande hoge voorbereidingskosten hebben als gevolg dat DBFM pas vanaf een zekere projectomvang interessant is.

## 1.5.2 Het project moet een voldoende grote onderhoudscomponent hebben

Een van de voordelen van een DBFM-overeenkomst is de integratie van ontwerp, bouw en onderhoud, zodat de opdrachtnemer de synergieën tussen deze projectfasen maximaal kan benutten en daardoor de totale levenscycluskosten kan verminderen. Bijgevolg is de realisatie van een project via DBFM slechts zinvol wanneer het project een belangrijke onderhoudscomponent heeft. Zoniet is er geen reden om de onderhoudscomponent in het project te integreren en het project daardoor nodeloos complexer te maken. Er kan dan beter worden gekozen voor een uitvoeringsvorm zonder onderhoud (bijvoorbeeld klassieke uitvoering of een DB-formule), en het onderhoud nadien apart aan te besteden.

Een DBFM-overeenkomst heeft slechts zin wanneer het project een voldoende grote onderhoudscomponent heeft.

### 1.5.3 De behoeften moeten definieerbaar en voldoende stabiel zijn

In een DBFM-project wordt de opdrachtnemer niet op input en uitgevoerde activiteiten, maar op prestaties afgerekend. Hij moet gedurende de looptijd van de DBFM-overeenkomst (die twintig jaar en meer kan bedragen) het gebouw of de infrastructuur in 'goede staat' houden. Daarvoor moet het wel mogelijk zijn om te definiëren wat 'goede staat' betekent. In de DBFM-overeenkomst moeten meetbare kwaliteitsstandaarden worden opgenomen. Zonder dergelijke standaarden kunnen de prestaties van de opdrachtnemer niet geëvalueerd worden.

Bovendien moeten deze kwaliteitsstandaarden, net als de andere outputspecificaties van het project, tamelijk stabiel zijn. Wanneer ze in de toekomst toch zouden wijzigen, moet dat op een voorspelbare manier gebeuren. Anders kan de DBFM-overeenkomst niet bepalen welke output en kwaliteitsstandaarden er in de toekomst verwacht zullen worden van de opdrachtnemer. Dit creëert grote onzekerheid, voor de opdrachtnemer zowel als voor de opdrachtgevende overheid. De opdrachtnemer weet niet welke prestaties hij zal moeten leveren, en tegen welke kosten. De opdrachtgevende overheid is niet zeker dat de diensten die over vijf, tien of vijftien jaar geleverd moeten worden nog aan de maatschappelijke behoeften zullen beantwoorden.

Een DBFM-overeenkomst bevat steeds een hoofdstuk over wijzigingen tijdens de looptijd van de overeenkomst. Dat is noodzakelijk, want onverwachte veranderingen kunnen nooit uitgesloten worden. In geval van een wijziging moeten de opdrachtnemer en de opdrachtgevende overheid een akkoord bereiken over de inhoud van de wijziging (outputspecificaties en kwaliteitsstandaarden) en de financiële gevolgen ervan (aanpassing van de onderhoudsvergoeding en/of eenmalige compensatie). De DBFM-overeenkomst beschrijft met welke procedure en volgens welke principes dergelijk akkoord bereikt moet worden. Vaak is dat een moeilijk proces, omdat beide partijen in de DBFM-overeenkomst als het ware tot elkaar veroordeeld zijn en de concurrentie niet meer speelt. Bijgevolg moeten wijzigingen zo veel mogelijk vermeden worden. Wanneer bij de aanvang van het DBFM-project al vaststaat dat er gedurende de looptijd van het contract veel en belangrijke wijzigingen nodig zullen zijn om op technologische en maatschappelijke veranderingen of op wijzigende behoeften van de opdrachtgevende overheid in te kunnen spelen, moet wellicht een andere uitvoeringsvorm gekozen worden.

Een DBFM-overeenkomst heeft een lange looptijd. Gedurende die tijd is het moeilijk om de specificaties van de prestaties van de opdrachtnemer te veranderen. Wanneer de opdrachtgevende overheid verwacht dat de



behoefden in de toekomst vaak en sterk zullen wijzigen, is een DBFM wellicht niet geschikt.

## 1.6 Belangrijke aandachtspunten bij DBFM

De voordelen van DBFM ontstaan niet vanzelf. Ze moeten actief nagestreefd worden bij de voorbereiding en de uitvoering van het DBFM-project. Het eerder genoemde AUV kijkt ook naar de factoren die hierbij belangrijk zijn.

### 1.6.1 Projectvoorbereiding

Een goede projectvoorbereiding is een succesfactor voor alle projecten, en zelfs meer voor DBFM-projecten. In een DBFM-project nemen de opdrachtnemer en zijn financiers heel veel verantwoordelijkheden en risico's van het project op zich. Ze kunnen dat slechts doen wanneer een degelijke projectvoorbereiding de onzekerheden zo veel mogelijk weggewerkt heeft. Wanneer dat niet lukt, moet de DBFM-overeenkomst duidelijk maken hoe die onzekerheden opgevangen zullen worden wanneer ze zich in de praktijk voordoen, bijvoorbeeld door de benadeelde partij te vergoeden of door het afzwakken van bepaalde contractuele verplichtingen die door de onzekerheid moeilijker uit te voeren zijn.

Wanneer de onzekerheden te groot zijn en wanneer daarvoor geen contractuele voorzorgen genomen zijn, dan is het mogelijk dat er geen opdrachtnemer of financier bereid gevonden wordt om in het project te investeren. Mogelijk is hij slechts bereid te investeren mits hij een hoge risicopremie mag aanrekenen, wat de kostprijs van het project behoorlijk doet stijgen.

De ervaring leert dat vooral onzekerheden over de aflevering van vergunningen en de staat van de ondergrond de haalbaarheid of goede uitvoering van een DBFM-project in het gedrang brengen.

Een degelijke projectvoorbereiding is een essentiële voorwaarde voor een succesvol DBFM-project.

## 1.6.2 Capaciteit en ervaring van de opdrachtgevende overheid

De aanbesteding en opvolging van een DBFM-project vergt een meer veelzijdige expertise dan een project dat op klassieke wijze uitgevoerd wordt.

- Om een *bankabele* DBFM-overeenkomst op te stellen en te onderhandelen is er uitgebreide juridische en financiële kennis nodig. Verder moet de opdrachtgevende overheid over de nodige technische achtergrond beschikken om haar behoeften in functionele outputspecificaties te vertalen.
- Tijdens de uitvoering van een DBFM-overeenkomst is de rol van de opdrachtgevende overheid die van contractmanager. Dat houdt onder meer in: monitoring van de prestaties, berekening van de prestatieafhankelijke vergoeding die periodiek aan de opdrachtnemer verschuldigd is, en behandeling van bijzondere voorvallen (tekortkomingen van partijen, gevallen van overmacht, contractwijzigingen geïnitieerd door een van de partijen enzovoort). Ook dit vergt een mix van technische, juridische en financiële kennis, net als de fiscale draagkracht om aan de periodieke betalingsverplichtingen te voldoen.

De capaciteit en de ervaring van de opdrachtgevende overheid hebben een grote impact op het vlotte verloop van een DBFM-project. Bekwame overheden wekken bovendien vertrouwen bij kandidaat-opdrachtnemers, met meer concurrentie en scherpere voorwaarden als gevolg.

Gezien de veelzijdigheid en de complexiteit van PPS-projecten (waaronder DBFM) in vergelijking met klassieke uitvoering, laten opdrachtgevende overheden zich doorgaans bijstaan door externe juridische, financiële en vaak ook technische adviseurs. Dergelijke bijstand is des te belangrijker wanneer de opdrachtgevende overheid nog niet veel ervaring heeft in de voorbereiding en aanbesteding van DBFM-projecten.

Kandidaat-opdrachtnemers voor DBFM-projecten verwachten een professionele en financieel draagkrachtige opdrachtgevende overheid als contractpartij. Wanneer dat nodig is moet de opdrachtgevende overheid zich door externe adviseurs laten bijstaan.

### **1.6.3   Bereidheid van de opdrachtgever om een DBFM-overeenkomst aan te gaan**

Een project in een DBFM-formule realiseren vergt van de opdrachtgevende overheid een heel andere manier van werken dan bij een klassieke uitvoering. Onder een DBFM-overeenkomst wordt de dienstverlening voor lange termijn en op basis van functionele outputspecificaties aan de opdrachtnemer toevertrouwd. De opdrachtgevende overheid geeft aan de opdrachtnemer een grote vrijheid in de uitvoering, op voorwaarde dat de functionele specificaties behaald worden. Opdat dit zou werken, moet de opdrachtgevende overheid bereid en in staat zijn om de details van ontwerp, bouw en onderhoud uit handen te geven en in de plaats daarvan een regisserende en controlerende rol op te nemen. Dat vergt vaak een ingrijpende omslag in de organisatie en het takenpakket van de opdrachtgevende overheid.

De succesvolle toepassing van DBFM vergt vaak een ingrijpende omslag in de manier van werken door de opdrachtgevende overheid.

### **1.6.4   Expertise van de opdrachtnemer om een DBFM-overeenkomst aan te gaan en uit te voeren**

Onder een DBFM-overeenkomst ontwerpt de private partner de infrastructuur en beheert hij zelf de interfacerisico's tussen ontwerp, bouw en onderhoud. Dat is ongewoon in vergelijking met de klassieke uitvoeringsvorm, waarbij het meestal de overheid is die het ontwerp uitwerkt met de hulp van interne of externe ontwerpers (ingenieurs, architecten enzovoort). In een DBFM-project beperkt de overheid zich echter tot het bepalen van outputspecificaties, zodat de betrokken private partijen zelf de verschillende onderdelen op elkaar zullen moeten afstemmen en daartoe de nodige contracten afsluiten. Ook zullen de opdrachtnemers intern structuren moeten opzetten om de risico's te beheersen. DBFM's zorgen dus ook bij private partijen voor een andere manier van werken.

## 1.7 Wat zijn de verschillende voorwerpen van een DBFM-overeenkomst?

---

### 1.7.1 Design

In een DBFM-project beperkt de overheid zich tot het bepalen van outputspecificaties.<sup>4</sup> Die worden soms in een referentieontwerp weergegeven, gemaakt door of in opdracht van de overheid. Zo'n ontwerp bakent de lijnen van het ontwerp af, maar binnen die lijnen wordt ruimte gelaten voor de ontwerpvrijheid van de opdrachtnemer, bijvoorbeeld wat betreft de materiaalkeuze.

### 1.7.2 Build

Het is de opdrachtnemer die de infrastructuur bouwt. Dat is op zichzelf niet ongewoon. Ook bij een klassieke uitvoering wordt de bouwcomponent uitbesteed.

### 1.7.3 Finance

In een klassieke uitvoering betaalt de opdrachtgevende overheid de kosten van de aanleg van de infrastructuur aan de aannemer naarmate de werkzaamheden vorderen. De overheid put daarvoor uit de begrotingsmiddelen. Wanneer die middelen niet volstaan voor de uitgaven, financiert de overheid zich op de kapitaalmarkt. De leningen die de overheid aangaat, dienen niet om een specifiek project te financieren, maar om het globale tekort tussen middelen en uitgaven te dekken.

In een DBFM-project staat de private opdrachtnemer in voor de financiering van de nodige investeringen. Dat gebeurt meestal op de volgende wijze.

- De private partner richt bij de aanvang van het project een projectvennootschap of *Special Purpose Vehicle* (SPV) op. De aandeelhouders van de projectvennootschap zijn de leden van het samenwerkingsverband dat het project gewonnen heeft. Doorgaans gaat het om de aannemers en de ondernemingen die het onderhoud zullen uitvoeren. Vaak is er ook een participatie van een gespecialiseerd investeringsfonds.

---

4 Zie hierover ook de brochure over outputspecificaties van het Kenniscentrum PPS.

- De aandeelhouders brengen eigen vermogen in de projectvennootschap in. Daarnaast trekt de projectvennootschap vreemd vermogen aan van banken en eventueel ook van andere financiële instellingen (bijvoorbeeld institutionele beleggers).
- Omdat eigen vermogen duurder is dan vreemd vermogen, probeert de private partner een zo hoog mogelijk aandeel van de financieringsbehoeften met vreemd vermogen te dekken. Hoe hoog het aandeel van vreemd vermogen opgedreven kan worden, hangt af van de kenmerken van het project en van de omstandigheden op de financiële markten. Voor goed voorbereide en gestructureerde projecten is een aandeel vreemd vermogen van 90 % en meer courant.
- De projectvennootschap ontvangt de beschikbaarheidsvergoeding en wendt die aan om de onderhoudskosten te betalen en de financiering af te lossen, dat wil zeggen: om de lening terug te betalen en de interestkosten te dekken. Met het saldo dat resteert nadat alle kosten betaald zijn, worden de aandeelhouders vergoed (terugbetaling van het ingebrachte kapitaal en uitkering van dividenden).

Omdat de financiering aan de projectvennootschap toegekend wordt, hangen de financiers af van de financiële resultaten van het project om hun investering met rendement te recupereren. Dit is een groot verschil met een klassieke overheidslening, die niet aan een specifiek project gekoppeld is, maar waarvan de terugbetaling door alle inkomsten van de overheid gegarandeerd wordt.

Voor de private partner heeft het gebruik van een projectvennootschap als voordeel dat de financiële risico's van het project strak afgebakend zijn. Tegenvallende projectresultaten besmetten daardoor niet (of minder) de andere activiteiten van de private partner. De impact op de balans van de aandeelhouders van de projectvennootschap is beperkt tot de waarde van hun kapitaalbreng. Daarom worden bijna alle DBFM-projecten door middel van een projectvennootschap gefinancierd.<sup>5</sup>

Voor de banken en andere verstrekkers van vreemd vermogen houdt het gebruik van een projectvennootschap extra risico's in. Wanneer de financiële resultaten van het project tegenvallen, kunnen ze geen verhaal uitoefenen op de andere

---

5 Projecten met een kleine investeringscomponent worden soms rechtstreeks op de balans van de private partner opgenomen. De oprichting van een projectvennootschap brengt extra kosten met zich mee, en voor kleine projecten loont dat soms niet de moeite. In dat geval worden de (beperkte) investeringskosten met gewone bedrijfsleningen (een investeringskrediet of een overlopende kredietlijn) gefinancierd.

middelen van de private partner. Daarom onderwerpen de banken het project aan een zeer nauwkeurig onderzoek vooraleer een lening aan de projectvennootschap goed te keuren. Daarbij hechten ze in het bijzonder belang aan de grondigheid van de projectvoorbereiding en aan de financiële betrouwbaarheid van de opdrachtgevende overheid.

Om de projectrisico's beter te kunnen opvolgen en beheren is het gebruikelijk dat de opdrachtgevende overheid, de projectvennootschap en de verstrekkers van vreemd vermogen (vertegenwoordigd door de security agent) een tripartiete overeenkomst sluiten. Daarin belooft de opdrachtgevende overheid dat wanneer ze de DBFM-overeenkomst vanwege de wanprestatie van de private partner voortijdig wil beëindigen, ze de verstrekkers van vreemd vermogen daarover op voorhand zal informeren en hun de gelegenheid zal geven om zelf remediërende maatregelen te nemen (bijvoorbeeld door de tekortkomende opdrachtnemer te vervangen), zodat de contractbeëindiging vermeden kan worden.

Wanneer de financiers de projectrisico's als te groot ervaren, is pure projectfinanciering soms niet haalbaar, zelfs niet na aanrekening van een hoge risicopremie in de interestvoet. Als voorwaarde voor het verstrekken van een lening aan de projectvennootschap zullen de banken dan extra financiële garanties van de aandeelhouders eisen (bijvoorbeeld in de vorm van een kredietbrief), en soms ook van de overheid (bijvoorbeeld een gedeeltelijke waarborg inzake de terugbetaling van het vreemd vermogen dat werd aangetrokken voor het project). Daardoor kunnen de banken bij tegenvallende projectresultaten toch in zekere mate een claim op middelen buiten het project leggen.

#### **1.7.4 Maintenance**

De *levenscyclusbenadering* van DBFM-projecten betekent dat de private opdrachtnemer bij het ontwerp en de bouw rekening zal houden met het feit dat hij zelf ook voor het onderhoud van de ontworpen en gebouwde infrastructuur instaat. Op die manier heeft hij de keuze om veelvuldig onderhoud te voorkomen door tijdens de bouw duurzame materialen te gebruiken. In andere gevallen kan het echter voordeliger zijn om te kiezen voor lagere investeringskosten tijdens de bouwfase, maar voor frequenter onderhoud. Dergelijke optimalisering is enkel mogelijk wanneer de DBFM-overeenkomst een voldoende lange looptijd heeft. Veelal loopt een DBFM-overeenkomst vijftien tot 25 jaar of zelfs langer.

In het geval van een klassieke uitvoering wordt het onderhoud vaak door de overheid zelf uitgevoerd. Die beperkt zich meestal tot een curatief onderhoud. Bij DBFM-projecten moet de opdrachtnemer zich voor de gehele duur van de DBFM-overeenkomst ertoe verbinden om de infrastructuur te allen tijde in goede staat

te houden. Daarbij wordt doorgaans een hoog onderhoudsniveau opgelegd. Het gebrek aan ervaring bij de overheid met het vastleggen van outputspecificaties leidt soms tot het opleggen van te strikte beschikbaarheidseisen aan de opdrachtnemer. Het gevolg is dat die in relatief verregaand en dus duur onderhoud moet voorzien en bovendien een risicomarge in zijn onderhoudskosten opneemt. Het is bijgevolg belangrijk om realistische beschikbaarheidseisen op te stellen die aan een kwalitatief maar betaalbaar onderhoud beantwoorden.

De draagwijdte van de onderhoudsverplichting kan naargelang van het project sterk variëren. In veel vastgoedprojecten wordt een onderscheid tussen eigenaars- en huurdersonderhoud gemaakt (en contractueel vastgelegd), waarbij het eigenaarsonderhoud in de DBFM-overeenkomst aan de private partner toevertrouwd wordt, terwijl de overheid vaak voor het huurdersonderhoud blijft instaan.

## **1.8 Wat houdt het begrip ‘beschikbaarheid’ in?**

In een klassieke overheidsopdracht voor werken bouwt de aannemer een gebouw of infrastructuur volgens de specificaties in het bestek. De overheid koopt dus een gebouw of infrastructuur. Een DBFM-overeenkomst hanteert een volledig verschillend uitgangspunt. De overheid koopt geen gebouw of infrastructuur, maar betaalt voor de beschikbaarheid ervan.

De beschikbaarheid van een gebouw of infrastructuur wordt gedefinieerd aan de hand van het programma van eisen dat voor het project is vastgesteld. Een dergelijk programma van eisen bevat een beschrijving van de functionele en operationele eisen waaraan het project moet voldoen. In het geval van een weg bepaalt de overheid bijvoorbeeld de eisen waaraan de weg moet voldoen om de veiligheid van het verkeer te verzekeren (stroefheid, textuur, spoorvorming, rafeling enzovoort). De keuze van het materiaal van het wegdek en andere productkenmerken wordt daarentegen aan de opdrachtnemer overgelaten. Deze laatste bepaalt ook het onderhoudsplan, met het oog op wat nodig is om de functionele vereisten te allen tijde te handhaven.

Outputspecificaties bieden de private sector vrijheid in de keuze van uitvoeringsmethoden. Ze hebben tot doel de private partners tot innovatie en optimalisatie aan te zetten. Interactie tussen de overheid en de markt is belangrijk daarbij. De overheid moet de private marktpartijen in een vroeg stadium de gelegenheid bieden om opmerkingen of verbeteringsvoorstellen bij de outputspecificaties te geven. Op die manier krijgt de overheid een beter inzicht in de kosten en de risico-inschatting van de kandidaat-opdrachtnemers. Wanneer nodig kan zij de

outputspecificaties dan nog aanpassen om een betere verhouding tussen kosten en kwaliteit te bereiken.<sup>6</sup>

Tijdens de uitvoering van de DBFM-overeenkomst worden de beschikbaarheids- en prestatie-eisen gemonitord. In geval van tekortkomingen worden kortingen op de beschikbaarheidsvergoeding toegepast. De beschikbaarheidseisen moeten dan ook op een objectieve wijze meetbaar zijn. Doorgaans wordt aan de private opdrachtnemer gevraagd om, als onderdeel van zijn offerte, een monitoringsysteem te ontwikkelen dat bij de start van het project verder uitgewerkt wordt. Tijdens de uitvoering van de opdracht gebruikt de opdrachtnemer dit systeem om te verifiëren of hij aan de beschikbaarheids- en prestatie-eisen voldoet. De opdrachtgevende overheid heeft volledige inzage in het monitoringsysteem en voert sporadisch eigen controles uit om de integriteit ervan te toetsen.

Beschikbaarheid is een centraal begrip in een DBFM-overeenkomst. De opdrachtnemer moet te allen tijde aan de beschikbaarheidseisen voldoen. Zijn vergoeding hangt af van de mate waarin dat gebeurt. De beschikbaarheidseisen zijn vastgelegd in de DBFM-overeenkomst en moeten op een objectieve wijze gemeten kunnen worden. Daartoe wordt doorgaans aan de private opdrachtnemer gevraagd om een monitoringsysteem op te zetten en daarmee, onder controle van de opdrachtgevende overheid, zijn eigen prestaties op te volgen en te registreren.

## 1.9 Hoe risico's toewijzen?

In PPS-projecten worden in vergelijking met klassieke overheidsopdrachten meer risico's bij de private opdrachtnemer gelegd. Daar zijn twee redenen voor:

Ten eerste is een optimale risicoverdeling tussen de publieke en private partner een belangrijke meerwaarde van PPS. Het uitgangspunt van een optimale risicoverdeling is dat elk risico gelegd moet worden bij de partij die het risico het beste kan beheersen. Hierbij wordt rekening gehouden met de mate waarin de partijen in staat zijn om door het nemen van gepaste maatregelen de risico's te vermijden en hun gevolgen te verminderen, of om de risico's aan derde partijen door te schuiven (bijvoorbeeld verzekeraars of gespecialiseerde onderaannemers). Wanneer elke partij verantwoordelijk is voor de risico's die ze het beste kan beheersen, zullen de risico's op de meest kostenefficiënte wijze opgevangen worden.

---

<sup>6</sup> Zie hierover ook de brochure over outputspecificaties van het Kenniscentrum PPS.



In het raam van een DBFM-overeenkomst betekent het uitgangspunt van een optimale risicoverdeling dat de meeste risico's van het project aan de private partner overgedragen worden. Die beschikt immers over de beste expertise en de meeste handelingsvrijheid om de risico's verbonden met het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van de infrastructuur te beheersen. Dat wil echter niet zeggen dat alle projectrisico's bij de opdrachtnemer gelegd moeten worden. Er zijn ook risico's die de private partij moeilijk of niet kan voorspellen en beheersen. Voorbeelden zijn: een verandering van de regelgeving waardoor de specificaties van de infrastructuur aangepast moeten worden, onvoorziene vervuiling in de ondergrond, vertraging in de afgifte van vergunningen (niet door de fout van de opdrachtnemer). Wanneer dergelijke risico's bij de private partner gelegd worden en hij besluit in te tekenen op de opdracht, heeft hij geen andere respons dan een risicopremie op te nemen in de beschikbaarheidsvergoeding als bescherming tegen de kosten van de onbeheersbare risico's. In sommige gevallen kan de kostprijs van projecten daardoor aanzienlijk toenemen. De opdrachtgevende overheid moet dus telkens bewust afwegen of ze bereid is de prijs te betalen van de overdracht van onbeheersbare en onverzekerbare risico's aan de private partner.

Het is aangewezen om tijdens de voorbereiding van een DBFM-project een risicomatrix op te stellen. Zo'n matrix bevat een zo volledig mogelijke lijst van alle risico's die een impact op het project kunnen hebben. Voor elk risico wordt de kans op voorkomen geraamd, net als de gevolgen voor het project wanneer het risico zich voordoet (bijvoorbeeld: vertraging van de bouw, toename van bouw- of onderhoudskosten). Ook wordt bekeken welke maatregelen genomen kunnen worden om de kans of de gevolgen van het risico te verminderen. Op basis van deze gegevens wordt bepaald hoe de risico's op optimale wijze toegewezen moeten worden: aan de opdrachtgevende overheid, aan de private opdrachtnemer of gedeeld tussen beide. In dit laatste geval wordt het risico meestal toegewezen aan de private partner (zodat deze laatste maximaal aangezet wordt om het risico te beheersen), maar komt de overheid tussen wanneer de kosten een bepaald bedrag overschrijden (om de risicopremie te beperken).

De risicomatrix is een hulpmiddel voor de analyse van de projectrisico's. Ze maakt als zodanig geen deel uit van de DBFM-overeenkomst. De gekozen risicoverdeling wordt echter wel in de DBFM-overeenkomst verwerkt. Voor de gewone operationele risico's gebeurt dat via de omschrijving van het betalingsmechanisme. De kortingen en boetes waarin de DBFM-overeenkomst in geval van tekortkomingen van de prestaties voorziet, zorgen voor de overdracht van de operationele risico's aan de opdrachtnemer. Deze laatste wordt immers slechts betaald wanneer aan alle beschikbaarheids- en prestatie-eisen voldaan is. Voor de bijzondere risico's (zoals verandering van de regelgeving, gevallen van overmacht, onvoorziene condities van de ondergrond en vandalisme) worden in de DBFM-overeenkomst

specifieke bepalingen opgenomen die regelen hoe met die risico's omgegaan moet worden wanneer ze zich voordoen. Er kan bijvoorbeeld in financiële compensaties voor onverzekerbare schade voorzien worden, in extra tijd om aan bepaalde contractuele verplichtingen te voldoen, of in een tijdelijke opschorting van de kortingen voor tekortkomingen (wanneer het voor de private partner door het risico tijdelijk niet mogelijk is om de beschikbaarheidseisen na te leven).

Een optimale risicoverdeling tussen de publieke en private partner is een belangrijke meerwaarde van DBFM. Om een optimale risicoverdeling te verkrijgen, moet de overheid op voorhand een gedegen risicoanalyse maken. Op basis van de risicoanalyse kunnen de financiële gevolgen van de risico's geraamd worden, en kunnen de risico's op optimale wijze tussen de contractpartijen worden verdeeld.

Een tweede reden voor de overdracht van risico's aan de private partner is dat dergelijke overdracht een voorwaarde is om de investeringskosten van het project buiten de begroting te houden. Volgens de ESR-reglementering<sup>7</sup> hoeft het project niet op de balans van de overheid geregistreerd te worden wanneer de private partner het bouwrisico zowel als het beschikbaarheidsrisico draagt.<sup>8</sup> De overheid mag daarbij bepaalde specifieke risico's op zich nemen (zoals wetswijzigingen, overmacht of verwerving van de projectsite), zonder dat de budgetneutraliteit in het gedrang komt.

Het gevaar bestaat dat een overheid kiest voor een overdracht van risico's aan de private partner, niet om een optimale risicoverdeling te verkrijgen, maar slechts om het project buiten de begroting te houden. Wanneer de doelstelling van budgetneutraliteit noopt tot de overdracht van risico's die de private partner niet of moeilijk kan beheren, is het resultaat een inefficiënte risicoverdeling met een prijsverhogend effect. We komen hierop terug in hoofdstuk 8 van deel II van dit handboek, als we het over het betalingsmechanisme hebben.

Om de investeringskosten van het project buiten de begroting te houden, moeten het bouwrisico en het beschikbaarheidsrisico aan de private partner toegewezen zijn. In een DBFM-project is aan die voorwaarde meestal voldaan.

---

7 ESR: Europees Systeem van Rekeningen.

8 Zie ook onderdeel 1.10.6.

## 1.10 Wat is het geldend wettelijk en reglementair kader?

Bij het opzetten van een DBFM-project moet de overheid rekening houden met heel wat regelgeving. De voornaamste elementen worden hier kort toegelicht.

- Allereerst is er reglementering eigen aan PPS-projecten, met name het PPS-decreet van 19 juli 2003, dat de overheid een faciliterend kader biedt. Het PPS-decreet geeft de overheid een aantal mogelijkheden om, zonder belemmeringen in de bestaande regelgeving, het PPS-project op maat van haar behoeftes te smeden.
- Vervolgens is er de overheidsopdrachtenreglementering die door de overheid bij de keuze van de private contractant en de uitvoering van de DBFM-overeenkomst moet worden gerespecteerd.
- Verder is er heel wat reglementering die rechtstreeks of onrechtstreeks het DBFM-project zal beïnvloeden, bijvoorbeeld bij de bepaling van de output-specificaties, het organiseren van de werf of de uitvoering van de verplichtingen die uit de DBFM-overeenkomst voortvloeien. Wegens haar project-specifieke karakter komt deze regelgeving hier verder niet aan bod, met uitzondering van de regels inzake de rol van de architect.
- Tenslotte is er de ESR-reglementering die een impact heeft op de risicoverdeling in de DBFM-overeenkomst.

In wat volgt worden de voornaamste krachtlijnen en knelpunten beschreven van de belangrijkste wetgeving die van toepassing is op DBFM-projecten.

### 1.10.1 Het PPS-decreet

Het Vlaams PPS-decreet van 18 juli 2003 betreffende de publiek-private samenwerking (het PPS-decreet) was het resultaat van de wens van de Vlaamse regering om van PPS een hulpmiddel bij de uitvoering van haar beleid te maken.

Een van de hoofddoelen van het decreet is de creatie van een kader waardoor PPS-projecten worden aangemoedigd of vergemakkelijkt en een krachtige stimulans krijgen, hetzij door de rechtszekerheid van PPS-projecten te vergroten, hetzij door belemmeringen in de bestaande wetgeving weg te werken.

Vooraf het bestaande domeinrecht en de onmogelijkheid om deel te nemen in andere rechtspersonen door de overheid waren tot dan toe een obstakel.

PPS veronderstelt in veel gevallen een beroep op overheidsgoederen, dat wil zeggen: onderdelen van het openbaar domein. Via het PPS-decreet werd het domeinrecht enigszins versoepeld. Het decreet heeft immers het vestigen van zekerheden, zoals hypotheeken op het openbaar domein, vereenvoudigd. Ook het vestigen van zakelijke rechten, zoals een opstal of een erfpacht, werd door het decreet vergemakkelijkt. Dat heeft als gevolg dat de overheden niet langer noodgedwongen een beroep hoeven te doen op minder rechtszekere publiek-rechtelijke constructies.

Het PPS-decreet maakt het mogelijk om makkelijker zekerheden en zakelijke rechten op overheidsgoederen te vestigen.

### **1.10.2 Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing op de gunning van een DBFM-overeenkomst?**

De gunning van een DBFM-overeenkomst is onderworpen aan de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (voortaan: Overheidsopdrachtenwet).

Een DBFM-overeenkomst moet naargelang van het geval als een overheidsopdracht voor de aanneming van werken of als een overheidsopdracht van diensten worden beschouwd. De doelstelling van de meeste DBFM-overeenkomsten is het laten realiseren van een gebouw of infrastructuurwerk. In de Overheidsopdrachtenwet wordt dit als een *werk* beschouwd. Volgens artikel 2, 19° van de Overheidsopdrachtenwet is een werk immers het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. In de wet wordt een overheidsopdracht voor werken gedefinieerd als een overheidsopdracht die betrekking heeft op een van de volgende voorwerpen: a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bedoelde werkzaamheden<sup>9</sup>; b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk; c) 'het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk'. Vooral deze laatste precisering zorgt ervoor dat DBFM-projecten in de regel als overheidsopdrachten voor werken worden gekwalificeerd. De infrastructuur die, als

9 In de bijlage waarvan sprake (bijlage I) bevindt zich een zeer volledige opsomming van werkzaamheden die in elk geval conform artikel 2, 18° als een werk moeten worden beschouwd.

gevolg van de uitvoering van een DBFM-overeenkomst, wordt gerealiseerd zal dus nagenoeg altijd onder die opsomming vallen.

De omstandigheid dat een DBFM-overeenkomst ook dienstenprestaties, zoals het ontwerpen of financieren van de infrastructuur, of onderhoudsprestaties omvat, kan in bepaalde gevallen twijfel doen rijzen over de kwalificatie van de DBFM-opdracht als een overheidsopdracht voor werken. In het geval van het ontwerpen, bouwen, financieren en onderhouden van wegeninfrastructuur is nochtans weinig twijfel mogelijk. De onderhoudsprestaties die in het raam van de DBFM-overeenkomst worden verricht, zullen immers meestal al op zich als werken moeten worden beschouwd. De diensten die ten aanzien van de realisatie van het werk een *bijkomstig karakter* hebben (en dus niet aanzien kunnen worden als het hoofdvoorwerp van de opdracht), zoals het ontwerp of de financiering, doen aan de kwalificatie als overheidsopdracht voor de aanneming van werken evenmin afbreuk. Omdat die diensten eveneens bijdragen tot de realisatie van een werk wordt de gehele opdracht, en dus ook de erin vervatte diensten, als een werk beschouwd.

Minder duidelijk is het echter wanneer de private partner naast *werken* ook belangrijke *diensten* levert. Een voorbeeld zou kunnen zijn: een private partner die een gevangenis bouwt en tegelijk ook voor de bewakingsdiensten, de catering en de opleiding instaat. In dergelijke gevallen spreekt men soms over DBFMO-overeenkomsten omdat de private partner ook voor de exploitatie van de gebouwde infrastructuur instaat. In zo'n geval moet men aan de hand van het hoofdzakelijk voorwerp van de overeenkomst de kwalificatie proberen te achterhalen. Meestal zal die kwalificatie toch tot gevolg hebben dat de opdracht als een werk moet worden beschouwd.

De omstandigheid dat het werk wordt gerealiseerd door een SPV waarin naast de private opdrachtnemer ook de overheid aandeelhouder is, heeft geen gevolgen voor de kwalificatie van de DBFM-overeenkomst. De werkelijke doelstelling van de vennootschapsstructuur blijft immers de realisatie van een werk of de verlening van een dienst. De overheidsopdrachtenreglementering laat toe dat de overheid in dezelfde procedure de private partner voor de SPV kiest en de DBFM-overeenkomst aan die vennootschap gunt. De SPV zal dan de uitvoering van de opdracht rechtstreeks aan de private partner of aan door de SPV te kiezen aannemers toevertrouwen.

DBFM-overeenkomsten moeten conform de overheidsopdrachtenreglementering toegewezen worden. Afhankelijk van het zwaartepunt wordt een DBFM-overeenkomst als een ‘aanneming van werken’ dan wel ‘aanneming van diensten’ gekwalificeerd.

### **1.10.3 Zijn de Algemene Uitvoeringsregels van toepassing op de uitvoering van een DBFM-overeenkomst?**

Aangezien een DBFM-overeenkomst een overheidsopdracht is, zijn de Algemene Uitvoeringsregels overheidsopdrachten (de AUR) van toepassing. De Algemene Uitvoeringsregels zijn vervat het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zoals onder meer gewijzigd door het KB van 22 juni 2016 tot wijziging van het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de Algemene Uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

De specifieke structuur van een DBFM-overeenkomst heeft echter tot gevolg dat de belangrijkste bepalingen van de Algemene Uitvoeringsregels, die op maat van een klassieke overheidsopdracht zijn gesneden, niet aan het project zijn aangepast. Dat is bijvoorbeeld het geval voor het betalingsmechanisme en voor de gevolgen van een proces-verbaal van voorlopige oplevering. (In een klassieke overheidsopdracht wordt bij de voorlopige oplevering het risico op beschikbaarheid van de infrastructuur aan de overheid overgedragen, maar bij een DBFM-overeenkomst blijft dat risico echter gedurende de volledige duur van de overeenkomst bij de private opdrachtnemer.) In een DBFM-overeenkomst wordt geprobeerd om alle mechanismen in één alomvattend contract te gieten, zodat partijen met zekerheid het geldende contractuele kader kennen.

Om die reden zal een DBFM-overeenkomst doorgaans gebruikmaken van de mogelijkheid geboden door artikel 9 van de Algemene Uitvoeringsregels om in afwijkingen te voorzien. De lijst van bepalingen waarvan wordt afgeweken moet uitdrukkelijk vooraan in het bestek worden vermeld.

Specifiek met betrekking tot opdrachten die betrekking hebben op de financiering, het ontwerp en de uitvoering van werken en, in voorkomend geval, op elke dienstverlening in dat verband, wordt ervoor gezorgd dat ruime afwijkingsmogelijkheden bestaan. De normale voorwaarden voor afwijkingen (namelijk dat de bijzondere eisen van de opdracht de afwijkingen noodzakelijk maken,

alsook de vereiste – in sommige gevallen – van een uitdrukkelijke motivering in het bestek) gelden niet voor deze opdrachten. De versoepeling is een gevolg van het feit dat een einde werd gesteld aan de vroegere gedeeltelijke uitzondering omtrent de zogenaamde promotieopdrachten enerzijds, en het soepeler stelsel aan regels omtrent de promotieopdrachten anderzijds. Het begrip ‘promotieopdracht’ wordt overigens niet langer gedefinieerd in de wet. Die opdrachten worden voorts aan de gewone regels voor overheidsopdrachten onderworpen. Echter wordt het wel makkelijker gemaakt om in afwijkingen te voorzien ten aanzien van de Algemene Uitvoeringsregels. De genoemde versoepeling geldt wel slechts wanneer de opdracht, naast de financiering en de uitvoering, ook betrekking heeft op het ontwerp.

Overheden moeten, bij het opstellen van het bestek, de nodige aandacht besteden aan het vastleggen van een lijst van bepalingen waarbij van de Algemene Uitvoeringsregels (AUR) wordt afgeweken. Die lijst moet vooraan in het bestek worden opgenomen.

#### **1.10.4 Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing bij de keuze van (onder)aannemers?**

In de regel wordt het DBFM-contract gegund aan een private partner die daartoe meestal een bijzondere vennootschap zal oprichten (een SPV). Die vennootschap zal een privaat statuut hebben met private aandeelhouders. Indien die vennootschap bepaalde onderdelen van de werken en diensten aan onderaannemers wenst toe te vertrouwen (binnen de eventuele beperkingen die het bestek en de DBFM-overeenkomst met betrekking tot het inzetten van onderaannemers oplegt) dan zal de wetgeving inzake overheidsopdrachten bijgevolg niet van toepassing zijn.

Wanneer de DBFM-overeenkomst aan een SPV wordt toevertrouwd waarin ook de overheid participeert, is na te gaan of ook de SPV bij de keuze van de (onder)aannemers de overheidsopdrachtenreglementering moet toepassen. Gelet op de betrokkenheid van de overheid in die vennootschap kan de SPV immers soms zelf als een aanbestedende overheid worden beschouwd. Een SPV zal zelf een aanbestedende overheid zijn wanneer zij, in de bewoordingen van de Overheidsopdrachtenwet, 1) opgericht is met het specifieke doel te voorzien in een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is, 2) rechtspersoonlijkheid heeft en 3) op een van de volgende wijze afhangt van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen:

- ofwel worden haar werkzaamheden **in hoofdzaak gefinancierd** door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder artikel 2, 1° punt c Overheids-opdrachtenwet);
- ofwel is haar beheer onderworpen **aan het toezicht van** de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder artikel 2, 1° punt c Overheids-opdrachtenwet);
- ofwel zijn **meer dan de helft van de leden** van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan aangewezen door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder artikel 2, 1° punt c Overheids-opdrachtenwet).

De toepassing van bovenstaande criteria impliceert dat een SPV waarin de overheid participeert doorgaans niet als een aanbestedende overheid beschouwd moet worden. De infrastructuur waarvoor de SPV instaat, kan als een behoefte van algemeen belang worden beschouwd. De SPV voorziet echter op een louter commerciële of industriële wijze in die behoefte. Een SPV is immers een rechtspersoon waarin een private partner deelneemt. De overeenkomst is aan de SPV gegund na concurrentie tussen verschillende kandidaten. De SPV functioneert per hypothese echter als een louter commerciële of industriële entiteit. Zij neemt immers een aantal belangrijke risico's. Zij kan winst genereren, maar zij kan ook failliet gaan. Wanneer zou worden geoordeeld dat een dergelijke vennootschap toch andere doelstellingen dan louter commerciële of industriële doelstellingen nastreeft, is na te gaan of de SPV onder bijzondere overheidsinvloed staat. Er zal dus toch telkens op concrete wijze na te zien zijn of de SPV niet is gestructureerd op een wijze die tot gevolg heeft dat zij als een aanbestedende overheid moet worden beschouwd. Wanneer dat het geval is, heeft het verstrekkende gevolgen voor alle contracten die de SPV sluit. Zij zal dan immers voor alle contracten die zij sluit de overheidsopdrachtenreglementering moeten toepassen.

In sommige overeenkomsten wordt de verplichting van de SPV om aannemers of onderaannemers op grond van de Overheidsopdrachtenwet te kiezen, contractueel opgelegd door de overheid. Met andere woorden: ook al moet de SPV niet als een aanbestedende overheid worden beschouwd, toch geldt de verplichting om de Overheidsopdrachtenwet toe te passen. Die verplichting kan ook de vorm aannemen van een verplichting om de keuze van onderaannemers periodiek opnieuw in mededinging te stellen (*market testing*). De private opdrachtnemers zijn doorgaans gekant tegen deze verplichting. Zij moeten immers, op het ogenblik dat de DBFM-overeenkomst wordt



gesloten, een weliswaar herzienbare, maar toch vaste prijs garanderen. Zij zullen daarom, op hun beurt, voor de volledige duurtijd van de overeenkomst een vaste prijs proberen te bedingen van aannemers of onderaannemers. Als de private opdrachtnemer verplicht is om die overeenkomsten regelmatig opnieuw in mededinging te stellen, is het mogelijk dat na verloop van tijd (bijvoorbeeld door prijsstijgingen) geen enkele aannemer of onderaannemer bereid is de overeenkomst tegen de oorspronkelijke prijs uit te voeren, met een kostenrisico voor de private partner tot gevolg. De contractuele verplichting om een onderaannemer via mededinging te kiezen, heeft in feite dan ook tot gevolg dat de private partner voor die onderdelen geen vaste prijs kan bieden.

Behoudens uitzonderingen is de overheidsopdrachtenregeling niet van toepassing bij de keuze van (onder)aannemers. Contractueel kan de overheid dit niettemin opleggen. Het is nochtans niet aan te raden.

### 1.10.5 De onafhankelijkheid van de architect in een DBFM-project

De onafhankelijkheid van de architect in een DB(FM)-project is juridisch niet evident. Een DB-component veronderstelt de betrokkenheid van een architect en een aannemer.

Artikel 6 van de wet van 20 februari 1939<sup>10</sup> bepaalt evenwel dat het uitoefenen van het beroep van architect onverenigbaar is met dat van aannemer van openbare of private werken. Het voormelde artikel dient samen gelezen te worden met het monopolie van de architect en diens verplichte bouwbijstand. De wetgever heeft het ontwerpen van en de controle op het werk enerzijds en de uitvoering van het werk anderzijds van elkaar willen losmaken, in het belang van de bouwheer zowel als in het algemeen belang en het belang van het architectenberoep.<sup>11</sup> Een daadwerkelijke controle op de uitvoering van de werken wordt onmogelijk wanneer de controlerende architect tegelijk de aannemer is of met hem verbonden is.<sup>12</sup>

Een belangrijk voordeel van een DBFM-project is echter juist gelegen in het samengaan van de verschillende aspecten ervan in één geïntegreerde aanpak:

10 Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en het beroep van architect.

11 RvS, arrest nr. 225.191 d.d. 22 oktober 2013, TBO 2014, 321, noot S. Schoenmaekers.

12 RvS, arrest nr. 225.191 d.d. 22 oktober 2013, TBO 2014, 321, noot S. Schoenmaekers.

ontwerp, bouw, financiering en onderhoud; toevertrouwd aan één opdrachtnemer, meestal een projectvennootschap. In die optiek wordt de voornoemde wettelijke onverenigbaarheid door sommigen dan ook beschouwd als een hinderpaal voor een optimaal DB(FM)-project. In het verlengde hiervan werden in het verleden al voorstellen geformuleerd om die wettelijke onverenigbaarheid te schrappen.<sup>13</sup>

Het Reglement van beroepsplichten van de Orde van Architecten<sup>14</sup> laat een architect evenwel toe om deel te nemen aan opdrachten die tegelijkertijd het opmaken van een ontwerp en de uitvoering ervan omvatten. Dit onderstelt wél dat de voorwaarden of beschikkingen van deze opdracht in niets afwijken van de wetten en reglementen die het beroep van architect beheersen, onder meer wat betreft de onafhankelijkheid overeenstemmend met de specifieke aard en het einddoel van de architectenopdracht. Evident dient aldus de onafhankelijkheid van de architect ook bij een DB(FM) opdracht gevrijwaard te blijven, zodat de nodige voorzorg geboden is.

- Zo oordeelde de Raad van State in zijn arrest d.d. 22 oktober 2013<sup>15</sup> dat het (voormalige) artikel 51, § 2 KB d.d. 15 juli 2011<sup>16</sup>, wat voorzag in een hoofdelijke gehoudenheid van alle deelnemers wanneer een offerte werd ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, een inbreuk vormde op de onafhankelijkheid van de architect en artikel 6 van de wet van 20 februari 1939. Immers, wanneer die deelnemers bestonden uit een architect én een aannemer, waren zij in toepassing van voormeld artikel hoofdelijk verbonden, waardoor de aanbestedende overheid de architect kon aanspreken om de verbintenis van de in gebreke blijvende aannemer uit te voeren.
- Ook in het raam van het DBFM-project Scholen van Morgen lieten enkele architectenorganisaties hun ongerustheid blijken naar aanleiding van de contractonderhandelingen waarbij, dixit de architectenorganisaties, de onafhankelijkheid van de architect in het gedrang zou komen. De (toenmalige) minister liet verstaan dat de opgezette structuur niet voorziet in een

---

13 A. Logghe, A. François & K. Leus (2010), *Ondernemen met de overheid. Publiek-private samenwerking*. Brugge: Die Keure. Met verwijzing naar Confederatie Bouw (2010), *Rechtskader voor publieke-private samenwerking, Voorstellen van de Confederatie Bouw*, p. 8 (online op confederatiebouw.be).

14 Artikel 30 van het Reglement van 16 december 1983 van beroepsplichten door de Nationale Raad van de Orde der architecten vastgesteld, goedgekeurd bij artikel 1 K.B. 18 april 1985, B.S. 8 mei 1985.

15 RvS, arrest nr. 225.191 d.d. 22 oktober 2013, TBO 2014, 321, noot S. Schoenmaekers.

16 Voeger artikel 51, § 2 KB d.d. 15 juli 2011 inzake plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren.

architectenfunctie die onder een aannemer wordt geplaatst, wat de onafhankelijkheid van de architect ten goede komt.<sup>17</sup>

Het uittekenen van een juiste samenwerkingsstructuur langs private zijde met inachtneming van het specifieke statuut van de architect is dus primordiaal bij een DB(FM)-contract.

- Volgens bepaalde rechtsleer vormt het samengaan van een architect en een aannemer in een geïntegreerde vennootschap (SPV) om geselecteerd te worden voor de uitvoering van een DB(FM) formule alleszins een inbreuk op de wettelijke onverenigbaarheid. De scheiding tussen ontwerp en controle enerzijds en uitvoering van de werkzaamheden anderzijds zou doorbroken worden wanneer deze activiteiten door een en dezelfde vennootschap uitgeoefend worden.<sup>18</sup> Voor architect-rechtspersonen kan verwezen worden naar artikel 2§2, 1e lid, 5° van de wet van 20 februari 1939, dat de architect-rechtspersoon verbiedt aandelen te verwerven in een vennootschap met als maatschappelijk doel en activiteit het uitvoeren van bouwwerken.
- Evenmin is het mogelijk dat een architect-rechtspersoon als SPV kan optreden, aangezien diens doel en activiteiten beperkt zijn tot het verlenen van diensten die behoren tot de uitoefening van het beroep van architect en hiermee niet onverenigbaar mogen zijn.<sup>19</sup> Bij een DB(FM) formule zou dit dus wel het geval zijn, aangezien dit ontwerp én uitvoering omvat.
- Het plaatsens in dienstverband van de architect in onderaanneming van een aannemer of van een SPV die als aannemer de werken zelf uitvoert, is evenzeer uit den boze.<sup>20</sup>

---

17 Cf. de behandeling ervan in het Vlaams parlement. Antwoord van Pascal Smet, Vlaams minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel, op vraag nr. 599 d.d. 9 september 2011 van Jos De Meyer; Antwoord van Pascal Smet, Vlaams minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel op vraag nr. 406 d.d. 12 mei 2011 van Dirk Van Mechelen.

18 K. Uytterhoeven (ed.) (2016), 'Het monopolie van de architect en de onverenigbaarheden'. In: *De architect in de 21ste eeuw* (21 e.v.).

19 Artikel 2§2,1e lid, 2° van de wet van 20 februari 1939.

20 Uytterhoeven, *ibid.*

De wettelijke onverenigbaarheid tussen een architect en aannemer verhindert het gebruik van een DBFM-formule echter al bij al niet.<sup>21</sup>

- Zo voorzien de aanbevelingen van de Cfg-OA<sup>22</sup> in een contractuele structuur tussen de architect en de projectontwikkelaar (SPV), die niet zelf de werken zal uitvoeren. De SPV sluit twee afzonderlijke overeenkomsten, namelijk een architectenovereenkomst en een aannemingsovereenkomst. Daardoor vermijdt men dat de architect toetreedt tot de combinatie met de aannemer, respectievelijk in onderaanneming van de aannemer zou werken. In de meeste DBFM-projecten wordt op deze wijze te werk gegaan.

Losstaand van de gekozen samenwerkingsstructuur blijft de architect<sup>23</sup> in zijn contractuele relatie gehouden aan de volgende deontologische verplichtingen:

- Waken over de naleving van het einddoel van het openbaar belang van zijn opdracht.
- Waken over de handhaving van een daadwerkelijke onafhankelijkheid: aan de architect moeten voldoende middelen toegekend worden om zijn opdracht tot een goed einde te brengen met behoud van zijn conceptuele en technische autonomie.
- Slechts medewerking verlenen als de architectonische kwaliteit van het ontwerp één van de gunningscriteria van de overheidsopdracht vormt en naar behoren gevaloriseerd werd ten opzichte van de financiële criteria.
- Erover waken dat de verschillende stappen binnen de architectenopdracht uitgevoerd worden, eventueel aangepast aan de specifieke eigenschappen van het type opdracht in kwestie, en betrokken zijn bij al deze stappen tot en met oplevering en in het bijzonder toezicht houden op de naleving van het architectonisch ontwerp.

Bij de redactie van de opdrachtdocumenten zowel als het uittekenen van de samenwerkingsstructuur aan private zijde moet het bovenstaande rekening gehouden worden.

Algemeen wordt overigens aangenomen dat de wet van 20 februari 1939 de openbare orde raakt. Dit geldt ook voor artikel 6 van de voormelde wet.

---

21 Brochure Design Build Maintain, Vlaams Kenniscentrum PPS, Vlaamse overheid.

22 Online op: [ordredesarchitectes.be/files/9614/0189/1535/131025\\_MARCHES-PUBLICS\\_NL.pdf](http://ordredesarchitectes.be/files/9614/0189/1535/131025_MARCHES-PUBLICS_NL.pdf).

23 *Ibid.*

Een inbreuk hierop heeft de absolute nietigheid van de architectenovereenkomst tot gevolg, wat in voorkomend geval ook de nietigheid van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de aannemer met zich kan meebrengen.<sup>24</sup> Bijzondere waakzaamheid is dus geboden, zowel bij het structureren als het plaatsen van een DBFM-project.

De integratie van bouw en ontwerp in een DBFM-project is verenigbaar met de wettelijke onafhankelijkheid van de architect, op voorwaarde dat de samenwerking met de architect op gepaste wijze vormgegeven wordt.

### 1.10.6 De ESR-reglementering

DBFM-overeenkomsten zijn een uitstekend instrument om grote investeringskosten in infrastructuur of gebouwen met zo weinig mogelijk risico's voor de overheid over een lange periode te spreiden. De realisatie van een investeringsprogramma via klassieke uitvoeringsvormen vergt veel financiële ruimte. Volgens de regels van de overheidsbegroting zijn investeringsuitgaven volledig ten laste van de begrotingsjaren waarin zij worden gedaan. Het betalingsmechanisme eigen aan een DBFM-contract maakt het, zoals eerder gezien, mogelijk om de investeringskost voor de overheid over de volledige beschikbaarheids- of gebruiksperiode te spreiden.

Een DBFM-overeenkomst behelst het gespreid betalen van een periodieke, vooraf vastgelegde beschikbaarheidsvergoeding aan de private opdrachtnemer. De risico's voor het overschrijden van het projectbudget worden hierdoor voor een belangrijk deel aan de private opdrachtnemer overgedragen.

Tegenover dit budgettaire voordeel staat het nadeel dat de begroting in de toekomst minder vrije beleidsruimte behoudt. Die beleidsruimte is immers al door de financiële verplichtingen van de langdurige DBFM-overeenkomst ingenomen, in het bijzonder de verplichting om de periodieke beschikbaarheidsvergoeding te betalen. Die verplichting is contractueel vastgelegd en biedt weinig flexibiliteit. De overheid kan bijvoorbeeld niet vragen aan de private partner om onderhoudsuitgaven naar toekomstige jaren door te schuiven en in ruil de gevraagde beschikbaarheidsvergoeding voor het lopende jaar te verminderen.

---

24 Uytterhoeven, *op. cit.*

De uitgaven van een DBFM-project mogen alleen over de volledige looptijd van de DBFM-overeenkomst gespreid worden wanneer die overeenkomst als ESR-neutraal kan worden gekwalificeerd. Om de ESR-neutraliteit van een DBFM-overeenkomst na te gaan hebben het statistisch bureau van de Europese Unie (Eurostat) en het European PPP Expertise Centre (EPEC) van de Europese Investeringsbank een toetsingsinstrument ontwikkeld.

Een eerste vraag is of de opdrachtnemer een overheid is. Als een eenheid volgens de ESR-reglementering tot de sector overheid behoort, zullen de door haar gevoerde transacties het vorderingensaldo zowel als de schuldgraad van de overheid beïnvloeden en dus niet ESR-neutraal zijn. Wanneer de medecontractant van de overheid een private contractpartij is, is het evident dat deze projectvennootschap niet tot de sector van de overheid behoort. Wanneer de medecontractant van de overheid een SPV met een gemengde publiek-private rechtspersoon is, zal een analyse uitgevoerd moeten worden om de classificatie (publiek of privaat) te bepalen.

Wanneer de opdrachtnemer volgens de ESR-reglementering als een private partij beschouwd moet worden, dan is de volgende vraag of de overeenkomst die de private opdrachtnemer met de overheid zal sluiten ESR-neutraal is in hoofde van de overheid. De bedoeling is immers dat in hoofde van de overheid projectrisico's aan de ESR-neutrale projectvennootschap worden overgedragen. Op die manier valt het project buiten de balans van de opdrachtgevende overheid. Daarbij wordt een onderscheid tussen drie risicocategorieën gemaakt: het bouwrisico, het beschikbaarheidsrisico en het vraagrisico.

- Het bouwrisico ligt bij de private opdrachtnemer wanneer de overheid in principe geen betalingen tijdens de bouwfase verricht. Wanneer er wel betalingen worden verricht, dan moeten die gekoppeld zijn aan de effectieve beschikbaarheid van de infrastructuur. Concreet moet de opdrachtnemer het risico dragen voor een te late oplevering, het niet respecteren van de vereiste standaarden, meeruitgaven, technische gebreken enzovoort. De overheid zal slechts tot betaling overgaan als er een duidelijk verband bestaat tussen deze betalingen en de effectieve staat van de op te leveren activa.
- Het beschikbaarheidsrisico is bij de private opdrachtnemer gelegd wanneer de betalingen door de opdrachtgevende overheid aan de opdrachtnemer verricht worden met het oog op het behalen van de vooropgestelde outputspecificaties. De opdrachtnemer draagt het risico dat, door eigen tekortkomingen of om andere redenen, de dienstverlening niet voldoet aan de vooropgestelde volumes en kwaliteitsstandaarden. Zoals bij het bouwrisico legt de opdrachtgevende overheid het beschikbaarheidsrisico bij de

private opdrachtnemer, wanneer zij die slechts dan betaalt wanneer aan alle contractuele beschikbaarheidseisen voldaan is en de opdrachtgevende overheid ten volle over het gebouw of infrastructuurwerk kan beschikken.

- De private partner draagt het vraagrisico wanneer de betalingen die hij ontvangt variëren naargelang van het aantal keer dat de infrastructuur gebruikt is. Het vraagrisico vloeit voort uit het feit dat het gebruiksvolume hoger of lager is dan geraamd op het moment van de ondertekening van de PPS-overeenkomst, en dit als gevolg van economische ontwikkelingen, wijzigende markttrends, veranderende voorkeur bij de eindgebruikers enzovoort. Wanneer de overheid het vraagrisico bij de private partner wenst te leggen, dan zal ze aan deze laatste de contractuele vrijheid moeten geven om in geval van een onverwachte daling van de inkomsten de nodige acties te ondernemen (op een commerciële marktconforme manier) om de vraag opnieuw aan te zwengelen. Volgens de ESR-reglementering mag een investering als ESR-neutraal beschouwd worden indien het bouwrisico en het beschikbaarheidsrisico bij de private opdrachtnemer gelegd worden. Bij DBFM-overeenkomsten is dit meestal het geval, zodat de investeringen die onder een DBFM-overeenkomst gedaan worden doorgaans ESR-neutraal zijn.

Bij een DBFM-overeenkomst ontvangt de private partner geen rechtstreekse betaling van gebruikers. Toch is er een risico met betrekking tot gebruiksvolume, aangezien onderhoudskosten kunnen evolueren afhankelijk van meer of minder intensief gebruik van de infrastructuur. Dit kan opgevangen worden door dit risico te delen en bijvoorbeeld te voorzien in een extra vergoeding wanneer het aantal gebruikers een bepaald niveau overschrijdt.

Wanneer onder de DBFM-overeenkomst het bouwrisico én het beschikbaarheidsrisico van een infrastructuurwerk bij de private opdrachtnemer worden gelegd, dan wordt de investering als ESR-neutraal beschouwd.

# 2

## De verschillende actoren

---

### 2.1 Contractuele en participatieve PPS

PPS kent meerdere verschijningsvormen. We kunnen twee basisvormen onderscheiden: het participatieve en het contractuele model.

In een participatieve PPS richten de overheid en de private opdrachtnemer samen een nieuwe juridische entiteit of joint venture op die het project moet realiseren. Een dergelijke PPS vergt een intense en langdurige samenwerking tussen overheid en private opdrachtnemer. Een overheid kan voor dit model opteren om meer rechtstreeks zeggenschap en controle uit te oefenen en desgevallend te delen in de winst die gerealiseerd wordt binnen het project. Anderzijds brengt dit model ook risico met zich mee. Een essentieel element van PPS is de risico-overdracht aan de private opdrachtnemer. Door zelf te participeren in de opdrachtnemer komen de risico's gedeeltelijk terug bij de overheid.

Een DBFM-overeenkomst is echter in de regel een contractuele PPS: de overheid en de private opdrachtnemer leggen in een uitgebreid contractueel document hun afspraken vast.

In de praktijk bestaan gevallen waarin participatieve PPS en contractuele PPS worden gecombineerd (Figuur 2). De overheid sluit dan een contract met een joint venture, een SPV, waarin zij zelf participeert. Een belangrijk aandachtspunt bij deze structuur is de ESR-behandeling van de DBFM-overeenkomst. Ingeval de overheid via haar participatie of op een andere manier een invloed kan uitoefenen op het beleid van de SPV, zal dat er vaak toe leiden dat het project in de boeken van de overheid geregistreerd moet worden. Om te bepalen of een vennootschap onder controle van de overheid staat, wordt niet alleen gekeken naar aandeelhouderschap maar ook naar eventuele financiële regelingen, statuten, vetorechten enzovoort. Elke casus zal dus moeten worden beoordeeld op basis van de specifieke elementen.

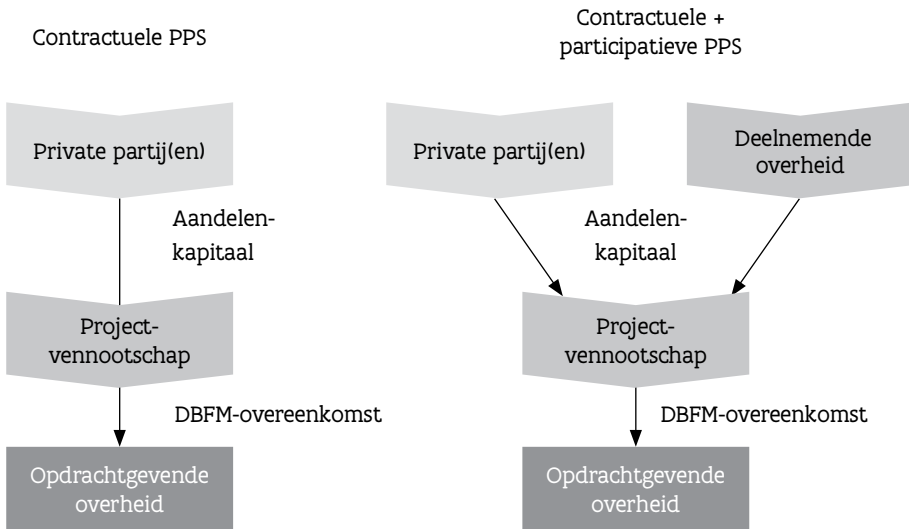
De selectieprocedure om het private consortium te selecteren heeft dan in wezen een dubbel doel. De overheid selecteert immers niet alleen de private opdrachtnemer waaraan ze de uitvoering van het project zal toevertrouwen, maar ook



haar partner in de SPV waarmee de DBFM-overeenkomst formeel zal worden gesloten.

De participatie van de overheid in de SPV is vaak onrechtstreeks. De publieke investeerder in de SPV is dan een speciaal met dat doel opgerichte publieke dochter van één of andere publieke overheid.

Figuur 2: Contractuele en participatieve PPS



## 2.2 De overheid

### 2.2.1 De rol van de overheid

De rol van de overheid bij een DBFM-overeenkomst verschilt fundamenteel van haar rol bij een traditionele overheidsopdracht. Aangezien zowel het ontwerp, de bouw, de financiering als het onderhoud van de infrastructuur aan de private opdrachtnemer zijn toevertrouwd, zal de overheid slechts in uitzonderlijke, uitdrukkelijk bepaalde gevallen de daaraan verbonden risico's dragen. Het gevolg daarvan is dat de private opdrachtnemer voldoende vrijheid moet worden gegeven om, zonder tussenkomst van de overheid, te bepalen op welke wijze hij

voor de uitvoering van de opdracht zal instaan. Het is immers de verantwoordelijkheid van de private opdrachtnemer dat het ontwerp en de operationele methodes die hij heeft vastgesteld een resultaat opleveren dat aan de output-specificaties voldoet.

De rol van de overheid is dus fundamenteel anders dan bij klassieke projecten. DBFM-projecten zorgen dan ook binnen de overheid niet zelden voor grote organisatorische en institutionele uitdagingen.<sup>25</sup> Andere profielen en expertise zijn vereist, wat in de praktijk soms zelfs aanleiding geeft tot het opzetten door de overheid van nieuwe afdelingen of entiteiten om de DBFM-projecten professioneel voor te bereiden en in de markt te zetten.<sup>26</sup> Omdat de rol van de overheid zo uiteenlopend is, geven we een schematisch overzicht van die rol voorafgaand aan de contractsluiting en nadien.

Voorafgaand aan de contractsluiting is de rol van de overheid in de volgende taken samen te vatten.

- Voorbereidende studies en het onderzoek naar de beste uitvoeringsvorm uitvoeren, inbegrepen de betaalbaarheid van een PPS-uitvoering.
- Eventueel een referentieontwerp laten maken.
- De outputspecificaties vaststellen.
- Een passende gunningsprocedure kiezen en ze structureren.
- Selectie- en gunningscriteria, een selectieleidraad, een gunningsleidraad en bijlagen (zoals een ontwerpcontract DBFM) opstellen.
- De gunningsprocedure opstarten via een bekendmaking.
- De selectie van de kandidaten doorlopen.
- De inschrijvers uitnodigen om offertes in te dienen en onderhandelingen voeren.
- De haalbaarheid en het realiteitsgehalte van de offertes van de inschrijvers in termen van methodes, middelen, uitvoeringstermijn, management en organisatie nagaan, en verifiëren of de outputspecificaties behaald worden.

---

25 UNECE principles good governance ppp foreword.

26 Zie bijvoorbeeld Lijninvest en de Werkvennootschap.

- De meest voordelige offerte en de private opdrachtnemer kiezen.
- Het contract sluiten.

Na de contractsluiting bestaat de rol van de overheid meestal uit de volgende taken.

- De ontwerpen, methodiek en operationele procedures die door de private opdrachtnemer worden ontwikkeld opvolgen en becommentariëren.
- Certificaten van goede uitvoering afleveren overeenkomstig het DBFM-contract.
- In dat verband beoordelen of het uitvoeringsontwerp conform is aan de specificaties en in een volgende fase of het infrastructuurwerk gerealiseerd door de private opdrachtnemer al dan niet aan de beschikbaarheidseisen en het uitvoeringsontwerp voldoet. Wanneer het infrastructuurwerk voldoet, wordt het als beschikbaar verklaard en nemen de gebruiksfase en de betalingen aan de private opdrachtnemer een aanvang. Zoals in onderdeel 6.3 van deel II van dit handboek te lezen is, verschilt dat wezenlijk van de oplevering bij klassieke overheidsopdrachten.
- Contractmanagement en contractmonitoring, en daarbij onder meer verifiëren of de infrastructuur beschikbaar blijft. Dat wil zeggen: nagaan of de private opdrachtnemer gedurende de gebruiksfase aan de beschikbaarheidseisen blijft voldoen. Als de private opdrachtnemer niet voldoet zal de overheid de daartoe contractueel voorziene maatregelen nemen (financiële sancties of, in uitzonderlijke gevallen, de verbreking van de overeenkomst).
- Eventuele wijzigingen voorstellen of voorstellen van de private partner beoordelen en ze desgevallend mee implementeren.
- De vergoeding van de private opdrachtnemer periodiek uitbetalen in de vorm van beschikbaarheidsvergoedingen.
- Geschillen proberen te voorkomen en op te lossen via het overlegcomité, dan wel via een beroep op alternatieve geschilbeslechting.
- Op het einde van de overeenkomst: verifiëren of de infrastructuur / het gebouw aan de overdrachtseisen voldoet en de infrastructuur weer in bezit nemen.

De essentiële rol van de overheid na de sluiting van de DBFM-overeenkomst ligt in het opvolgen van de naleving van de overeenkomst, het vaststellen van de beschikbaarheid en het uitvoeren van de betalingen. Om deze rol correct te vervullen is het bezit van de juiste informatie essentieel. Het is daarom belangrijk dat de inhoud en de timing van de informatieverstrekking duidelijk in de overeenkomst is omschreven en dat de overheid onmiddellijk reageert wanneer de informatieverstrekking tekortschiet. Als dat niet gebeurt, is de kans op ellenlange juridische procedures reëel.

De overeenkomst moet de private opdrachtnemer voldoende garanties geven dat de overheid de DBFM-overeenkomst niet zonder zijn toestemming aan een derde (al dan niet een overheid) kan overdragen. Ook andere beperkingen zijn mogelijk. Zo kan de overeenkomst bepalen dat de overheid het project slechts kan overdragen aan een overnemer die een vergelijkbaar kredietprofiel heeft of wiens verbintenissen door de overheid gewaarborgd worden. Het kredietprofiel van de overnemer is immers voor financiers bepalend voor het beoordelen van hun garanties op betaling en het vastleggen van de financieringsvoorwaarden.

## 2.2.2 De samenwerking met andere overheden

In de praktijk zijn vaak meerdere overheden betrokken bij het uitwerken van het project. Soms valt een DBFM-overeenkomst onder de bevoegdheid van verschillende overheden die voor de uitvoering van het project hun krachten bundelen. Soms is voor de uitvoering van de overeenkomst de toestemming of de betrokkenheid van een andere overheid vereist.

Voor de uitvoering en het succesvol sluiten en opvolgen van een DBFM-overeenkomst is het belangrijk dat de overheid uit één mond spreekt en dat de onderhandelingen met de private opdrachtnemer op een coherente manier worden gevoerd. Daarom is het aangewezen dat voor de opstart van het proces een 'publiek-publieke afstemmingsfase' wordt ingebouwd. Wanneer nodig moeten de afspraken die uit deze fase voortvloeien in een protocol of een overeenkomst opgenomen worden. Alle publieke partijen weten daardoor waarheen het project leidt en welke positie iedere overheid in het project inneemt.

De afspraken die in een publiek-publieke overeenkomst worden gemaakt zijn van publiekrechtelijke zowel als van privaatrechtelijke aard. Van publiekrechtelijke aard zijn bijvoorbeeld afspraken inzake bevoegdheidsoverdracht en de structuur en organisatie van het project. In een *publiek-publieke overeenkomst* komen de verschillende overheidsactoren ook een duidelijke taakverdeling overeen. De privaatrechtelijke afspraken omvatten onder meer de overdracht of vestiging van zakelijke rechten.

Als meerdere overheden optreden is een samenwerkingsprotocol (publiek-publieke samenwerking), waardoor de overheid uit één mond kan spreken, erg belangrijk.

### **2.2.3 Het gebruik van een verzelfstandigde entiteit als opdrachtgever**

In sommige gevallen kiest de opdrachtgevende overheid ervoor om haar taken als opdrachtgever aan een gespecialiseerde, verzelfstandigde entiteit toe te vertrouwen. Het oprichten van een dergelijke entiteit biedt een aantal operationele voordelen. Het laat toe om competenties te ontwikkelen en te centraliseren. In projecten waarin meerdere publieke partijen betrokken zijn, is er bovendien het voordeel te kunnen fungeren als uniek aanspreekpunt en als projectcoördinator. Bovendien ligt de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het project of programma bij een duidelijk te identificeren partij.

Bij de private partner en zijn financiers kan het gebruik van een verzelfstandigde entiteit bezorgdheid oproepen over de kredietwaardigheid van die entiteit. Het financiële evenwicht van de SPV hangt immers af van de tijdige betaling van de beschikbaarheidsvergoeding. Daarom zal de private partner vaak eisen dat de financiële verplichtingen van de verzelfstandigde entiteit formeel gewaarborgd worden door de overheid of overheden boven die entiteit (bijvoorbeeld via een zogenaamde doorbetalingsverbintenis). Wanneer de verzelfstandigde entiteit om de een of andere reden haar financiële verplichtingen ten aanzien van de SPV niet nakomt, moet de overheid die de garantie verstrekt heeft dan de betalingsverplichting overnemen. Een dergelijke garantie is soms wettelijk of reglementair verankerd, bijvoorbeeld door een besluit van de gemeenteraad (bij gemeentelijke projecten) of door een decreet (voor projecten van de Vlaamse overheid).

Een verzelfstandigde entiteit inschakelen voor de realisatie van investeringsprojecten heeft btw-implicaties. Voor btw-doeleinden worden zulke entiteiten (agentschappen, autonome gemeentebedrijven enzovoort) vaak beschouwd als ondernemingen, waardoor andere regels inzake het tijdstip van opeisbaarheid van toepassing zijn. Afhankelijk van de activiteiten van zo'n entiteit kan de verschuldigde btw (gedeeltelijk) gerecupereerd worden. Het verdient aanbeveling om deze aspecten grondig te analyseren alvorens bepaalde keuzes te maken, aangezien dit een belangrijke impact kan hebben op het bedrag dat gefinancierd moet worden door de opdrachtnemer en op de begroting van de opdrachtgever.

## **2.3 De private opdrachtnemer**

### **2.3.1 Het samenwerkingsverband**

DBFM-overeenkomsten worden gesloten voor belangrijke projecten waarin uiteenlopende facetten aan bod komen. Aangezien een DBFM-overeenkomst een contract is dat zowel het ontwerp, de bouw, de financiering als het onderhoud van infrastructuur tot voorwerp heeft, en soms ook nog aanvullende dienstverlening, zal de private opdrachtnemer in vele gevallen een samenwerkingsverband zijn met aannemers, onderhoudsfirma's, ontwerpers en (eventueel) investeerders.

Het samenwerkingsverband zal in de gunningsfase vaak de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap (THV) aannemen (en in de toekomst de vorm van een maatschap, zie verder). Overeenkomstig artikel 47 van het Wetboek Vennootschappen gaat het om een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid die, zonder een gemeenschappelijke naam te voeren, één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel heeft. Als gevolg van de nakende hervormingen van het vennootschapsrecht valt te verwachten dat met het verdwijnen van de figuur van de THV de maatschap als samenwerkingsvorm meer aandacht zal krijgen.

Wanneer de kandidaat voor de gunning van een DBFM-overeenkomst bestaat uit een samenwerkingsverband, zijn de partners in de regel persoonlijk en hoofdelijk tot de verbintenissen gehouden.

### **2.3.2 De projectvennootschap als alternatief?**

#### **2.3.2.1 Wat is een projectvennootschap?**

Sommige private opdrachtnemers zullen erop wijzen dat het vereisen van de garanties van de hoofdelijke en solidaire gehoudenheid voor langdurige projecten onredelijk is. Aan een dergelijke deelname zijn onevenredige risico's verbonden die voor de overheid geen meerwaarde opleveren. De deelname in een per hypothese hoofdelijk samenwerkingsverband dat een langdurige overeenkomst sluit, bezwaart bovendien de balans van de deelnemende vennootschappen gedurende een lange periode (de duur van de DBFM-overeenkomst) en miskent de verschillen in betrokkenheid van de deelgenoten: de bouwfirma moet dan bijvoorbeeld mee instaan voor de verbintenissen van de onderhoudsfirma en vice versa.

Bij een DBFM-project wordt daarom vaak ingeschreven voor een vennootschap in oprichting en/of wordt voorgesteld dat het consortium zich bij de gunning tot een projectvennootschap of *Special Purpose Vehicle* (SPV) omvormt, en dat de DBFM-overeenkomst met een SPV wordt gesloten.

Een projectvennootschap of *SPV* is een vennootschap die door de leden van het consortium specifiek is opgezet om het project te realiseren. De SPV wordt opgericht zodra de onderhandelingen met de overheid worden beëindigd of in een laatste fase zijn. Het is de SPV die de DBFM-overeenkomst met de overheid sluit. Wanneer de overeenkomst met de aandeelhouders van de SPV wordt gesloten, zullen zij zich doorgaans, overeenkomstig het mechanisme van artikel 60 van de Wetboek Vennootschappen, voor de SPV verbinden. Dit betekent dat hun verbintenis met een verbintenis van de SPV moet worden gelijkgesteld.

De aandeelhouders van de SPV bestaan in de regel uit de ondernemingen die deel uitmaken van het samenwerkingsverband en aan wie, in het raam van de uitvoering van de opdracht, specifieke taken zijn toevertrouwd (zoals bouw en onderhoud). In bepaalde gevallen kunnen ook institutionele beleggers aandelen in de SPV bezitten. Wanneer de SPV aan de outputspecificaties van het contract voldoet en de beschikbaarheid van de infrastructuur op afdoende wijze verzekert, zal de samenwerking immers voor iedere aandeelhouder-aannemer winstgevend worden. Een hoog rendement op het project zal tot de uitkering van een dividend aan de aandeelhouders leiden.

In de praktijk is de SPV niettemin in zekere mate een *lege doos of in ieder geval in belangrijke mate een doorgeefluik*. De SPV zal vooral het management van het project op zich nemen en de geldstromen afwikkelen. Het is in de praktijk ook een vennootschap met een beperkt kapitaal die speciaal voor de realisatie van het project werd opgericht. Ten opzichte van de schulden is het eigen vermogen beperkt (vaak amper meer dan 10 %). Bovendien heeft de SPV, anders dan bij een samenwerkingsverband in de vorm van een maatschap, geen of weinig eigen middelen om de opdracht uit te voeren. Zij zal daarvoor een beroep doen op haar aandeelhouders via de inbreng van eigen vermogen en/of achtergestelde leningen.

### **2.3.2.2 Hoe gaat de overheid ermee om?**

Voor de overheid zijn de risico's van het gebruik van een SPV doorgaans beperkt. De bouwwerkzaamheden worden immers betaald door middel van een beschikbaarheidsvergoeding die over de hele contractperiode gespreid is. Indien de SPV haar verplichtingen niet naleeft, dan stopt deze betaling, en kunnen de aandeelhouders van de SPV en de financiers hun inbreng niet volledig recupereren. Om dit te vermijden zullen de aandeelhouders van de SPV en de financiers tijdig de

nodige remediërende maatregelen nemen. Indien dit faalt en het komt toch tot een voortijdige afbreking van de DBFM-overeenkomst, dan verwerft de overheid de infrastructuur voor een prijs die niet hoger is dan de residuele waarde, verminderd met alle eventuele schade die de overheid ten gevolge van de voortijdige beëindiging lijdt. De overheid is dus in het algemeen financieel goed beschermd tegen eventuele wanprestatie van de SPV.

In sommige gevallen zal de overheid voor een tussenoplossing kiezen. Ze zal eisen dat de inschrijver de bouwwerkzaamheden zelf uitvoert, maar toelaten dat een SPV de verbintenissen kan overnemen zodra de bouwfase beëindigd is (en de gebruiksfase een aanvang neemt). Dat gebeurt echter veeleer zelden.

In andere gevallen zal de overheid soms een aantal waarborgen vragen, zodat de aandeelhouders de SPV gedurende de uitvoering van de opdracht niet 'in de steek laten'. Meestal zullen die waarborgen de vorm van een aandeelhoudersgarantie aannemen. Bovendien zal de SPV meestal een garantie op goede uitvoering moeten verschaffen.

In een aantal projecten werd de garantie gevraagd dat de initiële aandeelhouders, op straffe van directe aansprakelijkheid, gedurende de volledige uitvoering van de overeenkomst technische middelen ter beschikking van de SPV moeten blijven stellen. Een dergelijke bepaling is nochtans niet aan te bevelen. Opdrachtnemers menen namelijk dat de gevallen waarin de rechtspersoonlijkheid van de SPV doorbroken kan worden tot het strikte minimum te beperken is. Het nemen van risico's die de aandeelhouders van de SPV niet zelf willen nemen is immers één van de kerntaken van de SPV. Overigens kan de kredietwaardigheid van een SPV of projectvennootschap in sommige gevallen groter zijn dan de kredietwaardigheid van haar aandeelhouders. Een SPV ontleent immers haar inkomsten rechtstreeks aan overeenkomsten met de overheid. Als die inkomsten voldoende groot zijn, kan zij zelfs de insolventie van haar aandeelhouders overleven. Er zijn dan ook voorbeelden bekend waarin de financieringsvoorwaarden die de SPV heeft verkregen beter zijn dan de financieringsvoorwaarden die de aandeelhouders hadden kunnen verkrijgen.

## **2.4 De (onder)aannemers**

Aangezien de SPV zelf niet de middelen heeft om de opdracht uit te voeren, zal de SPV daartoe contracten met (onder)aannemers sluiten. Die onderaannemers zijn in veel gevallen de aandeelhouders van de SPV, maar dat is niet altijd het geval. De structuur en de inhoud van de contracten tussen de SPV en de (onder)



aannemers zal zo veel mogelijk een afspiegeling van de inhoud van het DBFM-contract zijn dat door de SPV met de overheid is overeengekomen. Dergelijke contracten worden *back-to-backcontracten* genoemd. De SPV zal door het sluiten van dergelijke contracten de verplichtingen en risico's die zij onder de DBFM-overeenkomst heeft zo veel mogelijk naar haar (onder)aannemers doorschuiven en zo weinig mogelijk residuaire risico's behouden. Risico's verbonden aan het ontwerp en de bouw zullen naar de ontwerper en de bouwer worden doorgeschoven. Risico's die verband houden met het onderhoudscontract zullen naar de onderhoudsaannemer worden doorgeschoven; verzekerbare risico's naar de verzekeraar.

Toch is het mogelijk dat bepaalde risico's niet kunnen worden doorgeschoven. Het gaat dan om risico's waarvoor op de markt geen aanbod bestaat, met andere woorden waarbij geen enkele onderaannemer bereid is het risico gedurende de duurtijd van de overeenkomst te dragen, of om risico's die enkel door de SPV kunnen worden gedragen. Risico's die doorgaans bij de SPV blijven, houden met de financiering verband.

## 2.5 De financiers

Naast het ontwerp, de bouw en het onderhoud van de infrastructuur moet de private partner in een DBFM-formule ook voor de financiering van het project instaan. Het feit dat de overheid geen infrastructuur, maar het ter beschikking stellen van die infrastructuur "koopt", betekent in principe dat de overheid pas betaalt wanneer de gevraagde dienst, d.i. vooral na de bouwfase, wordt geleverd. De private opdrachtnemer zal dus zelf voor de financiering van de bouwfase moeten instaan.

Meestal zullen de aannemers niet over voldoende financiële middelen beschikken om het project in zijn geheel te financieren. Behalve met het eigen vermogen van de SPV, verstrekt door de consortiumleden, wordt het project dus ook met vreemd vermogen gefinancierd. Hiervoor moeten externe financiers worden gezocht.

Een typische verhouding voor de financiering van een SPV is 10 % tot 20 % eigen vermogen en 80 % tot 90 % vreemd vermogen.

De reden waarom het eigen vermogen van een SPV relatief beperkt is, vindt niet alleen een grondslag in de beperkingen van de aandeelhouders om in te

staan voor grote kapitaalinjecties, maar ook in de hoge rendementseisen (*internal rate of return* of IRR) die aan het eigen vermogen worden gesteld. Die rendementseisen kunnen makkelijk tussen de 10 en 15 % bedragen, wat tot gevolg heeft dat financiering met eigen vermogen erg duur is en dus een belangrijk prijsverhogend effect heeft.

Een groot deel van de financiering van het project door de SPV wordt dus door externe financiers verschaft. Vanuit het standpunt van de externe financiers vormt de inkomstenstroom die door de beschikbaarheid van de infrastructuur kan worden gegenereerd de voornaamste of zelfs enige basis voor de financiering van het project. Voor de terugbetaling van de financiers zullen geen andere activa dan de overeenkomsten met de overheid ter beschikking zijn. In het jargon spreken we van een 'no-recourse'- of 'limited-recourse'-financiering. De financiers verschaffen de SPV de financiële middelen pas na een analyse van de risicograad van het project. Die analyse vereist een grondige kennis van het project. De financiers zullen het dan ook aan een grondig onderzoek of *due diligence* onderwerpen. Zij zullen het consortium, bij zijn onderhandelingen met de overheid, ertoe aanzetten risico's ofwel terug bij de publieke partner te brengen ofwel naar derden (onderaannemers of verzekeraars) door te schuiven. Wanneer risico's succesvol worden doorgeschoven, kunnen de risico's voor de SPV relatief beperkt blijven en zullen de financieringsvoorwaarden gunstiger zijn.

Gelet op het belang van de financieringsvoorwaarden voor het welslagen van het project is het wenselijk de financiers zo vroeg mogelijk bij het project te betrekken. Als de private opdrachtnemers pas op zoek gaan naar financiering wanneer zij als voorkeursbieder zijn aangewezen of wanneer de overeenkomst aan hen gegund is, kunnen de partijen tot de onaangename vaststelling komen dat zij de DBFM-overeenkomst onderhandeld hebben maar dat de financiers niet volgen. De overheid en de private opdrachtnemer moeten dan opnieuw aan tafel om bepaalde clausules van de overeenkomst te heronderhandelen. De overheid heeft een marge om bijkomende voorwaarden van de financiers te aanvaarden maar die is niet onbeperkt. Wanneer die voorwaarden een wezenlijke wijziging van de contractsbepalingen impliceren, zal de overheid immers moeten nagaan of de private opdrachtnemer, in die omstandigheden, wel de voordeligste bieding heeft ingediend.

De overheid moet ook rekening houden met de marktomstandigheden op de financiële markten. In gunstige marktomstandigheden verdient het aanbeveling dat de financiers al van bij de eerste offerte van de private opdrachtnemer de (directe of indirecte) verbintenis moeten aangaan om het project te financieren. Dat is echter onmogelijk op een onstabiele financiële markt. Als de overheid de financiering van het project wil bevorderen, mag het gevraagde commitment van de banken niet te lang duren. Zoniet lopen de banken te grote risico's door

zich op een financiële offerte vast te pinnen en zullen ze ervan worden weerhouden mee in de financiering te stappen. Het is dan ook aan te bevelen om de duurtijd van het commitment marktconform te houden en/of, afhankelijk van de marktomstandigheden, slechts een commitment voor een deel van de financiering te vragen.

Het verdient aanbeveling dat de financiers in een zo vroeg mogelijk stadium van de gunningsprocedure bij het onderhandelen van de DBFM-overeenkomst worden betrokken. Daarbij moet evenwel rekening worden gehouden met de marktomstandigheden.

De kredietovereenkomst wordt op maat gesneden van de inkomstenstroom, dat wil zeggen: de beschikbaarheidsvergoedingen die het project zal genereren. Wanneer die beschikbaarheidsvergoedingen in gevaar komen bij onbeschikbaarheid van de infrastructuur, komt ook de aflossing en de betaling van de rente op de lening in gevaar. Als extra zekerheid voor de banken wordt daarom een directe overeenkomst gesloten.

Een directe overeenkomst is een driepartijenovereenkomst tussen de financiers, de private opdrachtnemer en de overheid, waarbij instaprechten aan de financiers worden toebedeeld. Dit betekent dat zij het recht hebben om het management van de projectvennootschap over te nemen wanneer de aflossing van de verstrekte financiering in gevaar zou komen.

Vanuit financieringsoogpunt heeft DBFM een aantal nadelen die ervoor zorgen dat de financiering relatief duur is en in elk geval duurder dan de klassieke overheidsfinanciering via toerekening van de uitgaven op de begroting of het aangaan van overheidsleningen. De rentevoet op het vreemd vermogen binnen de SPV of de projectvennootschap is hoger dan de rente op leningen die de overheid zou moeten betalen wanneer zij zelf de investering zou doen. Om de financieringskost binnen de perken te houden, is het belangrijk om de transactie goed te structureren en bijvoorbeeld geen risico's over te dragen aan de private partij die ze onvoldoende kan beheersen.

## 2.6 De adviseurs

De complexiteit van een DBFM-overeenkomst en het daarmee gepaard gaande proces vereist dat de partijen beschikken over een aantal hooggespecialiseerde competenties. De overheid en de private partijen moeten beoordelen of zij die competenties voldoende in huis hebben en of er bijkomende externe expertise moet worden ingehuurd. Externe adviseurs kunnen niet alleen tot taak hebben bepaalde knowhow aan te leveren die voor de beoordeling van het project vereist is. Zij kunnen onder nauwe aansturing van hun opdrachtgever ook talrijke materiële taken uitvoeren voor de voorbereiding van het project, waarvoor de overheid of de private opdrachtnemer onvoldoende of onvoldoende gespecialiseerd personeel heeft (bijvoorbeeld: overeenkomsten, outputspecificaties of financiële modellen opstellen).

In het raam van een DBFM-project zijn drie categorieën competenties noodzakelijk: juridische, financiële en technische expertise.

Juridische experts helpen de overheid om strategische, juridische keuzes te maken, zoals de keuze voor en het motiveren van de gunningswijze. Als er problemen rijzen inzake de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering, helpt de juridische adviseur de overheid de juiste keuzes te maken. Het opstellen en voorbereiden van de (dikwijls complexe) ontwerpen van DBFM-overeenkomst die aan de bidders zullen worden overgemaakt is doorgaans een taak voor de juridische adviseur. Het is gebruikelijk dat juridische experts de overheid bijstaan bij de onderhandelingen met de partijen en het opstellen en motiveren van de voornaamste beslissingen die in het raam van de gunningsprocedure moeten worden genomen. De voornaamste disciplines die de juridische expert in huis moet hebben, zijn overheidsopdrachtenrecht, burgerlijk en aannemingsrecht en financieel recht (met de nadruk op project-financiering). Ook aspecten van fiscaal recht kunnen voor bepaalde projecten relevant zijn.

De financiële experts van de overheid moeten erover waken dat het project en de DBFM-overeenkomst gestructureerd zijn op een wijze die de financiering van het project aan gunstige voorwaarden mogelijk maakt. Hun advies is vereist voor een aantal specifieke bepalingen uit de DBFM-overeenkomst, zoals de bepalingen inzake betalingsmechanisme, beëindigingsvergoedingen of prijs-herziening. Zij wijzen de overheid op keuzes die een negatieve impact op de financiering en de financieringsvoorwaarden hebben. Gedurende de gunningsprocedure adviseren ze de overheid over de financiële voorstellen van de bidders en de betrouwbaarheid van hun financiële projecties.

De technische experts van de overheid geven advies bij het maken van technische keuzes. Hun bijdrage verschilt van de rol die ze bij een traditionele overheidsopdracht vervullen. De technische experts maken immers geen gedetailleerd (technisch) bestek op, maar omschrijven de minimumvoorwaarden en de outputspecificaties waaraan het project gedurende de beschikbaarheidsfase moet beantwoorden. Technische experts moeten erover waken dat de overeenkomst voldoende garanties bevat dat het project aan die voorwaarden en specificaties zal voldoen. De technische experts adviseren ook over de sanctiemechanismen die gelden wanneer het project niet zou voldoen. Verder bieden ze ondersteuning bij de beoordeling van het technische gedeelte van de offertes.

Tot slot moet er intern en met de externe experts zeer goed worden afgestemd. Bij de overheid bijvoorbeeld is er met de Inspectie van Financiën een korps dat de gevolgen van beslissingen op de begroting beoordeelt. Zij bezitten bovendien specifieke expertise inzake de ESR-methodiek. Het verdient aanbeveling de Inspectie van Financiën gedurende heel de procedure goed te informeren.

De overheid moet de nodige expertise inschakelen. Doorgaans betreft het juridische, financiële en technische experts. Het verdient aanbeveling om voldoende en tijdige informatie-uitwisseling te plannen tussen alle betrokken experts.

Ook aan private kant worden adviseurs ingeschakeld tijdens het hele traject tot aan de contractsluiting. We onderscheiden hier twee groepen. Enerzijds zijn er de adviseurs die de bieder bijstaan bij de uitwerking van zijn offerte en anderzijds zijn er de adviseurs die in het raam van de due diligence worden aangesteld.

Een bieder laat zich doorgaans bijstaan voor de verschillende aspecten van een DBFM en dit met het oog op het uitwerken van een competitieve bieding. Een architect en studiebureau(s) focussen op het design en zorgen ervoor dat het technische voorstel voldoet aan de minimumvoorwaarden en outputspecificaties. Een juridisch adviseur ondersteunt de bieder bij de opmaak van interne overeenkomsten (zoals die met onderaannemers) en assisteert bij de onderhandelingen met de overheid over de DBFM-overeenkomst. Een financieel adviseur staat in voor de opmaak van het financieel model, adviseert over de financiële aspecten van de verschillende overeenkomsten, structureert de projectfinanciering en onderhandelt over de voorwaarden met potentiële financiers. Vaak wordt ook een beroep gedaan op een adviseur die de boekhoudkundige en fiscale aspecten van de DBFM analyseert, en op een verzekeringsadviseur.

In een projectfinancieringsstructuur is het gebruikelijk dat de financiers een grondige due diligence uitvoeren. Alle belangrijke aspecten van het project worden doorgelicht, zodat de financiers een goede inschatting kunnen maken van de risico's die verbonden zijn aan het verstrekken van financiering aan de toekomstige projectvennootschap. De adviseurs die hiervoor worden ingeschakeld, hebben een zorgplicht (*duty of care*) ten aanzien van de financiers, maar worden gebruikelijk aangesteld en vergoed door de bieder. In DBFM-transacties zien we volgende rollen: een juridisch adviseur (*lender's legal advisor* of *LLA*) die instaat voor de juridische aspecten van de due diligence, een technisch adviseur (*lender's technical advisor* of *LTA*) die de technische aspecten analyseert, een verzekeringsadviseur (*lender's insurance advisor* of *LIA*) die het verzekeringspakket beoordeelt en tot slot een *model auditor* die het financieel model doorlicht en attesteert.

## 2.7 De gebruikers

De gebruikers maken gebruik van het gebouw of infrastructuurwerk dat door de private opdrachtnemer ter beschikking gesteld wordt. In sommige projecten is de overheid zelf (of meer bepaald: haar personeelsleden) de gebruiker. Dat is bijvoorbeeld zo bij een DBFM-overeenkomst voor de bouw en onderhoud van een kantoorgebouw dat dient voor de accommodatie van een overheidsdienst. Bij andere projecten, bijvoorbeeld een weg, bestaan de gebruikers uit private individuen.

De DBFM-overeenkomst voorziet er vaak in dat behalve de opdrachtgevende overheid ook de gebruikers tekortkomingen moeten kunnen melden wat de beschikbaarheidseisen aangaat. De opdrachtnemer moet daartoe een klachtenmeldingssysteem opzetten dat, naargelang van de opgelegde eisen, bereikbaar moet zijn via telefoon, e-mail of andere communicatiekanalen. De opdrachtgevende overheid heeft inzage in de geregistreerde klachten. Zo kan ze controleren dat alle tekortkomingen correct zijn gerapporteerd en verrekend in kortingen op de beschikbaarheidsvergoeding.

Wanneer de gebruikers betalen voor het gebruik van het project (bijvoorbeeld een tol voor het gebruik van een tunnel), dan heeft de wijze van betaling een invloed op de ESR-neutraliteit.

- Wanneer de gebruikersheffingen rechtstreeks aan de opdrachtnemer betaald worden, dan is er geen sprake van een DBFM-overeenkomst, maar van een concessieovereenkomst. Concessies vragen een specifieke analyse in het kader van ESR.

- Wanneer de gebruikersheffingen daarentegen aan de opdrachtgevende overheid betaald worden (die op haar beurt een beschikbaarheidsvergoeding aan de opdrachtnemer betaalt), dan is het project een DBFM-project en hangt de ESR-neutraliteit af van de hoogte van de vergoeding. Om ESR-neutraal te zijn mag de verwachte waarde van de ontvangen gebruikersvergoedingen over de duur van de DBFM-overeenkomst maximaal 50 % bedragen van de waarde van de betaalde beschikbaarheidsvergoedingen (beide uitgedrukt in actuele waarde op de datum van ondertekening van de financieringsovereenkomsten, of financial close).

# 3

## Hoe een DBFM-project realiseren?

---

### 3.1 Voortraject

Belangrijk in het voortraject is dat de overheid de nodige voorbereidende studies uitvoert inzake de technische, ruimtelijke en financiële haalbaarheid van het project.

In de praktijk zal de overheid tijdens de voorbereidende fase stevast een project-definitie opstellen en de nodige interne aftoetsingen doen, zoals eerder aangegeven onder meer over de beste uitvoeringsvorm om het project te realiseren.

Belangrijk is dat de overheid voorafgaand grondig in kaart brengt of het project en de uitvoeringsvorm:

- financieel haalbaar is: kan de overheid op korte en lange termijn het project bekostigen?
- operationeel haalbaar is: beschikt de overheid over een doordachte project-organisatie en de nodige skills om het project te implementeren?
- voldoende meerwaarde genereert. Als vorm van PPS geldt ook voor DBFM het uitgangspunt dat er voldoende meerwaarde aanwezig moet zijn, wil de keuze voor PPS verantwoord zijn.

De overheid zal bovendien ook de plaatsingsprocedure moeten voorbereiden. Daarbij zal ze een aantal belangrijke keuzes moeten maken (plaatsingsprocedure, selectie- en gunningscriteria, hoe de procedure structureren) en zal ze de opmaak van een bestek moeten voorbereiden waarin ze die keuzes implementeert.

Aan de eigenlijke plaatsingsprocedure, die de aanduiding van een private partner als doel heeft, gaat soms een marktverkenning of -consultatie vooraf.



## 3.2 Marktverkenning / marktconsultatie

Overheden kunnen voor de start van een plaatsingsprocedure overgaan tot een zogenaamde marktverkenning of marktconsultatie. De Overheidsopdrachtenwet zegt hierover uitdrukkelijk:

De aanbestedende overheid mag vóór het aanvatten van een plaatsingsprocedure marktconsultaties houden met het oog op de voorbereiding van de plaatsing van de opdracht, alsook om de ondernemers op de hoogte te brengen van haar plannen en eisen.

Met dit doel mag de aanbestedende overheid bijvoorbeeld het advies van onafhankelijke deskundigen, private of publieke instellingen of van marktdeelnemers inwinnen of ontvangen.

De voorafgaande marktconsultaties mogen worden gebruikt bij de planning en het verloop van de plaatsingsprocedure, mits dit niet leidt tot een vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot een schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.

Het opzetten van een marktconsultatie tijdens de voorbereidende fase van een (DBFM-)project kan zeer nuttig zijn. Het laat toe de markt te consulteren over het opzetten en suggesties te doen voor eventuele optimalisaties, scopeaanpassingen, dan wel om bepaalde ideeën of zelfs ontwerpbestekclausules, risicoverdelingen enzovoort af te toetsen op hun haalbaarheid. Het laat terzelfder tijd ook toe de markt een signaal te geven dat een project in voorbereiding is, zodat de marktpartijen zich op dat project kunnen voorbereiden en desgevallend al verkennende gesprekken kunnen opstarten om een consortium te vormen.

## 3.3 De plaatsing

De toepasselijkheid van de Overheidsopdrachtenwet op het project heeft tot gevolg dat de overheid een plaatsingsprocedure moet kiezen. De plaatsingsprocedure legt de spelregels vast die de overheid bij het kiezen van een private opdrachtnemer moet volgen. Aangezien de traditionele plaatsingsprocedures (openbare procedure, niet-openbare procedure enzovoort) elke onderhandeling

met de kandidaten uitsluiten, zal de overheid doorgaans geen andere keuze hebben dan voor een onderhandelingsprocedure te kiezen. Het is voor complexere projecten inderdaad nagenoeg ondenkbaar dat een overheid zonder onderhandelingen met de kandidaten een finaal bestek kan opstellen of offertes ontvangt die meteen voldoen voor alle aspecten van de DBFM-overeenkomst (ontwerp, bouw, financiering en onderhoud).

Om die reden doet de overheid voor het gunnen van DBFM-overeenkomsten doorgaans een beroep op de mededingingsprocedure mét bekendmaking of de concurrentiegerichte dialoog.

In het raam van de Overheidsopdrachtenwet nemen de mededingingsprocedure en de concurrentiegerichte dialoog een bijzondere plaats in. Van die procedures mag slechts in bijzondere, door de wet bepaalde gevallen gebruik worden gemaakt. De overheid moet dat gebruik ook motiveren.

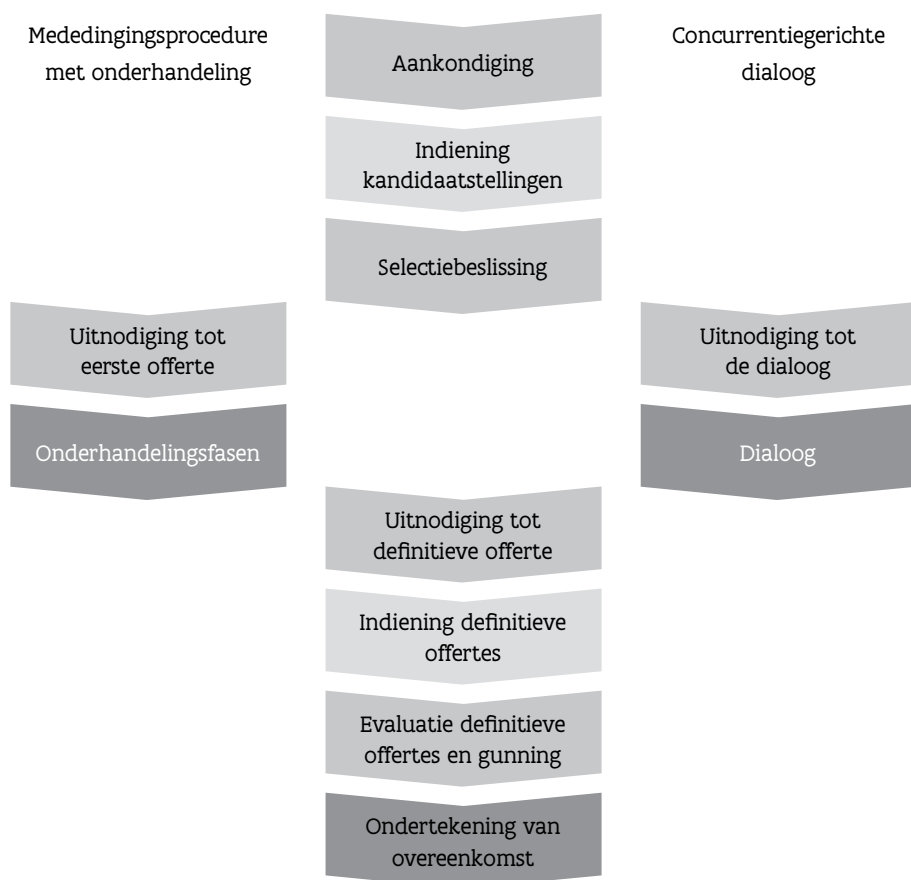
Voor relevante toepassingsgevallen die het gebruik van de genoemde procedures bij DBFM toelaten kunnen we onder meer wijzen op artikel 38, § 1, 1<sup>o</sup> van de Overheidsopdrachtenwet:

- a) er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid zonder aanpassing van onmiddellijk beschikbare oplossingen;
- b) ze bevatten ontwerp- of innovatieve oplossingen;
- c) de opdracht kan niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's;
- d) de technische specificaties kunnen door de aanbestedende overheid niet nauwkeurig genoeg worden vastgesteld op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader als bedoeld in artikel 2, 45<sup>o</sup> tot 48.

De keuze van een of meer van de genoemde toepassingsgevallen in combinatie met een gedegen motivering van het project en waarom men zich bevindt in de betrokken toepassingsgevallen, laat bijna altijd zonder groot procesrisico toe voor een van beide plaatsingsprocedures te kiezen.

De vraag rijst vervolgens welk van beide procedures te kiezen. Als vuistregel geldt het volgende. Als de overheid in staat is om een bestek op te stellen waarin ze haar behoeften op een voldoende wijze kan identificeren, zonder verdere dialoog met de markt, lijkt de mededingingsprocedure met onderhandelingen de meest geschikte procedure. Deze procedure is er vooral op gericht om de offertes tijdens de onderhandelingen (meer) aan te passen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Is er daarentegen over het bestek en de behoefte verdere dialoog nodig met de markt, heeft de overheid wel een idee van het probleem dat ze opgelost wil krijgen, maar heeft ze geen zicht op de technische, financiële of juridische oplossingen en wil ze die na onderhandelingen verder preciseren in de opdrachtdocumenten, dan is de concurrentiegerichte dialoog de aangewezen procedure. In Figuur 3 wordt in grote lijnen het verloop van beide procedures geschetst. Zoals blijkt, zijn de hoofdlijnen dezelfde.

Figuur 3: Plaatsingsprocedures



### 3.3.1 De opdrachtdocumenten

Een DBFM-bestek, 'beschrijvend document' genoemd bij een concurrentiege-richte dialoog, zal doorgaans grondig van een traditioneel bestek verschillen. Een traditioneel bestek bestaat uit administratieve en de technische bepalingen, waarbij de administratieve bepalingen in hoofdzaak verwijzen naar de Algemene Uitvoeringsregels.

In een DBFM-bestek worden meestal drie onderdelen onderscheiden:

- 1) de selectie- en gunningsleidraad;
- 2) de DBFM-overeenkomst en de contractuele bijlagen;
- 3) de outputspecificaties en/of de technische bijlagen.

De selectieleidraad stelt de regels vast die de overheid zal toepassen voor de selectie van de marktpartijen die in een volgende ronde zullen worden toegelaten. De leidraad bevat naast informatie over het project, de aanbestedende overheid en het verloop van de procedure ook informatie over de selectiecriteria en de wijze waarop de aanbestedende overheid eventueel zal doorselecteren als ze, zoals gebruikelijk, het aantal partijen voor een volgende ronde heeft beperkt.

De gunningsleidraad stelt de regels vast die de overheid zal toepassen voor de keuze van haar medecontractant. De gunningsleidraad bevat onder meer informatie over de aanbestedende overheid, het verloop van de procedure, de opdracht, de wijze waarop de onderhandelingen georganiseerd worden en de voorwaarden waaraan de offertes van de kandidaten moeten voldoen. Ook wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen de partijen gedurende de gunningsprocedure: Welke informatie is vertrouwelijk? Hoe verlopen de contacten tussen de partijen? Wat bij vragen en wat wanneer gebreken of fouten worden vastgesteld?

De DBFM-overeenkomst bevat meestal een grondig uitgewerkt ontwerp van DBFM-overeenkomst en contractuele bijlagen.

De outputspecificaties bevatten, ten slotte, een omschrijving van de technische aspecten van het bestek, de doelstellingen die de overheid vanuit technisch oogpunt nastreeft en de parameters of voorwaarden waaraan de infrastructuur of het gebouw moet voldoen.

Het bestek voor een DBFM-project bestaat in de regel uit drie delen: een selectie- en gunningsleidraad, een ontwerp van DBFM-overeenkomst en de outputspecificaties.

### 3.3.2 De aankondiging

Een aankondiging van de opdracht voor het DBFM-project in het *Bulletin der Aanbestedingen* en het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* is een verplichting die uit het Belgische zowel als uit het Europese aanbestedingsrecht volgt.

De aankondiging moet worden ingevuld op grond van een model en verloopt online via het digitale portaal voor de aanbesteding van overheidsopdrachten.<sup>27</sup> Neem de volgende regels in acht:

- Start een nieuwe bekendmaking.
- Kies het gepaste aankondigingsformulier uit de lijst.
- Vul het formulier nauwgezet in.

Voor DBFM-opdrachten kan voorafgaand aan de aankondiging van de eigenlijke opdracht al een vooraankondiging of enuntiatieve aankondiging gebeuren. Die is niet te verwarren met de eigenlijke aankondiging. Een DBFM-opdracht lanceren zonder eigenlijke bekendmaking zoals hoger beschreven, zal leiden tot de onwetigheid van de volledige plaatsingsprocedure.

De overheid moet al in de aankondiging vermelden of zij het aantal kandidaten dat zij zal selecteren en tot de gunningsfase zal toelaten om een offerte in te dienen, zal beperken. In de regel moet de overheid minimaal drie kandidaten tot de onderhandelingen of dialoog toelaten, tenzij er geen drie kandidaten zijn die aan de voorwaarden voldoen om aan de onderhandelingen te kunnen deelnemen.

### 3.3.3 De selectie

Nadat de overheid de opdracht heeft bekendgemaakt, zullen de marktpartijen een bepaalde periode hebben om zich kandidaat te stellen. De kandidaatstelling verloopt volgens de modaliteiten van de selectieleidraad en hetgeen in de aankondiging werd gepreciseerd.

De overheid kan strikt genomen beslissen de kandidaten te selecteren aan de hand van de gegevens die in de aankondiging zijn opgenomen. Ze zal echter, gelet op het belang en/of de complexiteit van de opdracht, de inschrijvers meer

.....  
<sup>27</sup> <https://enot.publicprocurement.be/enot-war/preSearchNotice.do>

informatie over de opdracht willen geven. Dat doet ze zoals eerder aangegeven door een selectieleidraad op te stellen waarnaar ze ook zal verwijzen in de aankondiging. De voornaamste, praktische doelstelling van de selectieleidraad bestaat erin die kandidaten te informeren over het proces en de selectievoorwaarden. De selectie beoogt het selecteren van de kandidaten die, gelet op hun betrouwbaarheid, technische bekwaamheid en economische en financiële draagkracht, voor de tweede fase van de plaatsingsprocedure in aanmerking komen. Alleen die kandidaten zullen worden uitgenodigd een offerte in te dienen.

De selectieleidraad stelt daarbij de criteria vast die toelaten de kandidaten te selecteren die het meest in aanmerking komen om toegelaten te worden voor de volgende ronde.

De selectie van de kandidaten gebeurt meestal in twee bewegingen. In een eerste beweging wordt nagegaan welke kandidaten op grond van een pass-or-failtest aan de selectiecriteria voldoen. In een tweede beweging wordt nagegaan welke van de kandidaten op grond van een onderlinge vergelijking het best aan die criteria voldoen. Alleen de kandidaten die het best aan de selectiecriteria voldoen, worden tot de gunningsfase toegelaten. De selectieleidraad dient daartoe een methodologie te bevatten die vastlegt hoe de overheid doorselecteert als er meer geschikte kandidaten zijn dan het maximale aantal dat de overheid, om praktische redenen, tot de volgende ronde wenst toe te laten. Om voldoende concurrentie te verkrijgen is het wel aanbevolen om niet minder dan drie kandidaten te selecteren.

De overheid licht, onmiddellijk na de selectiebeslissing, de niet-geselecteerde kandidaten in en voegt er de motieven voor hun niet-selectie aan toe.

### **3.3.4 Uniform Europees Aanbestedingsdocument**

Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) is een eigen verklaring over de financiële toestand, de bekwaamheden en de geschiktheid van ondernemingen. Het UEA is verplicht voor alle opdrachten die Europees aangekondigd moeten worden, en is in alle EU-talen beschikbaar. Het UEA wordt als voorlopig bewijs gebruikt dat aan de selectievereisten of -voorwaarden wordt voldaan. Dankzij het UEA hoeven de inschrijvers in de regel niet langer het volledige bewijsmateriaal en de verschillende formulieren te verstrekken die vroeger voor overheidsopdrachten in de EU werden gebruikt. Ook de onderaannemers op wier draagkracht de deelnemende onderneming een beroep doet, moeten (de relevante delen van) het UEA gebruiken.

De regelgeving laat echter wel toe om 'te allen tijde' stukken op te vragen wanneer dit 'noodzakelijk' is voor het goede verloop van de procedure. Bij procedures die in twee fasen verlopen, zoals de mededingingsprocedure en de concurrentiegerichte dialoog, wordt doorgaans van die mogelijkheid gebruikgemaakt. Zo wordt van bij het begin bijvoorbeeld meteen informatie opgevraagd over de technische bekwaamheid (referenties), omdat die referenties in de regel zullen worden gebruikt om door te selecteren.

De aanbestedende overheid zal, los van het bovenstaande, in het raam van de selectiefase alleszins de UEA's moeten bestuderen. Voor ze de rangschikking of selectie definitief vaststelt, moet de overheid informatie opvragen bij de partijen die ze voorlopig gunstig rangschikt voor de volgende fase of bij gespecialiseerde databanken zoals Telemarc.

### **3.3.5 De gunningsleidraad**

De gunningsleidraad beschrijft de verdere procedure en het verloop van de onderhandelingsprocedure (zie infra). Hij bepaalt hoe de overheid moet vaststellen welke inschrijver de voordeligste bieding heeft ingediend.

De aanwijzing van de voordeligste inschrijver gebeurt aan de hand van de gunningscriteria die opgenomen zijn in het bestek (meestal al in de selectieleidraad en in ieder geval in de gunningsleidraad).

De overheid heeft de verplichting de weging van elk gunningscriterium in de gunningsleidraad te specificeren.

Veelal bepaalt de gunningsleidraad ook gedetailleerd de quoteringmethodiek, dat wil zeggen de wijze waarop de gunningscriteria gequoteerd en de quoteringen samengeteld worden. Dat draagt evident bij tot de objectivering van het gunningsproces en vermijdt dat achteraf discussies ontstaan over de vraag of de wijze van werken wel verenigbaar was met het transparantiebeginsel.

De keuze van adequate gunningscriteria is een van de belangrijkste, maar ook van de moeilijkste keuzes die de overheid moet maken. Meestal komen in DBFM-projecten dezelfde gunningscriteria terug. Logischerwijs strekken die criteria ertoe de verschillende onderdelen van het project te beoordelen: de prijs en de kwaliteit van de diverse onderdelen van de DBFM-overeenkomst (ontwerp, bouw, financiering en onderhoud).

## **De beschikbaarheidsvergoeding**

Een gunningscriterium dat in de meeste projecten terugkomt is (de hoogte van) de beschikbaarheidsvergoeding. Het totaal van die vergoedingen levert dan de realisatieprijs van het project op. Het is wenselijk dat de overheid aan dit criterium een voldoende weging toekent (in de regel minstens 40 tot 60 % van de punten) om de inschrijvers ertoe aan te zetten op dat vlak een substantiële inspanning te leveren. Het is belangrijk dat de gunningsleidraad bepaalt aan welke voorwaarden de beschikbaarheidsvergoeding moet voldoen. Dat laat toe vergoedingen te vergelijken. De beschikbaarheidsvergoeding wordt ook meestal tot een netto contante waarde (NCW) verdisconteerd.

## **De architecturale en technische waarde van het ontwerpdeel**

Wanneer de DBFM-overeenkomst betrekking heeft op een belangrijke brug of een complex gebouw, kan de architecturale en/of technische waarde relevant zijn. Ook wanneer het gaat om technisch complexe ontwerpen kan een dergelijk criterium relevantie hebben. Een aandachtspunt bij de toetsing van het criterium 'architecturale waarde' is dat zo'n criterium al een gedeeltelijke uitvoering van het ontwerpdeel van de opdracht veronderstelt. De kandidaten zullen een beroep moeten doen op architecten en ingenieurs om hun bieding voor te bereiden. Ze zullen (betekenisvolle) kosten moeten maken om aan de gunningsprocedure deel te nemen op een ogenblik waarop zij geen enkele zekerheid hebben dat de DBFM-overeenkomst aan hen zal worden gegund. In een aantal projecten zijn die kosten bijzonder substantieel, hetgeen tot grote spanningen tussen de kandidaten en de overheid kan leiden. De overheid kiest er wel meer en meer voor die kosten (geheel of gedeeltelijk) te vergoeden via een zogenaamde biedvergoeding.

Het gebruik van dit gunningscriterium heeft verder als aandachtspunt dat de beoordeling van een ontwerp een belangrijke graad van subjectiviteit meebrengt. Het gewicht van dit criterium is in de meeste bestekken dan ook veeleer beperkt.

## **De technische kwaliteit van de bouw- en onderhoudsdeelen**

De toetsing van de technische kwaliteit van de bouw- en onderhoudsdeelen gebeurt vooral aan de hand van een toetsing van de overeenstemming van de voorstellen van de kandidaten met de outputspecificaties en het eventuele ambitieniveau of kwaliteitsniveau dat in voorkomend geval bijkomend aan de dag wordt gelegd. Veel aandacht gaat doorgaans naar de materialen en de technische methodes die de kandidaten toepassen.



## Het plan van aanpak

Verwacht wordt dat hij de verschillende onderdelen van zijn projectorganisatie en -aanpak voor de voorliggende opdracht verduidelijkt. Hij verschaft een gedetailleerde opgave van garanties, engagementen en maatregelen die hij zal nemen om de door hem aangegane verbintenissen te waarborgen. In het plan van aanpak geeft de opdrachtnemer zijn visie op de uitvoering van de DBFM-overeenkomst en het project weer, de manier waarop hij zal communiceren, hoe hij zijn verplichtingen zal concretiseren, de manier waarop hij omgaat met risico-beheer en risicoallocatie, enzovoort.

Verder krijgt procesbeheersing veel aandacht: Hoe gaan de kandidaten om met bepaalde risico's? Hoe tonen zij aan de fasering van het project te beheersen en te managen? Hoe beheersen zij de instandhouding en het onderhoud van de infrastructuur? Veel belang krijgen kwaliteits- en managementplannen. Bij bepaalde projecten wordt de technische kwaliteit van de offertes aan een risicoallocatiematrix (RAM) getoetst. De partijen beschrijven daarin de voornaamste risico's en de wijze waarop zij daarmee omgaan. Het is aan te bevelen dat de overheid zelf een model van risicoallocatiematrix ter beschikking stelt om te vermijden dat de matrixen van de inschrijvers onvergelijkbaar zijn. De overheid moet zich wel hoeden voor een offerte die er op papier geweldig uitziet, maar geen enkele reële garantie op een kwaliteitsvolle uitvoering biedt. Uiteraard bevat een overeenkomst doorgaans adequate sanctiemechanismen die elke niet-conforme uitvoering (in tegenstrijd met de overeenkomst of de output-specificaties) bestraft.

## De uitvoeringstermijn

De uitvoeringstermijn is bij DBFM-overeenkomsten veeleer zelden een gunningscriterium. De reden daarvoor is dat de private opdrachtnemer pas vanaf de beschikbaarheid van de infrastructuur een vergoeding ontvangt. Hij heeft er dus alle belang bij het gebouw of de infrastructuur zo snel als mogelijk aan de beschikbaarheidseisen te laten voldoen.

In sommige contracten wordt dit mechanisme aan een vaste contractduur gekoppeld. Wanneer de private partner de infrastructuur te laat oplevert, wordt hij twee keer gestraft: hij ontvangt pas later een eerste beschikbaarheidsvergoeding en krijgt bovendien minder beschikbaarheidsvergoedingen omdat het contract een vaste duurtijd heeft en nog steeds op het initieel vastgestelde moment zal aflopen. Omgekeerd ontvangt de private opdrachtnemer die de infrastructuur vroeger ter beschikking stelt, eerder beschikbaarheidsvergoedingen en ook meer vergoedingen. Het heeft dan weinig zin om een uitvoeringstermijn als gunningscriterium te hanteren. De private opdrachtnemer zal er immers alle baat bij hebben het project zo snel mogelijk beschikbaar te stellen.

## De financiële kwaliteit van de offerte / robuustheid

Aangezien de kandidaten voor de financiering van de overeenkomst moeten instaan, wordt van hen steeds een financieel model verwacht. De overheid zal dan de zogenaamde robuustheid ervan testen. Een financieel model is een spreadsheet samengesteld uit formules waarin een aantal veronderstellingen en scenario's over het verloop van het project zijn verwerkt. Het model houdt rekening met kosten, opbrengsten, investeringen, prijsstijgingen, rentestijgingen en belastingen. Een financieel model moet verschillende veronderstellingen en scenario's kunnen doorrekenen. Die scenario's bevatten alleszins een 'base case'-scenario waarop de offerte beoordeeld wordt.

De kandidaten moeten ook kunnen aantonen dat de SPV in minder gunstige scenario's haar verplichtingen kan honoreren. Uit het financieel model zal, bijvoorbeeld, moeten blijken hoe de SPV met het overschrijden van de beschikbaarheidsdatum en/of de realisatieprijs, met hoger oplopende onderhoudskosten, boetes en sancties of zelfs met de verbreking van de overeenkomst omgaat. Een financieel model kan worden gekoppeld aan een risicoallocatiematrix waarin de kandidaten aantonen hoe zij risico's beheersen (verzekeren, afwentelen op onderaannemers, bijzondere maatregelen enzovoort).

De financiële adviseurs van de overheid zullen het financieel model zelf testen en beoordelen. Het is aan te bevelen dat de overheid een aantal minimumvoorwaarden oplegt, zodat de modellen onderling kunnen worden vergeleken. Zo moeten uit het model een aantal ratio's kunnen worden afgeleid. De Annual Debt Service Cover Ratio (ADSCR) geeft aan of het project aan de jaarlijkse aflossing van de hoofdsom en de rente (*debt service*) kan voldoen. Hoe hoger de ratio, hoe hoger de marge die is genomen en hoe hoger het comfort van de financiers. De financiële kwaliteit van de offerte is vooral een manier om de ernst van de offerte en van de beschikbaarheidsvergoeding in het bijzonder te beoordelen.

### 3.3.6 Het verloop van de onderhandelingen bij een mededingingsprocedure met onderhandelingen

De onderhandelingen hebben als bedoeling de offertes aan te passen aan de behoeften van de overheid. Het is evident is dat het gelijkheidsbeginsel daarbij gerespecteerd wordt en dat alle inschrijvers dezelfde informatie krijgen.

In de regel wordt de procedure gestructureerd in meerdere rondes: een eerste offerte, eventueel een tweede offerte en tot slot een 'best and final offer' (BAFO). Wanneer dit op voorhand werd medegedeeld in de opdrachtdocumenten, is het toegelaten dat de aanbestedende overheid werkt met een gefaseerde eliminatie.

Tussentijds, dus tussen de rondes, beoordeelt de aanbestedende overheid in dat geval de offertes en elimineert ze gemotiveerd een of meer partijen op basis van hun rangschikking. Zo kunnen bijvoorbeeld vijf partijen uitgenodigd worden voor een eerste offerte, waarvan er na een eerste ronde nog drie overblijven. Van belang is wel dat in de laatste ronde nog voldoende concurrentie overblijft. Het is bijgevolg niet aangewezen en potentieel zelfs onwettig om via gefaseerde eliminatie door te elimineren naar één partij voor de BAFO tenzij er onvoldoende geschikte inschrijvers waren.

De mogelijkheid om alle inschrijvers bij meerdere onderhandelingsrondes te betrekken is hoe dan ook intensief en tijdrovend voor de publieke en de private partijen. De overheid heeft geen andere keuze dan het resultaat van elke onderhandelingsronde met de kandidaten in verslagen, documenten of terechtwijzende berichten te formaliseren.

Het lijkt daarom aangewezen, na een diepgaand onderzoek van de eerste offertes, de onderhandelingen vrij vroeg tot drie kandidaten te beperken, als dit al niet gebeurd is naar aanleiding van de selectie.

In de meeste gevallen houdt de overheid een strikte controle aan over de agenda en de timing van de onderhandelingen. Overheden laten het weliswaar aan de inschrijvers over om voorstellen voor een verdere optimalisering van hun offerte te doen, maar onderhandelingen worden door en op initiatief van de overheid georganiseerd. Deze laatste behoudt zich in de regel de vrijheid voor te beslissen over welke onderwerpen zij wenst te onderhandelen.

Veelal legt de overheid bovendien een strikt tijdsschema op waaraan de inschrijvers zich dienen te houden. Dat hangt ook samen met het gelijkheidsbeginsel: alle partijen krijgen tijdens de procedure dezelfde kansen.

Onderwerpen die de deelnemers aan de onderhandelingen wensen te behandelen, moeten in de praktijk schriftelijk en vóór de start van de onderhandelingen aan de overheid worden overgemaakt. Meestal bevat het bestek clausules in die zin. Bovendien is het gebruikelijk om principiële vast te leggen dat er, afgezien van geformaliseerde onderhandelingsmomenten, géén andere contacten tussen de deelnemers en de overheid plaatsvinden. Dat is evident ook ingegeven vanuit overwegingen van transparantie, objectiviteit en gelijke behandeling.

Nadat een of meerdere onderhandelingsrondes werden doorlopen, besluit de overheid de onderhandelingen door de uitvraag van een BAFO. Daarna gaat ze, na eventuele verduidelijkingen, over tot gunning (of uitzonderlijk niet-gunning) van de opdracht.

De Overheidsopdrachtenwet omschrijft dit als volgt:

Wanneer de aanbestedende overheid voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt zij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt zij een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste offertes. De aanbestedende overheid controleert of de definitieve offertes voldoen aan de minimumeisen en overeenstemmen met artikel 66, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet, beoordeelt de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht krachtens de artikelen 79 tot 84 van de Overheidsopdrachtenwet.

### **3.3.7 Het verloop van de concurrentiegerichte dialoog**

Het verloop van de concurrentiegerichte dialoog verloopt in de praktijk ook in verschillende rondes en sessies. Het beschrijvend document bevat normaal gezien een uitgebreide beschrijving hiervan.

Klassiek start bijvoorbeeld een eerste dialoogronde, al dan niet na de uitvraag van dialoogproducten (bijvoorbeeld een eerste voorstel van ontwerp of oplossing en een eerste inschatting van de kosten) met verschillende sessies: bijvoorbeeld een sessie over het ontwerp, een sessie over de risico's en de financieel en juridische aspecten. Daarna wordt een uitvraag opgestart voor nieuwe dialoogproducten die besproken zullen worden in volgende sessies.

Merk op dat het net zoals bij de mededingingsprocedure met onderhandelingen toegelaten is om met een vorm van gefaseerde eliminatie te werken. De Overheidsopdrachtenwet erkent dit uitdrukkelijk. De concurrentiegerichte dialoog kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal in de dialoofase te bespreken oplossingen wordt beperkt door de gunningscriteria uit de aankondiging van een opdracht of in het beschrijvend document toe te passen. De overheid vermeldt in de aankondiging van een opdracht of in het beschrijvende document of ze van die mogelijkheid gebruik zal maken.

De overheid zet de dialoog verder tot ze kan aangeven met welke oplossing(en) in haar behoeften kan worden voorzien.

Nadat de overheid heeft verklaard dat de dialoog is afgesloten en de resterende deelnemers daarvan op de hoogte zijn gebracht, verzoekt zij ieder van hen hun

definitieve offerte op basis van de tijdens de dialoog voorgelegde en gespecificeerde oplossing(en) in te dienen. Deze offertes bevatten alle vereiste en noodzakelijke elementen voor de uitvoering van het project.

De overheid kan wel nog verzoeken om de offertes te verduidelijken, te preciseren of nauwkeuriger te omschrijven. Dit mag echter geen wijziging van de offerte of van de overheidsopdracht inhouden op essentiële punten, daaronder begrepen de in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document vermelde behoeften en eisen, wanneer daardoor de mededinging verstoord dreigt te worden of discriminatie dreigt te ontstaan.

De overheid beoordeelt de ontvangen offertes op basis van de in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document vastgestelde gunningscriteria.

### **3.3.8 De contractsluiting**

Finaal wordt het contract ondertekend. Dit is de zogenaamde *contractual of contract close*.

Wanneer financial close en contract close niet samenvallen, krijgt de private opdrachtnemer na de contractual close nog een periode om tot financial close te komen. Die tijd kan hij gebruiken om de financieringsovereenkomsten af te ronden. Vanwege het belang van de financial close kan de overheid een forfaitaire sanctie bedingen die door de opdrachtnemer moet worden betaald als hij geen financial close bereikt.

## **3.4 Het vergunningentraject**

Het is mogelijk dat de contractual close afhankelijk wordt gemaakt van het doorlopen van een voortraject of vergunningstraject. Aangezien een DBFM-overeenkomst een geïntegreerde overeenkomst is waarbij ook het ontwerp van de infrastructuur aan de private opdrachtnemer wordt toevertrouwd, is het onvermijdelijk dat die opdrachtnemer bij het verkrijgen van de voornaamste vergunningen betrokken is en er zelfs in ruime mate verantwoordelijkheid voor draagt.

Toch staan private opdrachtnemers in de regel huiverachtig tegenover het dragen van het risico op het niet-verkrijgen van een vergunning. De reden daarvoor is dat aan de vergunningen voor grote projecten altijd een belangrijk politiek

risico is verbonden. De vergunning kan geweigerd worden of ze kan slechts met belangrijke vertraging of onder bepaalde voorwaarden worden toegekend. Private opdrachtnemers argumenteren dat overheden dat politiek risico beter kunnen beheersen en daarom de vergunning het best in eigen naam aanvragen. Bovendien kunnen ook omwonenden of tegenstanders van het project de vergunning voor de burgerlijke of administratieve rechter aanvechten, waardoor onzekerheid ontstaat over het voortbestaan van de vergunningen en dus van het project. Dat politiek risico wordt door private opdrachtnemers en hun financiers bijzonder ernstig genomen.

Om aan die bekommernissen tegemoet te komen, gebeurt het in de praktijk soms dat de zogenaamde basisvergunningen, in de praktijk de omgevingsvergunning die voor de bouw en desgevallend de exploitatie van het project nodig zou zijn, door de private opdrachtnemer worden voorbereid, maar door de overheid worden ingediend. De contacten met de vergunningverlenende overheid verlopen dan via de opdrachtgevende overheid. Het risico dat de vergunningen niet of laat worden verkregen of succesvol worden aangevochten is in dat scenario een overheidsrisico of in sommige gevallen een gedeeld risico. De zogenaamde secundaire vergunningen, (meestal tijdelijke) vergunningen die met de werkzaamheden van de private opdrachtnemer verband houden (zoals een vergunning voor een tijdelijke, mobiele bouwplaats), blijven geheel ten laste van de private opdrachtnemer en zijn bijgevolg een risico voor hem.

De omstandigheid dat het verkrijgen van de primaire vergunningen een overheidsrisico is of een gedeeld risico doet dus geen afbreuk aan het feit dat het voorbereiden en opstellen van de vergunningsaanvragen meestal toch aan de private opdrachtnemer wordt toevertrouwd.

Omgevingsvergunningen worden vaak door de overheid aangevraagd, maar voorbereid door de private partner.

### **3.5 Wat met een reken- of ontwerpvergoeding?**

Een vaak gehoorde kritiek van inschrijvers voor een DBFM-project zijn de grote offertekosten die met een deelname aan een gunningsprocedure gepaard gaan. Voor de inschrijvers die de opdracht niet binnenhalen, vormt dit een groot probleem.

Meer en meer voorziet de overheid in een (beperkte) reken- of ontwerpvergoeding, al wordt de grootte van die vergoeding slechts als een kleine fractie van de totale studiekosten beschouwd. Private partijen pleiten er daarom al langer voor om de rekenvergoeding voor grote infrastructuurprojecten aanzienlijk te verhogen. Zij zien hiervoor een aantal voordelen. Zo zou het enthousiasme voor PPS aangezwengeld worden wanneer er voor alle private partijen een aanzienlijke vergoeding tegenover hun input staat. Dat zou dan weer concurrentieverhogend werken, nu ook kleinere marktspelers hun transactiekosten deels vergoed zouden zien. De budgettaire ruimte van de overheid is echter in veel gevallen beperkt. Een mogelijke oplossing bestaat er soms in de betaling van de vergoeding over te laten van het winnend consortium. Dat rekent die kosten dan wel door aan de overheid via de beschikbaarheidsvergoeding, zodat de overheid uiteindelijk veel meer zal betalen (onder meer door de financieringskosten die dat meebrengt) dan wanneer ze de biedvergoeding zelf direct betaalt.

Om de deelname aan DBFM-projecten te stimuleren, wordt aanbevolen dat de overheid in een redelijke biedvergoeding voorziet.



**DBFM VAN BINNENIN  
BEKEKEN**



# 1 Inleiding

Een bestek, of in hedendaagse terminologie de opdrachtdocumenten van een DBFM-project, bestaat in de gunningsfase meestal uit een gunningsleidraad en een ontwerp van DBFM-overeenkomst met talrijke bijlagen en outputspecificaties.

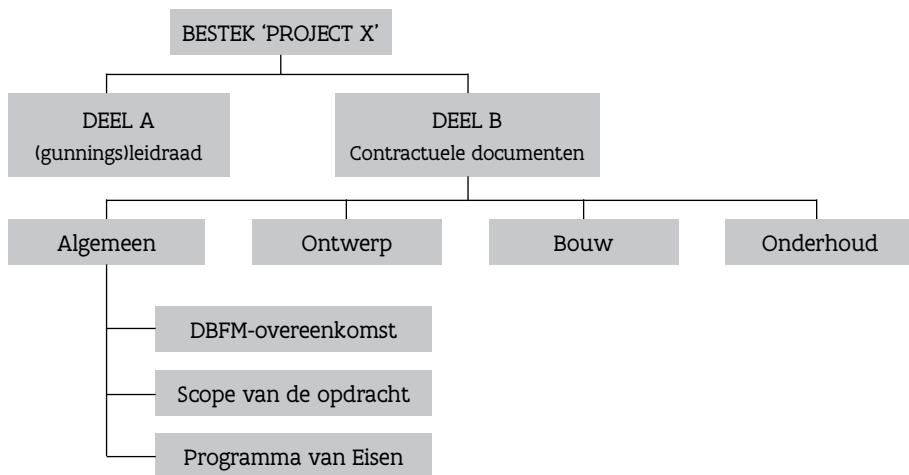
De *gunningsleidraad* bevat de regels die de opdrachtgevende overheid overeenkomstig de overheidsopdrachtenreglementering heeft vastgesteld om haar medecontractant aan te duiden. Hij bevat de spelregels die de gunningsprocedure zullen beheersen: de keuze en de verantwoording van de gunningswijze en de gunningscriteria, de wijze waarop de offertes moeten worden ingediend, de rechten en plichten van de partijen tijdens de gunningsprocedure.

De *DBFM-overeenkomst* bevat de contractuele voorwaarden die gedurende de uitvoering van de overeenkomst zullen gelden, dat wil zeggen: vanaf het ogenblik van contractsluiting tot de overdracht van de infrastructuur bij afloop van de overeenkomst.

De *outputspecificaties* bevatten dan weer een omschrijving van de technische voorwaarden van de opdracht.

Sterk vereenvoudigd ziet het bestek voor een DBFM-project eruit zoals in Figuur 4.

Figuur 4: Bestek van een DBFM-project



Vooralsnog bestaat er in Vlaanderen geen uniforme DBFM-overeenkomst. In de loop van de jaren hebben zich in de praktijk wel een aantal modellen ontwikkeld, veelal geïnspireerd op de Nederlandse standaardovereenkomsten inzake DBFM. Belangrijk waren daarbij ook de inspanningen van het Vlaams Kenniscentrum PPS dat ontwerpleidraden en overeenkomsten publiceerde op zijn website. Daarbij werd in het bijzonder een soort gestandaardiseerd en vereenvoudigd model gemaakt voor kleinere DBFM-projecten in de vastgoedsector.

De contracten die circuleren hebben in de regel een aantal elementen gemeenschappelijk. Vaak zijn er immers zelfde onderwerpen en zelfs bijna identieke bepalingen te vinden. Dat hoeft niet te verwonderen omdat al die contracten hetzelfde mechanisme proberen in te voeren.

De volgende onderwerpen krijgen daarbij doorgaans de meeste aandacht:

1. definities;
2. kernverplichtingen;
3. de contractduur;
4. de financiering;
5. outputspecificaties;
6. de fasering van het projectverloop;
7. het betalings- en prestatiemechanisme
8. prijsherziening, benchmarking en market testing;
9. de bijzondere omstandigheden;
10. wijzigingen;
11. tekortkomingen;
12. waarborgen en garanties;
13. de waarborgtermijn;
14. de gronden voor voortijdige beëindiging en de beëindigingsvergoedingen;
15. overlegstructuur en geschillenbeslechting;
16. de directe overeenkomst;
17. aansprakelijkheden en vrijwaringen van de overheid;
18. intellectuele eigendomsrechten;
19. het verzekeringspakket;
20. communicatie;
21. slotbepalingen.

Hierna gaan we nader in op deze onderwerpen. We volgen zo nauwkeurig mogelijk de volgorde die in de meeste DBFM-overeenkomsten voorkomt.

De bovenstaande opsomming toont aan dat DBFM-overeenkomsten integrale overeenkomsten zijn, met andere woorden: de opstellers van een DBFM-overeenkomst pogen alle mogelijke rechten en verplichtingen in de overeenkomst vast te leggen. Daarnaast voorzien ze in mechanismen die bijna exhaustief alle mogelijke voorvallen regelen die een invloed hebben op die rechten en verplichtingen. Dit wordt in de praktijk ook uitdrukkelijk in de overeenkomsten opgenomen, doordat wordt bepaald dat de DBFM-overeenkomst alle rechten en verplichtingen van de partijen omvat.

De bedoeling hiervan is enerzijds dat de partijen bij een DBFM-overeenkomst zo weinig mogelijk op het aanvullend recht moeten terugvallen, namelijk de Algemene Uitvoeringsregels van de regelgeving overheidsopdrachten en/of het burgerlijk recht. Toch betekent dit niet dat alle bepalingen van de DBFM-overeenkomst afwijken van de Algemene Uitvoeringsregels of het Burgerlijk Wetboek. Vaak is de contractuele bepaling gewoon een overname of verbijzondering hiervan.

Een DBFM-overeenkomst is dus opgesteld in een eigen logica die alomvattend probeert te zijn. Het aanvullend recht is immers dikwijls niet aangepast aan de noden van de opdrachtgevende overheid en de private partner, in contracten respectievelijk aangeduid als overheid en opdrachtnemer in het raam van een DBFM-overeenkomst. Die integrale benadering berust overigens niet volledig op toeval. DBFM-overeenkomsten hebben een Anglo-Amerikaanse oorsprong. In common-lawstelsels is het eigen aan contracten om alle rechten en verplichtingen zo uitgebreid mogelijk te regelen in het contract zelf. Bovendien zijn er ook prikkels vanuit ESR en vanuit financieringsoogpunt om in het contract zo veel mogelijk te regelen en dus duidelijkheid te verschaffen over alle rechten en verplichtingen. Zo noopt een ESR-neutrale structurering immers tot een limitatieve opsomming van gevallen van overmacht. DBFM-overeenkomsten verschillen daarmee sterk van klassieke overheidsopdrachten, die teruggrijpen naar open clausules uit de regelgeving inzake overheidsopdrachten. In het raam van de financiering zullen financiers en hun adviseurs op hun beurt het contract uitgebreid analyseren. Daarbij hebben zij bepaalde verwachtingen inzake de inhoud van die contracten. Dat DBFM-contracten in de meeste Europese landen, los van enkele nationale eigenheden, er ongeveer hetzelfde uitzien, hoeft dan ook niet te verwonderen.

Anderzijds is het de bedoeling de rechten en verplichtingen te beperken tot wat is opgenomen in de overeenkomst die uiteindelijk werd ondertekend. Elementen uit de plaatsingsprocedures zijn dus van geen tel meer, evenmin als de in het licht daarvan gevoerde besprekingen en biedingen.

Ondanks de volledigheid die wordt nagestreefd staat het contract juridisch gezien nochtans nooit op zich. Zo is (nog) steeds rekening te houden met zaken zoals de algemene principes van behoorlijk bestuur en principes zoals de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw, net als het feit dat partijen geacht worden steeds loyaal samen te werken. Dit laatste hoeft echter geenszins een probleem te vormen. Goede samenwerking en behoorlijk en zorgvuldig handelen is immers per definitie net de kern van iedere publiek-private samenwerking.

Waar dat relevant is, wordt in dit deel telkens de link gelegd naar de specifieke ESR-bepalingen die betrekking hebben op de verschillende thema's. Overheden streven er vaak naar om een overeenkomst ESR-neutraal te maken, zodat de budgettaire impact van het project gespreid kan worden over de volledige contractduur. Dat is met name van belang voor federale en regionale overheden. De lokale overheden in Vlaanderen zijn onderworpen aan de BBC-regels<sup>28</sup> en hanteren bijgevolg een andere set van regels om de budgettaire impact van een project te bepalen.

Hoewel de begrotingsimplicaties van een project belangrijk zijn in een overheidscontext, mogen ze de keuze voor een bepaalde uitvoeringsvorm niet beheersen. DBFM is een uitvoeringsvorm die onmiskenbaar 'value for money' kan betekenen wanneer het correct wordt toegepast voor de realisatie van daartoe geschikte projecten.

---

28 BBC: Beleids- en Beheerscyclus.

## 2

# Definities

---

DBFM-overeenkomsten werken in de regel met vooraf gedefinieerde begrippen, aangeduid door het gebruik van een hoofdletter in het contract. Zo worden interpretatiegeschillen uitgesloten. Het belang van een aangepaste definitie is niet te onderschatten. Een juist begrip of de juiste toepassing van een bepaling hangt immers in een belangrijk geval van de precisie en de juistheid van de definitie af.

We noemen enkele typische begrippen die in een DBFM-overeenkomst opduiken.

- *Aanvangsdatum*: de datum [gelegen [λ] Werkdagen na de datum] waarop het Aanvangscertificaat door de Opdrachtgever is afgegeven. Als voor een bepaling van deze Overeenkomst een tijdstip op de Aanvangsdatum van belang is, wordt, tenzij expliciet anders bepaald, dit tijdstip gesteld op 24.00 uur.
- *Directe overeenkomst*: de op de datum van Financial Close ondertekende overeenkomst tussen de Opdrachtgever, de Security agent / Security Trustee en de opdrachtnemer en die als een bijlage aan de DBFM-overeenkomst aangehecht is.
- *Financial Close*: de datum waarop de opschortende voorwaarden die zijn opgenomen in de Financieringsovereenkomsten zijn vervuld of vervallen.
- *Geval van Overmacht*: de omstandigheid dat de opdrachtnemer onvermijdelijk niet of slechts met Financieel Nadeel aan zijn verplichtingen op grond van deze Overeenkomst kan voldoen, of de Opdrachtgever onvermijdelijk niet of slechts tegen hogere kosten aan zijn verplichtingen op grond van deze Overeenkomst kan voldoen, voor zover die omstandigheid (i) niet kwalificeert als een Geval van Vergoeding en (ii) het gevolg is van een of meer van de volgende gebeurtenissen of omstandigheden: (a) een Verstoring van de Financiële Markten die zich voordoet vóór Financial Close; (b) oorlog, burgeroorlog, terroristische acties, vijandige daden, rebellie of gewapende opstand; (c) nucleaire explosies of ontploffing van explosief materiaal, voor zover niet veroorzaakt door de opdrachtnemer; (d) ioniserende straling of radioactieve, chemische of biologische verontreiniging, voor zover ontstaan na de Contractdatum en niet veroorzaakt door de opdrachtnemer; (e) een neerstortend lucht- of ruimtevaartuig (of een onderdeel daarvan) of een drukgolf als gevolg van een supersonisch vliegtuig; (f) inslag van een meteoriet, vulkanische uitbarsting of een orkaan; (g) een aardbeving met een kracht groter dan 6 op de schaal van Richter; of (h) een overstroming anders dan als het gevolg van lokale neerslag [of als gevolg van lekkage van de Infrastructuur], die niet is veroorzaakt door de opdrachtnemer.

# 3

## Kernverplichtingen

---

### 3.1 Verplichtingen van de opdrachtnemer

Hoger hebben we al uiteengezet dat de kernverplichtingen van de opdrachtnemer in een DBFM-project uit het ontwerpen, het bouwen, het financieren en het onderhouden van bepaalde infrastructuur of gebouwen bestaan.

De contracten bepalen meestal dat de opdrachtnemer alle werkzaamheden moet verrichten om het beschikbaarheidscertificaat te verkrijgen en vervolgens alle werkzaamheden moet verrichten om vanaf de beschikbaarheidsdatum de infrastructuur beschikbaar te maken en houden in overeenstemming met de overeenkomst. Ook moet de opdrachtnemer alle diensten verrichten in overeenstemming met de overeenkomst.

Klassiek is ook dat wordt bepaald dat alle kosten die de opdrachtnemer moet maken om zijn verplichtingen na te komen voor zijn rekening zijn. Ook geldt dat, welke omstandigheden en gebeurtenissen zich ook voordoen, hij geen recht heeft op betaling door de opdrachtgever of uitstel dan wel opschorting, tenzij anders bepaald in de overeenkomst.

De opdrachtnemer heeft onder een DBFM-contract een grote vrijheid om binnen de outputspecificaties, die door de overheid worden opgesteld, en binnen het geldend reglementair kader, het bouwproject zodanig te ontwerpen dat het gedurende de volledige duurtijd van de overeenkomst tegen een concurrentiële kost aan de beschikbaarheidsvoorwaarden blijft beantwoorden. De ontwerp-opdracht vangt overigens meestal al in de aanbestedingsfase aan. Niet zelden worden offertes van gegadigde kandidaten ook op basis van de kwaliteit van het ontwerp beoordeeld en wordt daarover zelfs onderhandeld. In het contract wordt vaak ook opgenomen dat de overheid het ontwerp moet goedkeuren alvorens er gebouwd kan worden. Uitzonderlijk komt het ook voor dat de overheid op voorhand zelf het ontwerp of een deel ervan op zich neemt. De opdrachtnemer staat dan voornamelijk nog in voor de engineering van de infrastructuur.

Als ESR-neutraliteit van het contract wordt nagestreefd is enige voorzichtigheid geboden. Het feit dat de overheid het ontwerp moet goedkeuren of *reviewen*, of zelfs ontwerpactiviteiten op zich neemt, is niet problematisch op voorwaarde dat ze daarmee niet de aansprakelijkheid op zich neemt voor vertragingen of gebreken in de bouw, kostenoverschrijdingen of overschrijdingen van onderhoudskosten

en operationele kosten, of inzake gebreken bij de operationele werking van de infrastructuur. In het andere geval is dit voor Eurostat een belangrijk element om mee te wegen bij de beoordeling van de ESR-neutraliteit van het contract.

Belangrijk is dus de ontwerp- en bouwverantwoordelijkheid in handen van de opdrachtnemer te leggen en te houden. De opdrachtnemer staat dan in voor onder meer de veiligheids- en arbeidsomstandigheden<sup>29</sup>, de kwaliteitsborging, de bouwplanning en het tijdig verkrijgen van de (secundaire) vergunningen.

Door de financiering in handen van de opdrachtnemer te leggen, rust op de opdrachtnemer ten slotte de verantwoordelijkheid om niet alleen in de financiering te voorzien, maar ook om een optimalisatie van de financiële middelen na te streven.

De opdrachtnemer moet de infrastructuur ontwerpen, aanleggen, financieren en beschikbaar stellen en houden in overeenstemming met de DBFM-overeenkomst en al haar bijlagen. De infrastructuur moet voldoen aan de outputspecificaties, maar ook aan de regelgeving.

## Het ontwerp

Het feit dat de opdrachtnemer zal instaan voor de beschikbaarheid brengt mee dat de private partner gedurende een heel lange periode voor het onderhoud instaat. Afhankelijk van het type van infrastructuur dat het voorwerp van de DBFM-overeenkomst uitmaakt, kan de duur van de onderhoudsperiode van tien tot zelfs veertig jaar variëren. Het onderhoud betreft in ieder geval het zogenaamde eigenaarsonderhoud (waarbij vervangingsinvesteringen moeten worden gemaakt) en vaak, maar zeker niet altijd, het zogenaamde klein(ere) onderhoud, vaak bestempeld als huurdersonderhoud.

Het is belangrijk dat eisen van de opdrachtgevende overheid om de beschikbaarheid van de infrastructuur te garanderen met zin voor realiteit gedefinieerd worden. Daarbij moet specifieke aandacht gaan naar het voorwerp van het onderhoud dat die eisen zullen meebrengen (bijvoorbeeld eigenaars- of huurdersonderhoud), de servicelevels, de verantwoordelijkheden met betrekking tot inspecties en controles, de mechanismen voor prijsherziening en de opdrachtseisen, enzovoort.

---

<sup>29</sup> Deze verplichtingen zijn, minstens in hun principe, ook te vinden in de Algemene Uitvoeringsregels.

De opdrachtnemer zal in zijn financieel model de kosten voor het onderhoud voorspellen op basis van een opgesteld onderhoudsplan. Het risico dat gepaard gaat met de beoordeling van (1) de omvang van het gewoon onderhoud in de loop van de overeenkomst, (2) de infrastructuuronderdelen die gedurende de duurtijd van het DBFM-overeenkomst aan vervanging toe zijn, (3) wanneer dat moet gebeuren en (4) hoeveel het zal kosten, is een risico dat bij de opdrachtnemer ligt. Het is in beginsel niet aan de overheid om hierin tussen te komen.

De opdrachtgevende overheid moet de beschikbaarheidseisen vastleggen. Hoge of strenge eisen werken sterk kostenverhogend, aangezien ze een impact zullen hebben op het onderhoudsregime.

## **3.2 Verplichtingen van de opdrachtgever**

DBFM-overeenkomsten bevatten ook een of meer bepalingen die de (kern)verplichtingen van de opdrachtgever vastleggen. Die bepalingen zijn vaak tamelijk summier. Ze leggen de opdrachtgever op om de beschikbaarheidsvergoeding te betalen in de periode tussen het beschikbaarheidscertificaat tot en met de einddatum. Ook wordt bepaald dat de opdrachtgever zijn andere verplichtingen op grond van de overeenkomst moet naleven. De overeenkomst bevat echter doorgaans weinig andere expliciete verplichtingen voor de opdrachtgever. Voorbeelden zijn: het projectgebied tijdig toegankelijk maken, vergunningen aanvragen of bijstand verlenen bij het aanvragen van de vergunningen, termijnen respecteren bij goedkeuringsprocedures.



# 4

## De contractduur

---

De DBFM-overeenkomst moet de contractduur specificeren. Doorgaans heeft het project een looptijd die een bouwfase en een beschikbaarheidsfase omvat.

De keuze voor de eigenlijke contractduur ligt bij de overheid. Die houdt daarbij in de regel rekening met de geraamde levensduur van de infrastructuur. Meestal wordt geopteerd voor een periode van vijftien à 35 jaar. Ook andere elementen, zoals bijvoorbeeld de restwaarde of de financieringsmogelijkheden voor de opdrachtnemer, kunnen relevant zijn bij het vastleggen van de contractduur.

De opdrachtgever moet vooraf bepalen of de contractduur van de beschikbaarheidsfase vast en invariabel is, dan wel variabel en flexibel. In het eerste geval houdt de overheid geen rekening met de werkelijke begindatum van de beschikbaarheidsfase. Wanneer op de aanvankelijk bepaalde datum waarop de infrastructuur beschikbaar zou zijn de bouwfase nog geen einde genomen heeft, verkort de beschikbaarheids- of onderhoudsfase. In het tweede geval neemt de duur van de beschikbaarheidsfase pas een aanvang vanaf de werkelijke datum van beschikbaarheid van de infrastructuur. Een vaste of inflexibele contractduur zet dus een zeer grote druk op de opdrachtnemer om de infrastructuur tijdig beschikbaar te stellen. Wanneer de infrastructuur niet tijdig ter beschikking is, zal de opdrachtnemer niet alleen geen beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen, maar zal bovendien de contractduur de facto verminderen. De opdrachtnemer zal in het totaal niet alleen later, maar ook minder beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen.

Een aandachtspunt valt wel te formuleren wanneer ESR-neutraliteit van de DBFM-overeenkomst wordt nagestreefd. Eurostat heeft immers bijzondere regels uitgevaardigd voor PPS/DBFM-contracten, maar heeft aangegeven dat er voor hen pas sprake is van PPS wanneer het contract ten minste tien jaar duurt. Eurostat eist bovendien dat het actief een economische levensduur heeft die langer is dan de originele contractduur van de PPS-overeenkomst. Ook wordt vereist dat het contract een betekenisvolle periode inneemt van de levensduur van het actief. Men verwacht daarbij dat tijdens de duur minstens een groot onderhoud of vervanging van belangrijke onderdelen van de infrastructuur of het gebouw dient te gebeuren in een normale onderhoudscyclus.

# 5

## De financiering

---

Een DBFM-overeenkomst bevat doorgaans weinig bepalingen met betrekking tot de financiering. Het is de verantwoordelijkheid van de private partner om de financiering te structureren. Zoals al aangegeven in Deel I bestaat de financiering van de projectvennootschap doorgaans uit een beperkt deel eigen vermogen en een groot deel vreemd vermogen.

Het moment waarop de financieringsovereenkomst(en) worden afgesloten, de financial close, valt niet steeds samen met het afsluiten van de DBFM-overeenkomst. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer in de tussentijd de basisvergunningen verkregen moeten worden. In dat geval spreken we van een *split close*. Het is voor een overheid zeer belangrijk om de verschillende mogelijkheden op dit vlak tegen elkaar af te wegen. Soms kan het aangewezen zijn om ook de contractual close uit te stellen tot wanneer de basisvergunningen zijn afgeleverd.

Bij een split-closescenario is het goede praktijk om de beschikbaarheidsvergoeding te corrigeren voor de gewijzigde financieringskosten ten opzichte van de geraamde financieringskosten in de finale offerte. De gestanddoeningstermijn van het financieringsvoorstel voor het vreemd vermogen (maximaal zes maanden in de huidige markt) zal namelijk verlopen zijn op het ogenblik dat de basisvergunningen afgeleverd zijn en de partijen overgaan tot financial close.

De overheid kan een rol opnemen in de financiering van een project. Dat kan ze doen op verschillende manieren:

- Door de betaling van een mijlpaalvergoeding aan het einde van de constructieperiode (bijvoorbeeld bij het behalen van het beschikbaarheidscertificaat). Zo vermindert de behoefte aan langetermijnfinanciering.
- Door zelf een lening te verstrekken aan de projectvennootschap.
- Door deel te nemen in het eigen vermogen van de projectvennootschap onder de vorm van kapitaal en/of een aandeelhouderslening.
- Door garanties te verstrekken aan vreemdvermogenverschaffers. Op die manier kan de projectvennootschap makkelijker en goedkoper geld aantrekken. De overheid garandeert in dit geval de terugbetaling van (een deel van) de financiering.

Deze vormen van tussenkomst in de financiering hebben een belangrijke invloed op het ESR-neutraal karakter en zullen er in veel gevallen toe leiden dat een project in de boeken van de overheid terechtkomt. Dat is begrijpelijk, aangezien door deze tussenkomst de risicoverdeling tussen de private en publieke partner ernstig wordt beïnvloed. Belangrijk om in dit verband ook te vermelden is dat leningen verstrekt door de Europese Investeringsbank (EIB) voor ESR-doeleinden worden beschouwd als een private financiering.

Een DBFM-overeenkomst bevat doorgaans bepalingen met betrekking tot herfinanciering. Ze leggen de regels vast die van toepassing zijn in het geval dat de opdrachtnemer een nieuwe financieringsovereenkomst wil afsluiten tijdens de looptijd van de DBFM-overeenkomst. Een opdrachtnemer zal dit wensen te doen wanneer hij van mening is dat de nieuwe financiering kan worden afgesloten tegen gunstigere voorwaarden dan de huidige financiering. In sommige gevallen kan het ook zijn dat een opdrachtnemer door zijn financier(s) verplicht wordt om een nieuwe financiering aan te gaan en zo de bestaande financiering af te lossen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de looptijd van de financiering aanzienlijk korter is dan de looptijd van de DBFM-overeenkomst (de zogenaamde *mini-permfinanciering*).

De DBFM-overeenkomst bepaalt doorgaans de procedure die door de opdrachtnemer gevolgd moet worden wanneer hij de intentie heeft om een herfinanciering door te voeren. De opdrachtgever zal inzage willen in de aanpak van de opdrachtnemer om zo gunstig mogelijke voorwaarden te verkrijgen bij het aangaan van de nieuwe financiering. Ook zal de overeenkomst bepalen hoe het financieel voordeel dat met de herfinanciering verkregen wordt, verwerkt zal worden. De meeste overeenkomsten bepalen dat een deel van het voordeel moet toekomen aan de opdrachtgever, bijvoorbeeld in de vorm van een verlaging van de toekomstige beschikbaarheidsvergoedingen. Eurostat is van mening dat binnen een ESR-neutrale overeenkomst maximaal een derde van het herfinancieringsvoordeel aan de overheid mag toekomen.

# 6 De output-specificaties

---

## 6.1 Inleiding

De overheid betaalt gedurende de duurtijd van de overeenkomst voor de beschikbaarheid van de gebouwde infrastructuur. Die infrastructuur wordt als beschikbaar beschouwd wanneer ze aan vooraf door de overheid vastgestelde eisen voldoet. De opdrachtnemer heeft gedurende de bouwfase in beginsel een grote vrijheid om de wijze te kiezen waarop die beschikbaarheid wordt gegarandeerd. De integratie van ontwerp, bouw, financiering en onderhoud in één DBFM-overeenkomst moet ertoe leiden dat de opdrachtnemer op een zo efficiënt mogelijke wijze de door de overheid verlangde beschikbaarheid garandeert. Die vrijheid voor de opdrachtnemer wordt echter gestuurd door outputspecificaties of een programma van eisen dat de overheid aan het project stelt.

Die werkwijze verschilt heel erg van de werkwijze bij klassieke overheidsopdrachten, waarbij de overheid in een technisch lastenboek op gedetailleerde wijze aan de opdrachtnemer oplegt hoe de infrastructuur gebouwd moet worden. Bij DBFM-projecten legt de overheid alleen eisen op waaraan de infrastructuur moet voldoen. Binnen de grens van die eisen wordt aan de opdrachtnemer een belangrijke vrijheid gelaten. Meer bepaald moet hem de vrijheid worden gelaten om maximaal het voordeel van geïntegreerde contracten te benutten. Alleen zo ontstaat er ruimte voor de opdrachtnemer om een goede prijs-kwaliteit-verhouding te geven. Kortom, de outputspecificaties moeten uiteenzetten *wat* de overheid wenst te bereiken, niet *hoe* dat moet worden bereikt. Het verschil met de klassieke overheidsopdrachten heeft als gevolg dat de DBFM-overeenkomst op heel wat vlakken van de Algemene Uitvoeringsregels afwijkt. Zo wordt er bijvoorbeeld geen opmetingsstaat bij de offerte opgemaakt en moeten evenmin verrekeningen worden doorgevoerd wegens zogenaamde regularisaties van vermoedelijke hoeveelheden, meerwerken of minwerken. De outputgerichte aanpak van DBFM-projecten zorgt ervoor dat de overheid zich niet in detail met de bouwprijs bemoeit. Alleen de in de DBFM-overeenkomst contractueel voorziene mechanismen zoals de prijsherzieningsformule en de wijzigingsprocedure zijn nog van tel.

Het vereiste outputniveau voorschrijven is voor de overheid geen eenvoudige opdracht. Het moet gericht zijn op wat in de toekomst vereist is, niet op hetgeen waarmee de overheid tot nu toe vertrouwd is. Een referentiekader waartegen de overheid de kwaliteit en de prijs van de kandidaten zal aftoetsen (benchmarking) kan toelaten die doelstelling te bereiken.

De outputspecificaties omvatten drie soorten eisen. In wat volgt gaan we dieper op deze verschillende outputspecificaties.

- Beschikbaarheidseisen (ook openstellingseisen): eisen waaraan de infrastructuur moet voldoen om beschikbaar te worden gesteld. Het vervullen ervan leidt tot de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding. Dit impliceert dat voortdurend aan deze eisen moet voldaan zijn tijdens de operationele fase.
- Voltooiingseisen: eisen waaraan de infrastructuur moet voldoen om als volledig voltooid te worden beschouwd.
- Overdrachtseisen: eisen waaraan de infrastructuur op het einde van de DBFM-overeenkomst moet voldoen.

## **6.2 De formulering van de projectdefinitie en de outputspecificaties**

---

Vooraleer de gunningsprocedure aan te vangen, is het belangrijk dat de overheid de projectdefinitie en de randvoorwaarden voor de door de toekomstige opdrachtnemer te leveren dienst in een programma van eisen of outputspecificaties vastlegt. De outputspecificaties worden conceptueel vormgegeven. De bedoeling is dat de verschillende kandidaten de te leveren output in hun offerte (en later in de overeenkomst) gedetailleerd invullen.

De opdrachtgevende overheid moet erover waken dat de wijze waarop zij aan outputspecificaties vasthoudt niet star is en geen afbreuk doet aan de efficiëntie waarde die de kandidaten kunnen bieden. In de loop van de gunningsprocedure moet de private partners daarom de gelegenheid worden geboden, tijdens consultatierondes of onderhandelingsmomenten, om aanmerkingen of alternatieven van outputspecificaties aan de overheid kenbaar te maken.

Uiteraard is volkomen outputgericht sturen niet altijd haalbaar. De dienstverlening in het raam van PPS-projecten is immers vaak nauw verbonden met

publieke taken en het algemeen belang. Dit vereist dat voor sommige onderdelen gedetailleerde outputspecificaties verantwoord zijn.

Nogal wat projecten nemen al een slechte start doordat de aanbestedende overheid onvoldoende aandacht heeft besteed aan een nauwkeurige omschrijving van de projectdefinitie en de outputspecificaties.

## 6.3 De beschikbaarheidseisen

Een eerste categorie van outputspecificaties waaraan het bouwproject moet voldoen zijn de beschikbaarheidseisen. DBFM-overeenkomsten met een betalingsmechanisme dat op de betaling van de beschikbaarheid van de infrastructuur is afgestemd, definiëren in de outputspecificaties wat onder beschikbaarheid en onbeschikbaarheid wordt begrepen.

De realisatie van het bouwproject moet gebeuren door de opdrachtnemer in overeenstemming met de beschikbaarheidseisen. De opdrachtgevende overheid zal, na afloop van de bouwwerkzaamheden, aan de hand van die eisen beoordelen of de infrastructuur beschikbaar is. Wanneer zij oordeelt dat aan de beschikbaarheidseisen is voldaan, wordt een beschikbaarheidscertificaat afgeleverd. De dag waarop het certificaat wordt afgeleverd is de beschikbaarheidsdatum. De afgifte van het certificaat vormt een sleutelmoment in de realisatie van het project. Vanaf dat ogenblik wordt de beschikbaarheidsvergoeding betaald. De infrastructuur zal in de regel vanaf die dag beschikbaar zijn en in gebruik worden genomen. Om die reden worden de beschikbaarheidseisen ook wel openstellingseisen genoemd.

In de DBFM-overeenkomst of in een van de bijlagen wordt een gedetailleerde procedure voorgeschreven om na te gaan of de infrastructuur aan de beschikbaarheidseisen voldoet. Die controleprocedure vertoont gelijkenissen met de klassieke opleveringsprocedure in de bouw, maar de rechtsgevolgen ervan zijn verschillend. Voor de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat aan de opdrachtnemer moet deze laatste de overheid een rapport overhandigen waaruit blijkt dat aan de beschikbaarheidseisen is voldaan. De opdrachtnemer moet de overheid ook alle andere vereiste documenten overhandigen alvorens de infrastructuur open te stellen. Beide partijen doen daarna samen een rondgang, waaruit moet blijken of de infrastructuur conform de eisen werd gebouwd. Daarna wordt ofwel het beschikbaarheidscertificaat afgeleverd, ofwel een proces-verbaal van weigering opgemaakt. In het laatste geval moet de opdrachtnemer ervoor zorgen dat de

infrastructuur binnen de daartoe door de overheid vastgestelde of contractueel bepaalde termijn alsnog aan de beschikbaarheidseisen voldoet.

De rechtsgevolgen van de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat verschillen van de gevolgen van de oplevering die in de Algemene Uitvoeringsregels en het Burgerlijk Wetboek voor een klassieke overheidsopdracht van werken geregeld zijn. De voorlopige oplevering van een klassieke overheidsopdracht houdt de overdracht van de infrastructuur (en de eraan verbonden risico's) aan de overheid in en is het vertrekpunt van de tienjarige aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. In het geval van een DBFM-overeenkomst is de situatie verschillend. Het beschikbaarheidscertificaat is het aanvangspunt van de betalingsverplichting van de overheid, maar tegelijkertijd ook het aanvangspunt van de onderhoudsverplichting van de opdrachtnemer. Doordat die gedurende de volledige contractduur voor de beschikbaarheid van de infrastructuur instaat, staat hij ook in voor de daaraan verbonden risico's. Zijn aansprakelijkheid zal zich over de volledige contractduur uitstrekken. Vanuit die gedachte wil men zo veel mogelijk interferentie tussen de begrippen 'beschikbaarheidscertificaat' en 'voorlopige oplevering' vermijden. Dit verklaart het onderscheid tussen een beschikbaarheidscertificaat en een procesverbaal van voorlopige oplevering in de zin van de Algemene Uitvoeringsregels.

Het realiseren van de beschikbaarheidseisen leidt de start van de beschikbaarheidsperiode in.

Gedurende de looptijd van het contract moet de opdrachtnemer aan de beschikbaarheidseisen voldoen. Dit impliceert dat hij zijn onderhoud zo moet realiseren dat de beschikbaarheid van de infrastructuur voortdurend wordt gegarandeerd. Het betalingsmechanisme stuurt die garantie. Wanneer de infrastructuur onbeschikbaar is zullen beschikbaarheidskortingen worden verrekend. (Zie ook onderdeel 8.4, verderop in dit handboek.) Aangezien de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding zal afhangen van de mate waarin aan de beschikbaarheidseisen is tegemoetgekomen, is het voor de opdrachtnemer van het grootste belang dat de beschikbaarheidseisen objectief, meetbaar en redelijk zijn en geen onbereikbare vereisten stellen.

Of de gebouwde infrastructuur beschikbaar of onbeschikbaar is, hangt in grote mate van de aard van het project af. Bij bepaalde projecten is de definitie van beschikbaarheid eenduidiger dan bij andere projecten. Voor een project voor de bouw van scholen kan, bijvoorbeeld, de beschikbaarheid in het aantal beschikbare klaslokalen worden uitgedrukt. De overheid zal echter ook moeten bepalen wanneer een klaslokaal als onbeschikbaar wordt beschouwd. Dat kan

bijvoorbeeld afhangen van de mate waarin de verlichting en de verwarming functioneert. Deze twee laatste aspecten van beschikbaarheid van klaslokalen zijn al minder eenvoudig te omschrijven.

Het voldoen aan de beschikbaarheidseisen leidt tot het betalen van de beschikbaarheidsvergoeding. Daarom is het uiterst belangrijk de beschikbaarheid gedetailleerd en makkelijk verifieerbaar op te stellen. Iedere eis heeft echter wel een prijs.

## 6.4 De voltooiingseisen

Voor bepaalde projecten wordt een onderscheid gemaakt tussen beschikbaarheidseisen en voltooiingseisen. Het belang van dit onderscheid is veeleer van technische aard. Soms is het wenselijker om de infrastructuur voor gebruik open te stellen omdat ze wel beschikbaar is, hoewel de afwerking nog niet volledig voltooid is. Het ontbreken van de beplanting van de wegbermen of van verf op buitenmuren van een schoolgebouw belet de ingebruikname van die weg of school niet. Daarom wordt de beschikbaarheid van de infrastructuur van die eisen niet afhankelijk gemaakt en worden ze omschreven als voltooiingseisen.

In de periode tussen de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat en de afgifte van het voltooiingscertificaat kan de opdrachtnemer daarom de werkzaamheden voltooien zonder dat dit, wat de financiering betreft, een kostenverhogend effect heeft. De beschikbaarheidsvergoeding wordt in die tussenperiode al (gedeeltelijk) betaald, terwijl de opdrachtgever de infrastructuur kan voltooien. Het achterhouden van een percentage van de beschikbaarheidsvergoeding tot op de voltooiingsdatum zal voor de opdrachtnemer normaal gezien een voldoende prikkel zijn om zo snel mogelijk de infrastructuur aan de voltooiingseisen te laten voldoen. Daarnaast kan eventueel in een verdragingsboete wegens laat-tijdige voltooiing worden voorzien.

Zoals het geval is voor de beschikbaarheidseisen, zal er ook sprake zijn van een controleprocedure ter afgifte van het voltooiingscertificaat. Uiteraard ligt de voltooiingsdatum later in de tijd dan de beschikbaarheidsdatum.

Het is soms wenselijk infrastructuur voor gebruik open te stellen (beschikbaarheid) vooraleer de werken beëindigd zijn. De voltooiingseisen zijn de eisen waaraan bij voltooiing moet voldaan zijn.



## 6.5 De problematiek van het 'niet-configuratie-gedeelte'

In bepaalde projecten wordt, om technische en praktische redenen, de uitvoering van een DBFM-overeenkomst gebundeld met de uitvoering van een klassieke overheidsopdracht.

Een voorbeeld van die aanpak is een DBFM-overeenkomst voor de aanleg van een autosnelweg. Op het traject van de autosnelweg is ook de aanleg van een brug over een kanaal gepland. Voor de aanleg van die brug is het nodig dat de oevers van het kanaal over een bepaalde lengte met damplanken worden verstevigd. Omdat het niet aangewezen is die twee werken afzonderlijk aan te besteden, zullen de beheerder van de autosnelweg en de beheerder van het kanaal de twee opdrachten, een DBFM-overeenkomst en een klassieke overheidsopdracht, gezamenlijk in mededinging stellen.

Het onderscheid tussen de verplichtingen van de opdrachtnemer bij het ene en die bij het andere deel van het project is betekenisvol. De opdrachtnemer zal de autosnelweg zelf moeten ontwerpen, bouwen, financieren en aanleggen. De versterking van de kanaaloevers zal echter op grond van een gedetailleerd bestek gebeuren. De aannemer zal niet voor de financiering en het onderhoud instaan en evenmin voor het ontwerp. Daarom maakt de overheid het onderscheid tussen het configuratiegedeelte en het niet-configuratiegedeelte. Het configuratiegedeelte is het hoofdbestanddeel van de aan te leggen bouwwerken. Het voorwerp van het configuratiegedeelte valt in zijn geheel onder de eigenlijke DBFM-overeenkomst.

Voor het niet-configuratiegedeelte zal het beschikbaarheidscertificaat als procesverbaal van voorlopige oplevering in de betekenis van de Algemene Uitvoeringsregels gelden. Het voltooiingscertificaat geldt dan als de definitieve oplevering van de niet-configuratiegedelen.

Het niet-configuratiegedeelte is een onderdeel van de te bouwen infrastructuur waarvan de overheid niet wil dat het door de opdrachtnemer onderhouden wordt en waarvoor de gewone overheidsopdrachtenreglementering geldt.

## 6.6 De overdrachtseisen

De opdrachtnemer moet de infrastructuur gedurende de volledige duurtijd van de DBFM-overeenkomst beschikbaar houden op een wijze die aan de output-specificaties voldoet. Voor de overheid is dit geen garantie om bij afloop van de contractuele onderhoudsverplichting van de opdrachtnemer over een kwaliteitsvolle infrastructuur te beschikken. De vraag stelt zich of er dan geen risico bestaat dat de overheid na afloop van de DBFM-overeenkomst met een infrastructuur van slechte kwaliteit wordt opgezadeld. De opdrachtnemer kan haar materialen immers zo uitkiezen dat ze het hoogste rendement halen, berekend op de duur van het contract. Zij riskeert dan dat kort na de overdracht van de infrastructuur grote vervangingsinvesteringen moeten worden uitgevoerd. Met name voor technische installaties is dit een belangrijk aandachtspunt.

Om te voorkomen dat zij aan het einde van de onderhoudsverplichting van de opdrachtnemer met investeringsbehoefte infrastructuur wordt opgezadeld, formuleert de opdrachtgevende overheid zogenaamde overdrachtseisen. Die worden zo geformuleerd dat de infrastructuur na afloop van de DBFM-overeenkomst aan een soort 'basisonderhoudsniveau' voldoet. De eisen moeten waarborgen dat de opdrachtnemer een bouwproject aan de overheid teruggeeft dat bruikbaar blijft. Zo wordt voorkomen dat de opdrachtnemer het werk verwaarloost zodra het beoogde rendement behaald werd. De boetepunten die gelden wanneer de overdrachtseisen niet gehaald werden, moeten voldoende hoog zijn om te garanderen dat de opdrachtnemer aan die eisen beantwoordt.

Om die reden wordt van de opdrachtnemer meestal ook een overgangsgarantie gevraagd die voldoende lang voorafgaand aan de overdrachtsdatum (meestal zes maanden) moet worden gesteld. Wanneer dat niet gebeurt, kan de overheid de beschikbaarheidsvergoedingen die voor de laatste zes maanden verschuldigd zijn nog inhouden.

De overheid kan de opdrachtnemer ook verplichten om op het einde van de rit vervangingsinvesteringen te doen. Ze kan bijvoorbeeld opleggen dat de opdrachtnemer verplicht is aan het einde van de DBFM-overeenkomst de centrale verwarmingsinstallatie van een gebouw te vervangen omdat de economische levensduur ervan is verstreken. Die zware verplichtingen voor de opdrachtnemer aan het einde van de DBFM-overeenkomst moeten voldoende vergoed worden. De overheid kan daarvoor voorzien in een afzonderlijke vergoeding of het betalen van een restwaarde op het einde van de overeenkomst. Als de infrastructuur bij de beëindiging van de DBFM-overeenkomst zonder tegenprestatie of tegen een lage vaste prijs aan de overheid wordt overgedragen, mag de opdrachtnemer

gedurende de duurtijd een onderhoudsvergoeding van de overheid verwachten die met die verzwaarde onderhoudsverplichting rekening houdt.

Met het oog op de overdracht moeten beide partijen de infrastructuur opnieuw gezamenlijk inspecteren. Een dergelijke inspectie verloopt in verschillende rondes, waarvan de eerste gebruikelijk geruime tijd voor de einddatum van de DBFM-overeenkomst ligt. De tussentijdse inspectierondes beogen in een zo vroeg mogelijk stadium eventuele gebreken aan het licht te brengen. De opdrachtnemer wordt daarbij in de gelegenheid gesteld de nodige maatregelen te nemen, zodat de infrastructuur op de einddatum aan de overdrachtseisen zal voldoen.

Als de infrastructuur op de einddatum aan de overdrachtseisen voldoet, moet de overheid het overdrachtscertificaat aan de opdrachtnemer bezorgen. In het andere geval wordt een proces-verbaal van weigering opgesteld.

# 7 De fasering van het projectverloop

---

## 7.1 De periode tot het aanvangsbevel

Na de contractsluiting kan de opdrachtnemer niet zomaar met de bouwwerkzaamheden beginnen. Tussen de contractdatum en de aanvangsdatum ligt een periode waarin hij aan een aantal voorafgaandelijke verplichtingen moet voldoen. Die verplichtingen nemen meestal (maar niet steeds) de vorm van opschortende voorwaarden aan: niet het bestaan maar wel de inwerkingtreding van de DBFM-overeenkomst wordt afhankelijk gemaakt van het al dan niet vervuld zijn van de verplichtingen.

- Wanneer bij contract close het niet ook tot financial close komt, is een belangrijke verplichting het verkrijgen van een sluitende financiering. Dit betekent dat de opdrachtnemer garanties biedt wat de eigen financiering betreft en met externe financiers financieringsovereenkomsten aangaat (financial close). Voor het belang van deze voorwaarde verwijzen we naar onderdeel 2.5 van deel I van dit handboek.
- Meestal moet de opdrachtnemer voorafgaand aan het aanvangsbevel de nodige bankgaranties stellen, die financieel waarborgen dat hij zich tot een goede uitvoering van het project verbindt. We verwijzen daarvoor naar onderdeel 12.2 van dit deel.
- Doorgaans zal de opdrachtnemer moeten aantonen dat hij aan zijn verzekeringsplicht heeft voldaan, met andere woorden: dat de contractueel voorziene verzekeringen zijn gesloten.
- Een aantal verplichtingen houden verband met de aard van het project. Voor sommige projecten moet de opdrachtnemer het ontwerp uitwerken of een kwaliteitsborgingsplan opstellen, of andere technische informatie voorafgaand ter beschikking stellen.

In de DBFM-overeenkomst zal eveneens voorzien worden dat de opdrachtnemer, voorafgaand aan het aanvangsbevel, een aantal andere overeenkomsten voorlegt. Dat geldt bijvoorbeeld voor de al gecontracteerde of bekende onderaannemers,

waarvan contractueel zal vastgelegd zijn dat de getekende overeenkomsten voorgelegd worden. In de DBFM-overeenkomst zal meestal in een geschillen-beslechtscommissie voorzien zijn. In de voorfase zullen de leden van de commissie worden aangeduid. De DBFM-overeenkomst zal ook bepalen dat vóór het aanvangsbevel gegeven wordt, de nodige (primaire) vergunningen afgeleverd zijn. Het betreft in hoofdzaak de omgevingsvergunning. Of de overheid zelf dan wel de opdrachtnemer de vergunningen aanvraagt, en hoe de samenwerking ter zake verloopt, wordt het best in een voorovereenkomst (of al in de gunningsleidraad) zelf gedetailleerd bepaald.

Een andere mogelijkheid bestaat erin om de DBFM-overeenkomst af te sluiten, maar de financial close uit te stellen tot na het verkrijgen van de basisvergunningen. In dat geval is het aangewezen om specifieke bepalingen in de overeenkomst op te nemen die de samenwerking in deze tussenperiode regelen.

Wanneer de opdrachtnemer niet binnen een bepaalde termijn na de contractsluiting aan de afgesproken verplichtingen voldoet, kan de overheid de DBFM-overeenkomst voortijdig en ten laste van de opdrachtnemer beëindigen. Meestal wordt dit als een grond voor onmiddellijke beëindiging beschouwd en moet in beginsel de overheid overeenkomstig een contractueel voorzien vergoedingsmechanisme vergoed worden.

Ook de overheid speelt een rol in deze fase. De private opdrachtnemer heeft immers meestal geen zakelijke rechten op de gronden waarop de infrastructuur wordt gerealiseerd. Hij is er geen eigenaar van en zal meestal ook geen titularis zijn van een ander zakelijk recht, zoals een opstalrecht of een erfpachtovereenkomst.

Het resultaat is dat de overheid moet garanderen over de nodige rechten te beschikken om de werkzaamheden te kunnen laten aanvangen. In sommige gevallen heeft echter ook de overheid voorafgaand aan het project nog geen definitieve grondpositie ingenomen. Ze moet die nog verwerven en daarover afspraken maken met andere overheden of private eigenaren. In sommige gevallen zullen zelfs onteigeningen nodig zijn. Het is dan ook aan de opdrachtgevende overheid om dit proces tijdig op te starten en zodoende vertragingen (bijvoorbeeld als gevolg van betwistingen) te vermijden.

De overheid zal in deze fase moeten bepalen of zij drie delicate risico's voldoende onder controle heeft:

- Een eerste, hoger al aangehaald risico, is het verkrijgen van de nodige vergunningen en de kosten voor de opdrachtnemer die daarmee gepaard gaan.

- Een tweede risico is het risico dat de basisvergunningen weliswaar verkregen zijn, maar de uitvoerbaarheid ervan nog onzeker is omdat ze door belangengroepen of omwonenden worden aangevochten voor de Raad van State of de burgerlijke rechter.
- Een derde risico is dat de gunningsbeslissing (dat wil zeggen: de beslissing de overeenkomst met de opdrachtnemer te sluiten) of een daaraan voorafgaande beslissing door een concurrent van de opdrachtnemer wordt aangevochten voor de Raad van State of de burgerlijke rechter.

In de praktijk is vast te stellen dat de overheid soms wacht met het afsluiten van het contract tot bepaalde risico's zijn afgedekt (bijvoorbeeld het verkrijgen van een basisvergunning door de voorkeursbieder of het achter de rug zijn van bepaalde procedures). Dat is echter, gelet op de aanzienlijke investeringen die dit voor een private partij met zich meebrengen, niet steeds wenselijk en haalbaar.

Vaker zal de overheid de DBFM-overeenkomst toch afsluiten. In dat geval zal het contract fases bevatten, gekoppeld aan allerlei voorwaarden, en zal moeten worden bepaald wat er gebeurt wanneer de vergunning of de gunningsbeslissing alsnog in het gedrang komt. Meestal bepaalt de DBFM-overeenkomst dan dat de overheid de overeenkomst, op basis van een op voorhand vastgestelde vergoedingsregeling, kan beëindigen. Die vergoedingsregeling is meestal dezelfde als de regeling die geldt in het geval de overheid de overeenkomst als gevolg van overmacht moet beëindigen.

Sinds kort wordt voor sommige aspecten in de praktijk soms gewerkt met een fasering die bestaat uit een vast en een voorwaardelijk deel. Het vaste deel omvat dan de voorbereiding van het ontwerp en de aanvraag van de noodzakelijke vergunningen. Het voorwaardelijke deel omvat de verdere uitvoering van de werken en beschikbaarheidsprestaties, en wordt slechts gecontracteerd op voorwaarde dat de vergunning werd afgeleverd.

## **7.2 De periode tussen het aanvangsbevel en het beschikbaarheidscertificaat**

---

Zodra alle voorwaarden zijn vervuld, wordt het aanvangsbevel gegeven en kan de opdrachtnemer beginnen met de eventueel nog nodige finale ontwerpwerkzaamheden en/of de bouw van de infrastructuur. De opdrachtnemer krijgt het beheer over het bouwterrein en staat in voor alle bouwtechnische verplichtingen

tot aan de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat. Hij moet bij de uitvoering van de werkzaamheden het managementplan naleven en dat door zijn onderaannemers doen naleven. Hij moet maatregelen nemen die noodzakelijk zijn om de veiligheid te kunnen waarborgen van de personen die zich op het bouwterrein bevinden. Hij moet er bovendien voor zorgen dat hij voldoet aan de wettelijke verplichtingen inzake bouwwerkzaamheden, verkeersveiligheid, arbeidsomstandigheden, het welzijn van de werknemers enzovoort.

Wanneer de opdrachtnemer meent dat de infrastructuur aan de beschikbaarheidseisen voldoet, moet hij een rapport aan de opdrachtgevende overheid overhandigen. Die gaat na of aan de eisen is voldaan. Als blijkt dat de infrastructuur niet aan de eisen voldoet, wordt aan de opdrachtnemer een proces-verbaal van weigering overhandigd. In bepaalde gevallen kan de overheid er ook voor kiezen om het beschikbaarheidscertificaat af te leveren onder beding van korting wegens minderwaarde en met de verplichting voor de opdrachtnemer om de afwijkingen binnen een uiterst korte termijn uit de weg te helpen. Deze mogelijkheid bestaat wanneer de overheid bij haar rondgang slechts afwijkingen van niet-essentiële voorwaarden van de beschikbaarheidseisen vaststelt.

Door de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat aanvaardt de overheid dat de infrastructuur aan de outputspecificaties voldoet en dat ze voor het gebruik kan worden opengesteld. De bouwfase neemt hiermee (bijna) een einde.

### **7.3 De periode vanaf het beschikbaarheidscertificaat tot en met de einddatum**

---

Vanaf de beschikbaarheidsdatum, dat wil zeggen: de datum waarop het beschikbaarheidscertificaat wordt afgeleverd, vangt de onderhoudsfase of operationele fase aan. Gedurende deze fase ontvangt de opdrachtnemer beschikbaarheidsvergoedingen. De verplichting de beschikbaarheid van de infrastructuur te garanderen impliceert naast een onderhoudsplicht ook een herstel- of instandhoudingsplicht. Het volstaat immers niet dat de opdrachtnemer aan zijn onderhoudsverplichtingen voldoet, wanneer een schadegeval de beschikbaarheid van de infrastructuur in gevaar brengt. In zo'n geval moet de opdrachtnemer op zijn kosten alle beschadigingen, storingen en gebreken aan de infrastructuur herstellen en vervangen. Dit is een resultaatsverbintenis waarbij de opdrachtnemer zich ertoe verbindt alle herstellings-, onderhouds-, herbouw-, instandhoudings-, vervangings- en andere werkzaamheden uit te voeren die vereist zijn, zodat de infrastructuur steeds aan de outputspecificaties en de regelgeving voldoet.

Afhankelijk van het project kan de overheid nog een aantal nevenverplichtingen opleggen, dat wil zeggen verplichtingen die strikt genomen geen verband houden met de beschikbaarheid van de infrastructuur. Bijvoorbeeld kan opdrachtnemer de verplichting hebben om maatregelen te nemen die vandalisme moeten voorkomen.

De DBFM-overeenkomst kan de opdrachtnemer het recht toekennen om de infrastructuur onder bepaalde voorwaarden voor bijkomende exploitatie aan te wenden. Zo kan, bijvoorbeeld, de gebouwde schoolinfrastructuur na de schooluren en gedurende de schoolvakanties door de opdrachtnemer worden verhuurd. Uit dit secundair gebruik kan de opdrachtnemer extra middelen genereren, hetgeen eventueel toelaat de beschikbaarheidsvergoeding te verminderen.

De verplichting de beschikbaarheid van de infrastructuur te garanderen, houdt ook een herstel- en instandhoudingsplicht in.

## **7.4 De overdracht**

Een DBFM-overeenkomst neemt doorgaans een einde na een periode van vijftien tot 35 jaar. Op dat moment wordt de verantwoordelijkheid voor de infrastructuur overgedragen aan de overheid en wordt aan de opdrachtnemer een overdrachtscertificaat overhandigd. Hiermee houdt de onderhoudsverplichting van de opdrachtnemer op te bestaan.

Het is belangrijk te benadrukken dat de overdracht van de verantwoordelijkheid voor de infrastructuur niet met de overdracht van het eigendomsrecht van de infrastructuur wordt gelijkgesteld. In de meeste gevallen vallen de gebouwde goederen immers automatisch door natrekking in het patrimonium van de overheid. Alleen wanneer de onderliggende zakenrechtelijke positie van het DBFM-project zo geregeld is dat de opdrachtnemer het eigendomsrecht van de gebouwde infrastructuur verwerft, zal de overdracht ook de overdracht van het eigendomsrecht tot gevolg hebben.

## **7.5 Buiten-configuratie**

Aan de definitieve oplevering of overdracht van de niet-configuratiedelen van de infrastructuur gaat geen onderhoudsperiode vooraf. Buiten-configuratiedelen vallen samen met klassieke overheidsopdrachtenregelgeving en in dat geval



worden deze delen op het moment van de definitieve oplevering overgedragen. De overheid legt in dat geval soms een waarborgperiode van één of twee jaar op. Gedurende de waarborgtermijn moet de opdrachtnemer, naargelang van de vereisten, aan het buiten-configuratiegedeelte alle nodige werkzaamheden uitvoeren om het in goede staat of in goede werking te herstellen of te houden. De opdrachtnemer moet dan op zijn kosten de onderdelen van het buiten-configuratieprojectgedeelte vervangen die gebreken vertonen die geen gebruik toelaten dat in overeenstemming is met de outputspecificaties.

# 8

# Het betalings- en prestatiemechanisme

---

## 8.1 Algemeen

De overheid moet, in ruil voor de terbeschikkingstelling van de infrastructuur, betalingen doen.

Vanuit het standpunt van de overheid is het betalingsmechanisme het centrale aansturingssysteem van een DBFM-project. Het is het instrument bij uitstek om de opdrachtnemer de beschikbaarheid te doen garanderen. Daarmee is meteen ook de link tussen de outputspecificaties en het betalingsmechanisme gelegd: de outputspecificaties moeten zodanig geformuleerd worden dat ze 'meetbaar' zijn. De controleerbaarheid van de specificaties is essentieel nu de naleving ervan de betaling (of niet-betaling) van de beschikbaarheidsvergoedingen als gevolg heeft.

Het betalingsmechanisme is de financiële resultante van de risicoverdeling tussen partijen. Het delen van risico's en verantwoordelijkheden wordt geuit via het prestatiegericht betalingsmechanisme:

- Betalingen gebeuren slechts vanaf de beschikbaarheid (d.i. de verplichting van de opdrachtnemer om de infrastructuur tijdig ter beschikking te stellen).
- Betalingen gebeuren slechts in de mate dat de geleverde diensten het in de outputspecificaties verrichte prestatieniveau nakomen (d.i. de verplichting van de opdrachtnemer om de infrastructuur beschikbaar te houden).

De beschikbaarheid en het niveau van die beschikbaarheid zijn twee cruciale aansturingfactoren. Het betalingsmechanisme moet aan de private opdrachtnemer voldoende prikkels geven om de beschikbaarheidseisen en het kwaliteitsniveau te halen. Wanneer de outputspecificaties onrealistisch hoog zijn, maar de prikkels in het betalingsmechanisme om die specificaties niet te behalen onvoldoende zijn, kan het voor de opdrachtnemer een legitieme keuze zijn om niet aan die specificaties te voldoen. Door een systeem van boetes en kortingen moet de private partner ertoe worden aangezet om op een attente manier problemen die de beschikbaarheid in het gedrang brengen op te lossen.

Boetes en kortingen maken integraal onderdeel van het betalingsmechanisme uit. Het opstellen van een boete- en sanctiemechanisme op maat van het project is een moeilijke evenwichtsoefening: de prikkels moeten voldoende zijn om de opdrachtnemer ertoe aan te zetten naar behoren te presteren, maar mogen niet te ruim of te streng zijn. Ze moeten rekening houden met de aard van de tekortkoming.

De opdrachtnemer wordt periodiek volgens het betalingsmechanisme betaald. Dat koppelt de hoogte van de betaling aan het niveau van de prestatie. In een optimale dienstverlening wordt de vooraf afgesproken vergoeding betaald. Een suboptimale dienstverlening impliceert een korting. Het bepalen van de hoogte van de kortingen en van de sancties is een moeilijke evenwichtsoefening.

De overheid kan in twee soorten situaties de beschikbaarheidsvergoeding verminderen.

De eerste situatie is die waarbij de beschikbaarheid niet of onvoldoende wordt gegarandeerd. In dat geval wordt een *beschikbaarheidskorting* toegepast. Zo'n korting is een bedrag dat wordt afgehouden van de beschikbaarheidsvergoeding, afhankelijk van het niveau en de tijdsduur van de onbeschikbaarheid. De mate waarin een tekortkoming in beschikbaarheid leidt tot een korting van de beschikbaarheidsvergoeding, wordt in het betalingsmechanisme bepaald.

Een tweede situatie die tot een vermindering van de vergoeding kan leiden, is die waarin de opdrachtnemer zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, zonder de beschikbaarheid van de infrastructuur evenwel in het gedrang te brengen. Die tekortkomingen worden in boetepunten omgezet, die dan weer de grootte van de korting op de beschikbaarheidsvergoeding bepalen. Deze kortingen worden *prestatiekortingen* genoemd. In sommige situaties kan de DBFM-overeenkomst ook in extra boetes voorzien. Deze boetes worden toegevoegd aan de beschikbaarheids- en prestatiekortingen en afgehouden van de beschikbaarheidsvergoeding.

Vanuit ESR-oogpunt wordt voornamelijk belang gehecht aan het betalingsmechanisme met betrekking tot de beschikbaarheid. Er worden strikte regels aan gekoppeld. Het mechanisme van prestatiekortingen is minder van belang voor de beoordeling van de statistische verwerking wanneer de regels met betrekking tot beschikbaarheid correct worden toegepast.

Het toepassen van kortingen resulteert in het bedrag dat de overheid uiteindelijk aan de opdrachtnemer moet betalen, de Netto Beschikbaarheidsvergoeding. Dit bedrag is het verschil van de Bruto Beschikbaarheidsvergoeding en de totale correctie door kortingen.

Beschikbaarheidskortingen zijn tijdsgebonden verminderingen van de beschikbaarheidsvergoeding, gekoppeld aan een verminderde beschikbaarheid van de infrastructuur.

Prestatiekortingen zijn verminderingen van de beschikbaarheidsvergoeding, gekoppeld aan boetes wegens een niet-naleving van andere contractuele plichten van de opdrachtnemer.

## 8.2 **Het belang van het opzetten of kalibreren van het betalingsmechanisme**

---

Een betalingsmechanisme opzetten is maatwerk en verdient in de aanloop naar het DBFM-project heel wat aandacht. Het betalingsmechanisme staat immers centraal in het streven naar een optimale prijs-kwaliteitsverhouding. Het mechanisme bestaat uit tal van parameters en bedragen die voorafgaand aan de contractsluiting moeten worden ingevuld. Het vaststellen van een evenwichtig betalingsmechanisme wordt ook wel kalibreren genoemd. Het veronderstelt een grondige technische zowel als financiële kennis.

Het functioneren van het betalingsmechanisme wordt afhankelijk gemaakt van heel wat parameters. De overheid moet verschillende 'variabelen' invullen bij het kalibreren van het betalingsmechanisme:

- de outputspecificaties en meer bepaald de meetbare beschikbaarheidseisen;
- de lengte van toegestane herstelperiodes;
- het gewicht van de onbeschikbaarheidsvergoedingen;
- het gewicht van boetepunten;
- het vastleggen van minimum- en maximumbedragen van boetes en prestatiekortingen;
- ...

De invulling van al deze variabelen is bepalend voor de overdracht van risico's. Zij moeten in het licht van de hele overeenkomst gezien worden. Prestatiekortingen opleggen bij elke, zelfs de minste contractuele tekortkoming aan de

beschikbaarheidseisen hoeft niet noodzakelijk een zware risico-overdracht te zijn. De beschikbaarheidseisen kunnen immers vrij gematigd bepaald zijn, de opdrachtnemer kan over een relatief lange hersteltermijn beschikken of in de mogelijkheid zijn om alternatieve infrastructuur ter beschikking te stellen. In het omgekeerde geval kunnen lage en beperkte prestatiekortingen soms toch een voldoende *incentive* geven wanneer de beschikbaarheidseisen relatief dwingend zijn opgesteld. Aan lichte sancties kunnen bovendien zogenaamde ratchetclauses verbonden worden. Dergelijke ratchets hebben tot gevolg dat wanneer een lichte tekortkoming zich herhaaldelijk voordoet, de sanctie telkens verzwaaert.

Het gewenste evenwicht wordt – minstens theoretisch – bereikt wanneer de opdrachtnemer door boetes te betalen slechter af is dan zijn wanneer hij zijn plicht nakomt, en wanneer het betalen van onvermijdbare boetes de economische leefbaarheid van de opdrachtnemer niet hypothekeert.

Een aantal aandachtspunten kunnen daarbij niet onbesproken blijven.

Bij het opzetten van het betalingsmechanisme moet de overheid steeds voor ogen houden dat aan de opdrachtnemer duidelijke incentives worden gegeven om de vereiste outputspecificaties te behalen en te bestendigen. Beschikbaarheidseisen en andere outputspecificaties moeten daarom zo geformuleerd worden dat ze weergeven wat de overheid verlangt. Wanneer een sanctie niet zwaar genoeg is, kan een opdrachtnemer ervoor kiezen niet te presteren. Wanneer de sanctie niet realistisch is, riskeert de overheid onnodige risicobeprijzing door de opdrachtnemer en zijn onderaannemers. Een opdrachtnemer rekent in zijn prijs immers het risico van beboeting door. Bovendien kunnen dergelijke sancties een pervers effect hebben. Het kan dan voor de opdrachtnemer op een bepaald ogenblik aantrekkelijk worden zich aan de verdere uitvoering van het project te onttrekken. Dat geldt alvast wanneer de DBFM-overeenkomst door een projectvennootschap wordt uitgevoerd.

In de praktijk is een vaak gehoorde kritiek van opdrachtnemers dat de door de overheid geformuleerde onderhoudsdoelstellingen te streng geformuleerd zijn. Dat leidt voor de opdrachtnemer tot een hoog risico op sanctionering. Opdrachtnemers vergelijken immers vaak het gevraagde onderhoud met het onderhoud van een gelijkaardige infrastructuur door de diensten van de overheid zelf. Door realistische onderhoudsverplichtingen voor de opdrachtnemer te creëren, verkleint het risico op veelvuldige (zware) beboeting van de opdrachtnemer en kan de overheid aldus sterke risicobeprijzing vermijden.

Een tweede aandachtspunt bij het opstellen van een betalingsmechanisme is het belang dat de overheid moet hechten aan een redelijke hersteltermijn wanneer de opdrachtnemer contractueel in gebreke is gebleven en/of wanneer de infrastructuur gebreken vertoont. Bij het herstellen van de tekortkoming binnen die hersteltermijn kan de opdrachtnemer immers een sanctie voorkomen. Wanneer zo'n hersteltermijn wordt opgelegd, moet de overheid erop letten dat de opdrachtnemer over een uitdagende, maar realistische termijn kan beschikken. Wanneer een opdrachtnemer die instaat voor het onderhoud van weginfrastructuur over uiterst korte hersteltermijnen beschikt, impliceert dit voor de overheid opnieuw een kost. De opdrachtnemer zal ook op voorhand strafpunten in zijn prijs calculeren. Het kan ook wenselijk zijn een systeem van noodherstel te voorzien. In een aantal gevallen moet een noodoplossing de opdrachtnemer toelaten zich aan een sanctie te onttrekken, meer bepaald wanneer de tekortkoming voorlopig hersteld wordt en dan binnen een bepaalde periode het voorwerp van definitief herstel uitmaakt.

Een derde aandachtspunt dat de overheid bij het kalibreren van een betalingsmechanisme in acht moet nemen is de 'zwaarte' van de sancties die zij oplegt. De zwaarte ligt niet alleen in de grootte van de sanctie, maar ook in het aantal en de frequentie ervan. In die zin kan de overheid ervoor kiezen om het maximumaantal opgelegde boetepunten te begrenzen. In bepaalde omstandigheden kan de begrenzing (plafonnering of *cappen*) van de sanctie voor contractuele tekortkomingen aanvaardbaar zijn, bijvoorbeeld wanneer verdere sancties door de opdrachtnemer niet aan zijn onderaannemers kunnen worden opgelegd. Het risico van additionele tekortkomingen boven op het aantal tekortkomingen waarvoor al het maximumaantal boetepunten is opgelegd, blijft in dat geval bij de overheid. Een ander hanteerbaar systeem is het bepalen van een ondergrens. Een tekortkoming kan onmiddellijk met een boete of prestatiekorting in cash worden gesanctioneerd. Het is ook mogelijk een systeem in twee niveaus toe te passen, waarbij tekortkomingen eerst boetepunten opleveren en die boetepunten pas vanaf een bepaalde grens tot prestatiekortingen leiden. In ieder geval mag de overheid niet zomaar een begrenzing van het aantal boetepunten in de DBFM-overeenkomst voorzien. Een dergelijke cap moet altijd gerechtvaardigd kunnen worden op basis van 'value for money'.

Het maximumbedrag dat van de beschikbaarheidsvergoeding kan worden afgetrokken is in de regel 100 % van dat bedrag. Het betalingsmechanisme zou onevenwichtig zijn opgesteld, wanneer in de mogelijkheid wordt voorzien om de opdrachtnemer meer dan 100 % van de beschikbaarheidsvergoeding te doen betalen. Dat wordt in het jargon een *carry forward* genoemd. Boetes worden, op grond van dat mechanisme, ook van toekomstige beschikbaarheidsvergoedingen afgehouden. Een carry forward kan echter een pervers effect hebben. Wanneer de opdrachtnemer het gewicht van tekortkomingen uit het

verleden blijft meeslepen kan dat een sneeuwbaaleffect hebben en kan hij in de problemen komen.

Te zwakke sancties maken het voor de opdrachtnemer mogelijk om zich bewust niet aan de (contractuele) afspraken te houden. Te strenge sancties kunnen de overeenkomst in gevaar brengen.

De maximale sanctie voor een bepaalde periode is 100 % van de beschikbaarheidsvergoeding. Doorschuiven naar volgende periodes (carry forward) wordt afgeraden.

## **8.3 Betalingen en sancties tot aan de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat**

---

### **8.3.1 Mildering van het beginsel dat alleen voor de beschikbaarheid van de infrastructuur betaald wordt**

#### **a. Betaling van mijlpaalvergoedingen of bouwsommen**

Normaal gezien betaalt de overheid geen enkele vergoeding aan de opdrachtnemer tot op het moment dat de werkzaamheden beëindigd zijn en het beschikbaarheidscertificaat is afgeleverd. In een DBFM-project betaalt de overheid immers alleen vanaf de beschikbaarheid van de infrastructuur.

In uitzonderlijke omstandigheden echter wil de overheid niettemin dergelijke vergoedingen betalen. Die vergoedingen, soms mijlpaalvergoedingen genoemd, kunnen in de vorm van forfaitaire betalingen aan de private opdrachtnemer gebeuren. Mijlpaalvergoedingen worden gelinkt aan een bepaald moment waarbij een deel van de infrastructuur als afgewerkt wordt beschouwd. Ze kunnen ook aan bepaalde stappen in het bouwproces worden verbonden. Ze zullen door de overheid bijgevolg op in de DBFM-overeenkomst te definiëren betaalmomenten verschuldigd zijn. Zulke betaalmomenten vallen in de praktijk samen met de realisering van een bouwtechnisch geheel, zoals de afwerking van een rotonde, een brug, de ruwbouw van een schoolgebouw enzovoort.

Een tussentijdse betaling heeft – als het al niet *de jure* is, dan toch *de facto* – tot gevolg dat een deel van de infrastructuur als afgewerkt wordt beschouwd.

Daarom verdient het aanbeveling dergelijke betaling slechts te doen voor een deel van de infrastructuur dat als een afzonderlijk geheel kan worden beschouwd. Ze mag slechts een beperkte impact hebben op de vordering van de rest van de werkzaamheden.

De overheid moet ook in acht nemen dat ze, bij het betalen van mijlpaalvergoedingen, afstapt van de gespreide betalingen die een DBFM-project kenmerken. Dat betekent dat zij hier rekening mee moet houden bij de opmaak van de begroting. Vanuit ESR-perspectief wordt een mijlpaalvergoeding beschouwd als een tussenkomst door de overheid in de financiering van het project. Er moet dus over worden gewaakt dat het betalen van een mijlpaalvergoeding de ESR-neutraliteit van de DBFM-overeenkomst niet in het gedrang brengt.

Het gebruik van mijlpaalvergoedingen mildert het uitgangspunt dat de opdrachtnemer zijn investeringen in het project volledig uit de beschikbaarheid ervan moet terugverdienen. Het voordeel van deze maatregel is dan ook dat het bedrag van de prefinanciering lager wordt. De grootte van de som moet zo gekozen worden dat ook na betaling ervan voldoende prikkels overblijven om de opdrachtnemer zijn overige verplichtingen op een deugdelijke manier te laten nakomen. Een hoge bijdrage kan de risicobalans tussen overheid en opdrachtnemer opnieuw in gevaar brengen. Daarom ook is het belangrijk om dergelijke mijlpaalvergoedingen zo veel mogelijk op het einde van de bouwfase te plannen.

## **b. Waarborg van het vreemd vermogen**

Een alternatieve milderende maatregel zou erin kunnen bestaan dat de overheid een deel van de beschikbaarheidsvergoeding waarborgt dat met de aflossing van het vreemd vermogen overeenstemt, ongeacht het beschikbaarheidsniveau van de infrastructuur. Het voordeel is dat een aantrekkelijke financiering afgesloten kan worden. De overheid stapt daarbij af van het principe dat alleen voor beschikbare infrastructuur wordt betaald. Deze waarborg zal vanuit ESR-perspectief dan ook worden beschouwd als een element dat de statische verwerking beïnvloedt en in regel zal leiden tot een niet-ESR-neutraal project.

### **8.3.2 Sanctie bij te late beschikbaarheid en bonus bij vervroegde beschikbaarheid via een vaste einddatum**

Bij een te late beschikbaarheid ontvangt de opdrachtnemer pas later dan voorzien beschikbaarheidsvergoedingen en wordt zo vanzelf bestraft voor laattijdigheid. Wanneer echter de laattijdigheid voor de overheid een groot probleem



is, kan de latere betaling van beschikbaarheidsvergoedingen als sanctionering onvoldoende zijn.

Een andere sanctioneringsmethode bestaat er daarom in dat de overeenkomst in een verdragingsboete voorziet bij laattijdigheid en een bonusvergoeding bij snellere beschikbaarheid. Het combineren van een verdragingsboete en een vaste beschikbaarheidsperiode verdient geen aanbeveling, omdat de gecumuleerde impact te groot kan worden.

### **8.3.3 Andere sancties vóór de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat**

De overheid kan, naast een te late beschikbaarheid, ook gebeurtenissen of omstandigheden voorafgaand aan het beschikbaarheidscertificaat als tekortkomingen beschouwen. De opdrachtnemer wordt voor die tekortkomingen gepenaliseerd.

In de bouwfase gaat het niet om tekortkomingen aan de outputspecificaties waaraan door de opdrachtnemer pas op het einde van de bouwfase moet worden voldaan, maar bijvoorbeeld om administratieve tekortkomingen of tekortkomingen aan veiligheidsverplichtingen.

Het kan gaan om tekortkomingen met betrekking tot vastgelegde afspraken, procedures en methoden die er direct op gericht zijn om ernstige risico's te beheersen. Het kan ook gaan om tekortkomingen met betrekking tot het stipt en nauwgezet naleven en uitvoeren door de opdrachtnemer van al zijn administratieve, sociale en fiscale verplichtingen ten opzichte van de voor de uitvoering van de werkzaamheden tewerkgestelde werknemers, door hemzelf of zijn onderaannemers.

Ten slotte kunnen tekortkomingen gesanctioneerd worden die tot gevolg hebben of kunnen hebben dat de overheid en/of de bevoegde overheden niet of niet tijdig op de vereiste wijze betrokken worden bij de werkzaamheden en waardoor zij niet in de gelegenheid zijn gesteld om hun (publieke) taak uit te voeren, zoals bijvoorbeeld het niet op de hoogte brengen van de brandweer van bepaalde wegwerkzaamheden.

De grootte van de sanctie wordt door de zwaarte van de gevolgen van de tekortkoming door de opdrachtnemer bepaald. Contractuele tekortkomingen die tot gevolg hebben dat een risicovolle situatie wordt gecreëerd of die sterk kostenverhogend werken, worden zwaarder gesanctioneerd. Hetzelfde geldt voor tekortkomingen die tot vertraging leiden. Ten slotte mag men niet vergeten dat dit ertoe kan leiden dat de opdrachtnemer dubbel zal worden gesanctioneerd.

Bovendien worden tekortkomingen aan de belangrijkste administratieve en veiligheidsverplichtingen door de wetgever zelf al gesanctioneerd (bijvoorbeeld met strafsancties).

Het verdient aanbeveling deze boetes met mate te hanteren, om te vermijden dat ze als een soort pesterijen overkomen. Bovendien worden de belangrijkste administratieve en veiligheidsverplichtingen wettelijk al gesanctioneerd.

## **8.4 Betalingen en sancties vanaf het beschikbaarheidscertificaat**

---

### **8.4.1 Beschikbaarheidsvergoedingen**

Het betalingsmechanisme van een DBFM-overeenkomst in de beschikbaarheidsfase heeft de beschikbaarheid als uitgangspunt. De betaling is de tegenprestatie voor het ter beschikking houden van de gebouwde infrastructuur. De beschikbaarheidsvergoeding vormt de tegenprestatie voor zowel de investering als voor de onderhoudsverplichtingen en staat in DBFM-overeenkomsten doorgaans los van het effectieve gebruik van de gebouwde infrastructuur.

De overheid betaalt gedurende de volledige contractuele duurtijd een beschikbaarheidsvergoeding aan de opdrachtnemer. Voldoet de opdrachtnemer niet volledig aan de beschikbaarheidseisen, dan zal de beschikbaarheidsvergoeding worden gereduceerd.

De beschikbaarheid wordt ook aan de hand van kwaliteitsniveaureisten gemeten. Zo is een schoolgebouw bijvoorbeeld slechts beschikbaar wanneer de accommodatie netjes en veilig is en over functionerende ventilatie beschikt.

### **8.4.2 Gebruikersvergoeding**

In een aantal gevallen genereert de opdrachtnemer een deel van zijn inkomsten uit de vergoeding die gebruikers van de infrastructuur betalen. Dit betekent dat de inkomsten van de private partner deels van het aantal gebruikers van de infrastructuur afhankelijk zijn. De opdrachtnemer draagt met andere woorden

een volume- of vraagrisico. In de strikte zin van het woord is dit mechanisme niet eigen aan een DBFM-overeenkomst. De toepassing van een gebruikersvergoeding is alleen aan te raden op voorwaarde dat het volume of vraag risico tamelijk goed voorspelbaar is. Als deze inkomsten het overgrote deel van de totale opbrengsten uitmaken, hebben we te maken met een concessie.

In een systeem van gebruikersvergoedingen zal de private opdrachtnemer ertoe worden aangezet om zijn diensten zo goed mogelijk te verlenen, zodat het aantal gebruikers van zijn dienst toeneemt. In sommige gevallen zal de opdrachtgevende overheid bepaalde minimumwaarborgen geven ter beheersing van een minimaal volume.

Een voorbeeld is de tol die van de gebruikers van een brug wordt gevraagd. Een ander voorbeeld is de aanleg en de exploitatie van stadsparkings. Het succes van de exploitatie zal in veel gevallen afhangen van een parkeerbeleid dat het ondergronds parkeren ondersteunt.

### **8.4.3 De sanctie wegens onbeschikbaarheid van de infrastructuur: de beschikbaarheidskorting**

Zodra de infrastructuur gebouwd is en de opdrachtnemer zijn onderhoudsverplichting moet nakomen, wordt voorzien in de twee hogervermelde soorten sancties die wanprestaties van de opdrachtnemer moeten bestraffen.

Ten eerste wordt de onbeschikbaarheid van de infrastructuur gesanctioneerd. Dat gebeurt via beschikbaarheidskortingen (ook wel beschikbaarheidscorrecties of onbeschikbaarheidsvergoedingen genoemd). Daarnaast wordt de niet-nakoming door de opdrachtnemer gesanctioneerd van een aantal contractuele verplichtingen die niet tot de onbeschikbaarheid van de infrastructuur leiden. Dat gebeurt via prestatiekortingen. Bovendien kunnen boven op deze kortingen nog eens verzwaarde boetes worden geheven.

Een beschikbaarheidskorting sanctioneert zowel een eigen tekortkoming van de opdrachtnemer als een gedraging van een derde of een gebeurtenis die niet aan de opdrachtnemer toerekenbaar is, maar een risico voor de opdrachtnemer is en tot onbeschikbaarheid leidt. De DBFM-overeenkomst heeft het beschikbaarheidsrisico immers aan de opdrachtnemer overgedragen.

Voor het bepalen van de beschikbaarheidskorting is de objectieve meetbaarheid van de beschikbaarheid van de door de opdrachtnemer gebouwde infrastructuur van groot belang. Het moet contractueel duidelijk zijn wanneer bijvoorbeeld de gebouwde weg of school onbeschikbaar is. Wanneer niet volledig aan deze

beschikbaarheidseisen wordt voldaan, verliest de opdrachtnemer het recht op een betaling van de volledige beschikbaarheidsvergoeding. Zo kan de onbeschikbaarheid van een klaslokaal een feit zijn wanneer de algemene verlichting of de ventilatie niet of onvoldoende werkt. Het vaststellen van beschikbaarheidsniveaus is geen eenvoudige zaak. Bovendien moet in de sanctieniveaus gedifferentieerd worden tussen schendingen van kwaliteitsnormen die tot daadwerkelijke onbruikbaarheid van de huisvesting leiden en schendingen die weliswaar tot hinder leiden, maar het gebruik van de huisvesting niet onmogelijk maken.

Een ander vraagstuk is de bepaling van de zwaarte van de korting voor onbeschikbaarheid. De korting, dit is in wezen het bedrag dat van de beschikbaarheidsvergoeding wordt afgetrokken, moet zo goed mogelijk de effectieve graad van onbeschikbaarheid weergeven. De hoogte van de beschikbaarheidskorting wordt daarom afhankelijk gemaakt van verschillende parameters die met de ernst van de onbeschikbaarheid rekening houden. In het geval van de onbeschikbaarheid van wegen wordt meestal rekening gehouden met van de duur van de verminderde beschikbaarheid, de aard ervan, de tijdsvensters waarbinnen dat gebeurt (dag of nacht, spitsuur) enzovoort. De onbeschikbaarheid wordt voor dergelijke infrastructuur uitgedrukt op basis van *lane rentals*. Een lane rental is de beschikbaarheidswaarde van een weg per uur en geeft dus weer hoeveel waarde de overheid aan een rijstrook op een bepaald tijdstip hecht. De beschikbaarheidskorting is bijgevolg de som van de lane rentals van de onbeschikbare rijstroken, maar – in beginsel – na eventuele aftrek van een vrijgesteld bedrag.

Het gebruik van een dergelijk mechanisme moet beredeneerd gebeuren. Een te lage initiële beschikbaarheidskorting werkt veeleer een reactieve dan een proactieve houding van de opdrachtnemer in de hand. Een te hoge beschikbaarheidskorting zou kunnen leiden tot een te proactieve houding, wat hoge monitoringkosten voor de opdrachtnemer kan impliceren en dus zal leiden tot een hogere prijszetting.

#### **8.4.4 Sancties voor andere contractuele tekortkomingen: de prestatiekorting**

Naast de kortingen voor de verminderde beschikbaarheid kunnen er ook kortingen bestaan die de tekortkomingen van de opdrachtnemer aan zijn overige contractuele verplichtingen sanctioneren. De opdrachtnemer is niet alleen verantwoordelijk voor een permanente beschikbaarheid van de infrastructuur, maar ook voor het behalen van bepaalde kwaliteits- en veiligheidsniveaus, het naleven van bepaalde administratieve verplichtingen enzovoort. Bovenop de beschikbaarheidskorting zal de DBFM-overeenkomst daarom ook in een prestatiekorting voorzien. Dat is het product van boetepunten met een forfaitair bedrag per boetepunt.

De prestatiekorting wordt van de beschikbaarheidsvergoeding afgetrokken.

De prestatiegebreken die tot zo'n korting aanleiding geven, moeten uiteraard klaar en duidelijk in de overeenkomst opgelijst worden. Per categorie van overtredingen wordt een aantal boetepunten toegekend. In geval van een overtreding stelt de overheid vast tot welke categorie de overtreding behoort. Wanneer een prestatiegebrek terzelfder tijd ook aanleiding tot onbeschikbaarheid geeft, wordt voor diezelfde tekortkoming geen bijkomende sanctie opgelegd. De overheid moet vermijden dat hetzelfde feit twee keer wordt bestraft. Hetzelfde kan gelden wanneer een administratieve tekortkoming eerder al tot een effectieve administratieve boete aanleiding heeft gegeven.

Bij een ESR-neutrale DBFM-overeenkomst is proportionaliteit van de beschikbaarheidskortingen cruciaal. Geen beschikbaarheid gedurende een bepaalde periode moet resulteren in nul beschikbaarheidsvergoeding. Wat betreft prestatiekortingen vanwege andere gebreken is Eurostat soepeler inzake modaliteiten wanneer het regime van beschikbaarheidskortingen strikt wordt toegepast. Vanuit contractueel standpunt is het aan te raden om te zorgen voor een goed ingericht mechanisme van prestatiekortingen, zodat de juiste prikkels ontstaan.

Tijdens de beschikbaarheid van de infrastructuur valt een onderscheid te maken tussen prestatiegebreken waardoor de infrastructuur niet langer aan de 'kritieke prestatie-eisen' dreigt te voldoen en prestatiegebreken die de 'niet-kritieke prestatie-eisen' in gevaar brengen. De overheid bepaalt zelf wat zij als kritieke of niet-kritieke prestatie-eisen beschouwt. Het onderscheid tussen beide categorieën ligt in de herstelverplichting van de opdrachtnemer. Telkens als een kritieke prestatie-eis niet meer wordt gehaald, moet de opdrachtnemer eigen beweging maatregelen nemen om dat gebrek zonder verwijl te herstellen. Het niet-naleven van de kritieke prestatie-eisen wordt doorgaans ook zwaarder bestraft dan de niet-naleving van niet-kritieke prestatie-eisen. Dit betekent dat de overheid voor een overtreding van een kritieke prestatie-eis een groter aantal boetepunten vastlegt dan voor de overtreding van een niet-kritieke prestatie-eis.

## 8.5 Bijkomende mechanismen om ondermaats presteren te sanctioneren

Wanneer de beschikbaarheid onder een bepaald niveau daalt of het ondermaats presteren van de opdrachtnemer een voortdurend karakter heeft, staan bijkomende sanctiemechanismen ter beschikking.

De opdrachtgevende overheid kan bijvoorbeeld de druk op de opdrachtnemer voortdurend verhogen. Tekortkomingen van de opdrachtnemer, daarin begrepen de niet-naleving van de bevelen van de overheid, worden door een bevoegde of aangestelde van de overheid vastgesteld in een proces-verbaal dat naar de opdrachtnemer wordt gestuurd. De opdrachtnemer dient onmiddellijk zijn contractuele tekortkomingen te herstellen. Hij kan eveneens binnen korte termijn zijn verweer aan de overheid doen gelden.

Wanneer de overheid vaststelt dat de opdrachtnemer in gebreke blijft, kan ze in bepaalde gevallen voorzien dat ze ambtshalve maatregelen kan nemen. Die verschillen niet wezenlijk van de ambtshalve maatregelen die in de Algemene Uitvoeringsregels zijn voorzien.

Die maatregelen zijn de volgende:

- De beëindiging van de DBFM-overeenkomst wanneer er zich een grond voor onmiddellijke beëindiging voordoet.
- De uitvoering door de overheid van de niet-uitgevoerde werken in eigen beheer.
- Het sluiten van overeenkomsten met derden voor rekening van de in gebreke blijvende opdrachtnemer voor het geheel of een deel van de nog uit te voeren werkzaamheden.

De opdrachtnemer moet de prijs van deze ambtshalve bevolen maatregelen aan de overheid betalen. Hij blijft echter titularis van de DBFM-overeenkomst en het betalingsmechanisme blijft meestal onverkort van toepassing. Hij betaalt dus weliswaar de werkzaamheden, maar ontvangt ook de beschikbaarheidsvergoedingen voor de beschikbaarheid van de infrastructuur.

Wanneer de DBFM-overeenkomst in de regeling van ambtshalve maatregelen voorziet, moet die regeling wel rekening houden met de rechten van de financiers op grond van de directe overeenkomst.

# 9

# Prijsherziening, benchmarking en market testing

---

## 9.1 Algemeen

Het uitgangspunt is dat de DBFM-overeenkomst in de betaling van een vergoeding door de overheid aan de opdrachtnemer voorziet, die voor de gehele duurtijd van de DBFM-overeenkomst performantiegerelateerd vastligt. Het feit dat de vergoeding vastligt, betekent echter niet dat de betalingen die de overheid doet aan de opdrachtnemer in bepaalde gevallen niet kan worden aangepast. Als we de bijzondere gevallen – zoals onvoorziene omstandigheden en overmacht – even buiten beschouwing laten, zijn er drie belangrijke mechanismen om de vergoedingen aan te passen aan evoluties tijdens de looptijd van het contract. Het mechanisme van de prijsherziening (indexering) vangt allereerst prijsstijgingen op. Via *market testing* of benchmarking kan men dan weer inbouwen dat de prijzen gedurende de looptijd van het contract marktconform blijven.

## 9.2 Prijsherziening

Bij contracten die over een lange termijn lopen, evolueren ook de prijscomponenten, overeenkomstig een algemeen of specifiek inflatieritme. Om de opdrachtnemer tegen die haast onbeheersbare en niet in te schatten risico's te beschermen, wordt in de praktijk opgenomen dat een indexatie mogelijk is van (delen van) de beschikbaarheidsvergoeding.

De beschikbaarheidsvergoeding is de 'prijs' die de overheid voor de door de opdrachtnemer geleverde diensten betaalt. Aangezien die diensten uiteenlopende prestaties van de opdrachtnemer bevatten, is de prijs, tenminste wanneer niet ook aanzienlijke mijlpaalvergoedingen worden betaald, een samenstelling van vergoedingen voor die verschillende prestaties zoals (minstens gedeeltelijk) de bouwkosten, de financieringskosten, de werkingskosten van de SPV en de onderhoudskosten.

De overheid kan voorzien in een aanpassing van een of meer componenten.

De ontwerp- en bouwfase is in principe van kortere duur dan de onderhoudsfase en daarom ook minder aan prijsstijgingsrisico's onderhevig. Niet zelden gebeurt er daarom voor deze periode geen prijssherziening. In sommige gevallen wordt er niettemin wel voor gekozen om vlak vóór contract close toch een eenmalige prijssherziening van de bouwcomponent toe te laten. De aanbestedingsprocedure kan immers heel lang duren. Op die manier wordt het risico gemilderd dat de bouwpreisen sterk stijgen tussen het moment waarop de opdrachtnemer zijn prijs fixeert (normalerwijze het moment van de indiening van zijn BAFO) en de eigenlijke bouwfase. Een dergelijke milderende ingreep is aan te raden wanneer de materiaalpreisen zeer volatiel zijn of wanneer tussen de indiening van de BAFO en financial close een lange periode ligt. Het eindresultaat zal immers een lagere bouwpreis zijn, omdat de opdrachtnemer zo het risico op sterke prijsstijgingen kan uitsluiten.

Een tweede component van de beschikbaarheidsvergoeding (de eigenlijke onderhoudsvergoeding) heeft betrekking op het onderhoud. Het onderhoud loopt over een lange periode (van tien tot veertig jaar). Het risico op inflatie en prijsstijgingen voor de opdrachtnemer is in die periode het grootst. Daarom wordt de prijssherzieningsformule doorgaans in ieder geval op die component toegepast. De overheid heeft twee opties. Een prijssherzieningsmechanisme kan in een formule voorzien die op een index gebaseerd wordt.

Het verdient aanbeveling een gedegen prijssherzieningsformule in de DBFM-overeenkomst op te nemen. Voor bouwkosten kan bijkomend ook nog worden voorzien in een aparte eenmalige prijssherziening die voorafgaat aan contractsluiting.

## 9.3 Benchmarking

DBFM-overeenkomsten die ook in de levering door de opdrachtnemer voorzien van een aantal 'aanvullende' diensten, zoals schoonmaken en catering, bevatten niet zelden in een benchmarkingmechanisme.

Benchmarking is een techniek waarbij de opdrachtnemer zijn eigen kosten of de kosten van zijn onderaannemers om bepaalde diensten te leveren tegen de marktprijzen gaat aftoetsen. Het kan ook betekenen dat de overheid de kosten gaat aftoetsen en vergelijken. Op die manier wordt de opdrachtnemer gedwongen om



enige marktconformiteit te houden, desgevallend verantwoording af te leggen en toezicht te vergemakkelijken. Maar tegelijkertijd kan de overheid ook te maken krijgen met een eventuele stijging van de marktprijs.

De DBFM-overeenkomst moet de krijtlijnen van het benchmarkonderzoek uiteenzetten. Zo moet bepaald worden wie de kosten van het onderzoek draagt, wie het onderzoek voert (meestal een onafhankelijke onderzoeker) enzovoort. Het is ook van belang de frequentie van de benchmarking te bepalen. Vanaf de contractsluiting wordt in een periode voorzien waarna bij het verstrijken ervan de opdrachtnemer een eerste benchmarktest uitvoert. Die periode mag niet te kort zijn. Anders zou de opdrachtnemer tijdens de gunning in de verleiding kunnen komen om met lage kosten in te schrijven én erop te rekenen dat na de benchmarktest die kosten weer verhoogd worden. Bovendien zou hij, eenmaal de resultaten van een benchmarkonderzoek bekend zijn, alweer een nieuw onderzoek moeten beginnen.

De test zal resulteren in een uitkomst over de vergoeding (of technieken) van de aan de benchmarking onderworpen diensten. De DBFM-overeenkomst zal bepalen wat de contractuele gevolgen hiervan zijn. Als bijvoorbeeld uit het benchmarkonderzoek blijkt dat de kosten voor bepaalde diensten als gevolg van nieuwe ontwikkelingen voor in totaal meer dan 5 % in min afwijken van de overeenstemmende kosten in de prijs die de overheid betaalt, kan de DBFM-overeenkomst bepalen dat die kosten worden aangepast met 80 % van het verschil tussen de uitkomst uit het benchmarkonderzoek en de daadwerkelijk door de opdrachtnemer aangerekende kosten.

## **9.4**     **Market testing**

Market testing is de techniek waarbij de opdrachtnemer verplicht wordt diensten die door een onderaannemer worden geleverd, periodiek opnieuw aan te besteden. Er wordt van uitgegaan dat op die wijze de marktconformiteit van de prijs voor die dienst gegarandeerd kan worden.

Wanneer blijkt dat andere ondernemingen de diensten tegen een goedkoper tarief kunnen leveren, kan dat tot de vervanging van de onderaannemer leiden. Dat is meteen het grootste verschil met benchmarking. Evenwel kan, in omgekeerde zin, ook blijken dat de onderaannemer die diensten in wezen onder de marktprijs levert. In dat geval wordt de prijs naar boven aangepast. Het resultaat van de market test leidt dus tot een prijsaanpassing in het geval dat de prijzen te hoog of te laag zijn.

De techniek wordt voornamelijk in het Verenigd Koninkrijk gebruikt. Van het gebruik van de markettesttechniek in DBFM-overeenkomsten zijn in Vlaanderen nog geen voorbeelden bekend.

Via benchmarking en market testing kan het prijsniveau van sommige vormen van dienstverlening aan de markt getoetst worden. Met die technieken moet zuinig omgesprongen worden.

Wanneer ESR-neutraliteit wordt nagestreefd van de DBFM-overeenkomst is enige voorzichtigheid geboden bij benchmarking en market testing. Wanneer de mechanismen betrekking hebben op kernbestanddelen van de DBFM, en dus niet louter aanvullende diensten, dan zal Eurostat het contract automatisch *on balance* kwalificeren. Bovendien is Eurostat van oordeel dat een market testing of benchmarking over kortere tijdsintervallen dan iedere vijf jaar te beschouwen is als een belangrijk (negatief) element in het raam van de globale beoordeling van de ESR-neutraliteit van het contract. Hetzelfde geldt voor de risico's en voordelen van de kostentoeenames en -besparingen die geacht worden bij de opdrachtnemer te rusten. Is dat niet het geval, dan zal dat een belangrijk negatief element vormen in de globale beoordeling van de eventuele ESR-neutraliteit.

# 10 Bijzondere omstandigheden

---

## 10.1 Inleiding

De opdrachtnemer staat in principe vanaf beschikbaarheid gedurende de volledige duurtijd van de DBFM-overeenkomst voor de beschikbaarheid van de infrastructuur in. Hij draagt in de regel alle risico's die daaraan verbonden zijn. Op dat principe bestaan belangrijke uitzonderingen. Er kunnen zich met name bijzondere omstandigheden voordoen die een impact hebben op de nakoming van de verplichtingen van de opdrachtnemer (tijd/kosten), waarvoor hij niet kan instaan en waarop hij dus niet kan worden aangesproken.

Het mechanisme van de bijzondere omstandigheden vormt een verbijzondering van de klassieke regeling van overmachtssituaties en onvoorziene omstandigheden in het overheidsopdrachtenrecht. Overeenkomstig die bepaling kan de opdrachtnemer zich in bepaalde gevallen beroepen op een verlenging van de uitvoeringstermijn, herziening of verbreking van de opdracht en/of wegens onvoorziene omstandigheden op een tekortkoming van de overheid. In tegenstelling tot wat bij klassieke overheidsopdrachten het geval is, omschrijft de DBFM-overeenkomst op voorhand alle onvoorziene omstandigheden die in aanmerking komen. Omstandigheden die niet worden omschreven, zullen in beginsel een risico van de opdrachtnemer zijn. Bovendien verschillen de contractuele gevolgen van de bijzondere omstandigheid, naargelang er sprake is van een geval van vergoeding of een geval van uitstel in de DBFM-overeenkomst.

De bijzondere omstandigheden zijn dan ook een zo gedetailleerd mogelijke opsomming van projectrisico's die (on)voorzienbaar zijn, met daaraan gekoppeld de rechten en verplichtingen van de contractpartijen. Op die manier ontstaan contractbepalingen waarin risico's worden gerangschikt in categorieën, met per categorie een beschrijving van de contractuele gevolgen.

De klassieke DBFM-praktijk gaat uit van drie soorten bijzondere omstandigheden: overmacht, uitstel en vergoeding.

## 10.2 Gevallen van overmacht

### 10.2.1 Definitie

De gevallen van overmacht worden doorgaans limitatief opgesomd in de DBFM-overeenkomst. Ze gevallen omvatten in beginsel de klassieke gevallen van overmacht zoals natuurverschijnselen (extreme weersomstandigheden, aardbevingen), oorlogssituaties en terroristische aanslagen.

Niet elke omstandigheid die maakt dat de opdrachtnemer niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen, wordt als een geval van overmacht beschouwd. Een bepaalde gebeurtenis is slechts een geval van overmacht wanneer het voor een partij niet of slechts tegen hogere kosten mogelijk is om aan zijn contractverplichtingen te voldoen. Dit belet dat de opdrachtnemer te pas en te onpas overmacht zou inroepen. De overheid kan er, bijvoorbeeld, in bepaalde gevallen voor kiezen dat de opdrachtnemer slechts aanspraak kan maken op de contractuele gevolgen van een geval van overmacht voor zover hij zijn contractuele verplichtingen slechts mits het aanrekenen hogere kosten kan nakomen. Door de voorwaarde van 'hogere kosten' aan de definitie van overmacht toe te voegen, vindt een extra risicoverschuiving plaats. Soms wordt exact bepaald wat de drempel is om van hogere kosten te kunnen spreken. De opdrachtnemer kan in zo'n geval slechts van de bijzondere vergoedingsregeling voor een geval van overmacht genieten wanneer hij niet of slechts tegen contractueel gedefinieerde hogere kosten zijn verplichtingen kan nakomen.

Onder de overmachts categorie vallen dus omstandigheden die buiten iedere invloed van beide contractspartijen vallen. In het geval dat de overmachtsituatie gedurende een lange periode voortduurt, krijgen de partijen de mogelijkheid om het contract te beëindigen.

### 10.2.2 Contractuele gevolgen

De gevallen van overmacht hebben in de regel als gevolg dat de opdrachtnemer zijn verbintenissen niet zal kunnen nakomen. Aangezien naar alle waarschijnlijkheid geen van beide partijen zich in een betere positie dan de andere zich bevindt om een geval van overmacht of minstens de effecten daarvan te vermijden, en de gevolgen ervan zich over een langere periode kunnen uitstrekken, worden de gevallen van overmacht anders behandeld dan de gevallen van vergoeding.

De DBFM-overeenkomst regelt de contractuele gevolgen van overmacht. Zo wordt bepaald wat de contractuele verplichtingen van de overheid en de opdrachtnemer

tijdens de overmachtssituatie zijn, wat de gevolgen voor het voortbestaan van de DBFM-overeenkomst zijn en wat de schaderegeling tussen de partijen is.

Wanneer een geval van overmacht zich voordoet, worden de verplichtingen van de opdrachtnemer die ten gevolge van de overmacht niet kan presteren tijdelijk opgeschort. De opdrachtnemer moet alle redelijke maatregelen nemen om de nadelige gevolgen van de overmacht te beperken. Er is op dat moment geen beëindiging van de overeenkomst wegens wanprestatie mogelijk. Er kunnen door de overheid ook geen boetepunten worden opgelegd.

Wanneer een geval van overmacht zich voordoet kan de DBFM-overeenkomst bepalen dat elke partij zijn eigen schade draagt. De gevolgen daarvan kunnen voor de opdrachtnemer dramatisch zijn. Wanneer de overeenkomst niet verbroken wordt, zal hij op grond van zijn instandhoudingsverplichting de infrastructuur in oorspronkelijke staat moeten herstellen, tenzij contractueel iets anders is bepaald. Afgezien van de kosten voor de wederopbouw misloopt de opdrachtnemer gedurende die periode bovendien veelal de beschikbaarheidsvergoedingen. Wanneer de overeenkomst wordt verbroken, zal de opdrachtnemer, behoudens andersluidende contractuele bepaling, geen beschikbaarheidsvergoedingen meer ontvangen en zelf voor de terugbetaling van de financiers moeten instaan. Hoewel geen van de twee partijen voor het geval van overmacht kan worden aangesproken, zal de overheid daarom in de meeste gevallen het overmachtsrisico gedeeltelijk dragen. Zoniet zal het project ook zeer moeilijk gefinancierd geraken.

Wanneer de overeenkomst ten gevolge van overmacht niet wordt verbroken, zal een overmachtssituatie als een geval van uitstel of zelfs van vergoeding worden beschouwd. Wanneer een geval van overmacht ook aanleiding geeft tot een (kritieke) vertraging die niet tot de voortijdige beëindiging van de DBFM-overeenkomst leidt, zal het projectverloop opschuiven met een periode gelijk aan de duur van die vertraging. In het laatste geval wordt de opdrachtnemer voor die hogere kosten integraal vergoed. Meestal zal een deel van de schade voor rekening blijven van de partij die de schade heeft geleden. De opdrachtnemer komt bijgevolg in geval van overmacht doorgaans niet voor een volledige vergoeding van zijn schade in aanmerking.

Naast een regeling van de verplichtingen van de overheid en de opdrachtnemer, worden in de DBFM-overeenkomst ook de contractuele gevolgen vastgelegd wanneer het geval van overmacht een langdurige impact op de verplichtingen van de contractpartijen heeft. Wanneer een geval van overmacht aanhoudt gedurende een contractueel bepaalde periode en partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over de voortzetting van de DBFM-overeenkomst, of als vaststaat dat als gevolg ervan de overeenkomst niet kan worden voortgezet, dan

heeft elk van de partijen het recht om de DBFM-overeenkomst te beëindigen. In dat geval zal ook een passende vergoeding worden uitgekeerd aan de opdrachtnemer. Die vergoeding zal doorgaans alle gemaakte kosten dekken, maar niet de derving van toekomstige winsten.

## 10.3 Gevallen van uitstel

### 10.3.1 Definitie

Een vertraging in de bouwplanning waardoor de beschikbaarheidsdatum later valt dan de initieel geplande beschikbaarheidsdatum, kan verschillende oorzaken hebben. Een evidente reden is dat de opdrachtnemer niet snel genoeg gewerkt heeft. In dat geval worden de eerder besproken sancties bij te late beschikbaarheid toegepast. De opdrachtnemer kan echter ook een vertraging in de bouwwerken oplopen, die niet aan hem te wijten is. In de DBFM-overeenkomst vindt men die gebeurtenissen opgesomd als een geval van uitstel.

Gevallen van uitstel zijn bijzondere omstandigheden die aanleiding geven tot een vertraging in de realisering van het project. Deze omstandigheden hebben voornamelijk een impact op de planning en kosten van en tijdens de bouwfase. Nochtans kunnen ze ook op de onderhoudsfase worden toegepast.

Niet elke vertraging wegens een bijzondere omstandigheid geeft aanleiding tot een geval van uitstel. De vertraging kan door de overheid pas als een geval van uitstel worden gedefinieerd wanneer die vertraging 'kritiek' is, dat wil zeggen: wanneer een in de DBFM-overeenkomst bepaalde drempel werd overschreden. In dat geval kan de opdrachtnemer zich pas beroepen op een geval van uitstel wanneer de vertraging slechts door het maken van bijkomende kosten kan worden ingelopen.

De mogelijke gevallen van uitstel zijn talrijk en verschillen van project tot project. De meest voorkomende gevallen zijn de volgende:

- De aanwezigheid op het bouwterrein van onvoorziene verontreiniging, een archeologische vindplaats, explosieven of andere obstakels die aan de opdrachtnemer niet uit de verstrekte gegevens kenbaar waren of konden zijn.
- De stillegging van de werken wegens de aanwezigheid van beschermde dier- of plantsoorten.

- Het niet binnen de daarvoor geldende wettelijke termijnen uitvoerbaar worden van aangevraagde vergunningen als gevolg van mogelijke procedures voor de Raad van State en dergelijke meer.
- Ook andere bijzondere omstandigheden kunnen, naargelang de risicoverdeling door de overheid, gevallen van uitstel zijn. Enkele voorbeelden:
- Het niet binnen een redelijke termijn meewerken door de beheerders of eigenaren van kabels of leidingen aan de verwijdering of verlegging van die kabels of leidingen.
- Het door een vergunningverlenende instantie stellen van bijkomende voorwaarden aan het verlenen van een door de opdrachtnemer aangevraagde vergunning.

### 10.3.2 Contractuele gevolgen

Wanneer een geval van uitstel zich voordoet wordt de duurtijd van de DBFM-overeenkomst met een periode gelijk aan de duur van de vertraging verlengd. In concreto betekent dit dat de aanvangsdatum (mocht die nog niet zijn bereikt) en de geplande beschikbaarheidsdatum opschuiven met een periode die aan de opgelopen vertraging gelijk is. De overheid kan er echter ook voor kiezen dat de opdrachtnemer de vertraging, of een deel daarvan, inloopt. De bijkomende kosten die de opdrachtnemer maakt voor het inlopen van de vertraging worden dan door de overheid volledig vergoed. In dat geval wordt de duurtijd van de overeenkomst niet verlengd, maar ontvangt de opdrachtnemer, als gevolg van het geval van uitstel, een vergoeding.

Een verschuiving van de beschikbaarheidsdatum heeft tot gevolg dat het project voor de opdrachtnemer pas op een latere datum de inkomsten zal genereren waarmee de opdrachtnemer de financiers terugbetaalt. Een verschuiving heeft dus additionele (financiële) kosten tot gevolg.

Meestal betaalt de overheid per dag kritieke vertraging een contractueel vastgelegde forfaitaire vergoeding. (Nog eens: niet de gewone vertraging te wijten aan het niet goed uitvoeren van de opdracht, wel de laattijdigheid te wijten aan bijzondere omstandigheden, niet te wijten aan de opdrachtnemer wordt vergoed.) De overheid hoeft echter niet steeds in een vergoeding voor een geval van uitstel te voorzien. Ten slotte is ook een gemengd systeem mogelijk, waarbij bepaalde gevallen van uitstel na een bepaalde periode ook een geval van vergoeding worden.

Wanneer een geval van uitstel een (contractueel bepaalde) kritieke duurtijd overschrijdt, of wanneer vaststaat dat het uitstel die duurtijd zal overschrijden, heeft doorgaans elk van de partijen het recht om de overeenkomst te beëindigen. Bij een beëindiging heeft de opdrachtnemer recht op een (bepaalde) vergoeding door de overheid in overeenstemming met een bijzondere vergoedingsregeling bij voortijdige beëindiging.

### **10.3.3 Risicoverdeling: ‘kritieke’ vertraging**

De overheid beschouwt een opgelopen vertraging naar aanleiding van een limitatief opgesomde gebeurtenis pas als een geval van uitstel wanneer de vertraging ‘kritiek’ is. Wanneer op de voorziene beschikbaarheidsdatum niet of slechts tegen substantieel hogere kosten aan de outputspecificaties kan worden voldaan, is er sprake van een kritieke vertraging van de werkzaamheden. Een kritieke vertraging kan ook uitgedrukt worden in effectieve dagen vertraging op de planning. Net zoals bij gevallen van overmacht soms een risicoverschuiving plaatsvindt, wordt een deel van het risico naar de private opdrachtnemer geschoven door een vertraging pas als kritiek te beschouwen wanneer de opdrachtnemer bepaalde contractueel vooraf vastgelegde kosten moet maken of wanneer de vertraging een minimumaantal dagen overschrijdt. De opdrachtnemer draagt bijgevolg het risico ten belope van de kosten die hij moet maken om het project weer op de rails te krijgen, maar die evenwel niet hoog genoeg oplopen om ervoor vergoed te worden.

## **10.4 Gevallen van vergoeding**

### **10.4.1 Definitie**

Een geval van vergoeding is een omstandigheid die er onvermijdelijk toe leidt dat de opdrachtnemer kosten moet maken voor de realisering van het project die hoger zijn dan voorzien. Ook hier gaat het niet over hogere kosten die het gevolg zijn van een slechte uitvoering of inschatting door de opdrachtnemer. Het gaat alleen om omstandigheden die uitdrukkelijk in de DBFM-overeenkomst zijn opgenomen als aanleiding gevend tot een extra vergoeding.

Vaak voorkomende gevallen van vergoeding zijn de volgende:

- wijzigingen die door de overheid werden opgelegd in de loop van de uitvoering van het project;



- relevante wetswijzigingen;
- onjuistheid van feitelijke gegevens die door de overheid werden verstrekt en die dus een contractueel karakter hebben;
- schade aan de infrastructuur die het gevolg is van bepaalde incidenten;
- de niet-nakoming door de overheid van haar contractuele verplichtingen, behalve wanneer ze een bepaalde verplichting tot het betalen van een geldsom niet nakomt;
- een inbreuk door de opdrachtnemer op de intellectuele eigendomsrechten van een derde als gevolg van door de overheid opgelegde contractdocumenten.

### 10.4.2 Contractuele gevolgen

Wanneer een geval van vergoeding zich voordoet moet de overheid in overeenstemming met de in de DBFM-overeenkomst voorziene regeling van de vergoeding bij bijzondere omstandigheden een vergoeding betalen aan de opdrachtnemer. Dat is meteen het voornaamste verschil met een geval van uitstel. De vergoeding die de overheid aan de opdrachtnemer betaalt, wordt ook anders berekend. De opdrachtnemer heeft namelijk recht op de vergoeding van zijn financieel nadeel. Dit gaat dus verder dan de forfaitaire dagelijkse vergoeding die in het geval van een geval van uitstel wordt betaald.

De DBFM-overeenkomst kan een geval van vergoeding dat ook tot een (kritieke) vertraging aanleiding geeft, gelijkstellen met een geval van uitstel wat betreft de verschuiving van de bouwtermijn. De gevolgen van een geval van vergoeding en een geval van uitstel worden dan gecombineerd. Dit betekent dat het zich voordoen van dat geval niet alleen aanleiding tot een vergoeding geeft, maar dat het projectverloop met een periode gelijk aan de duur van die vertraging opschuift, voor zover de opdrachtnemer de vertraging niet moet inlopen tegen hogere kosten. In het laatste geval wordt de opdrachtnemer voor die hogere kosten vergoed.

### 10.4.3 Risicoverdeling

De vergoeding is doorgaans geen integrale vergoeding. Het contractueel vergoedingsmechanisme voorziet meestal in een vergoedingsregeling die voorschrijft dat de opdrachtnemer een deel van het opgelopen financieel nadeel op zich neemt in de vorm van een franchise.

De gevallen waarin wordt afgeweken van het beginsel dat de opdrachtnemer het bouw- en beschikbaarheidsrisico draagt, worden bovendien beperkend opgevat. De overheid wil voorkomen dat de opdrachtnemer zich voortdurend op gevallen van vergoeding beroept. De overheid zal bovendien meestal een minimumdrempel of franchise bepalen waaronder de schade niet wordt vergoed: de zogenaamde 'substantieel hogere kosten'.

Opdrachtnemers zullen er dikwijls op aandringen dat wanneer zij een deel van het financieel nadeel moeten dragen, de DBFM-overeenkomst ook duidelijkheid verschaft vanaf wanneer de overheid in ieder geval tussenkomt of zelfs de vergoeding volledig zal dragen (een zogenaamd plafond waarboven de overheid de gevolgen zal dragen). Het toestaan van plafondbedragen kan een belangrijk kostenbeheersend effect hebben. Wanneer zulke bedragen voorzien zijn, zullen de opdrachtnemers belangrijke risicobedragen in hun prijs opnemen. Wanneer de overheid een plafondbedrag aanvaardt, zullen de opdrachtnemers alleen het plafondbedrag in hun prijs opnemen. Een laag plafondbedrag drukt dus de prijs. Tegelijk doet het aanvaarden van plafondbedragen het bouw- en beschikbaarheidsrisico weer gedeeltelijk naar de overheid verschuiven.

#### **10.4.4 ESR-aspecten**

Bijzondere aandacht dringt zich op wanneer de overheid een ESR-neutrale overeenkomst nastreeft. Eurostat, dat op de toepassing van de ESR-regels toeziet, eist dat bijzondere omstandigheden limitatief opgesomd zijn, geen macro-economische risico's dekken, niet toerekenbaar aan de private opdrachtnemer zijn, en redelijkerwijze niet voorzienbaar of inschatbaar zijn. Worden deze voorwaarden niet nageleefd, dan wordt dat beschouwd als belangrijk negatief element bij de beoordeling van de ESR-neutraliteit van het project. Het mechanisme van bijzondere omstandigheden mag overigens niet gebruikt worden om de gebruikelijke risicoverdeling van het contract uit te hollen.

Bij eventuele betalingen gaat Eurostat er verder van uit dat de betalingen geen betrekking mogen hebben op sommen die normaal via verplichte of gangbare verzekeringen kunnen worden gerecupereerd. Is dat wel het geval, dan is dat een belangrijk negatief element bij de globale beoordeling van de ESR-neutraliteit van het contract.

# 11

# Wijzigingen van het contract

---

## 11.1 Inleiding

DBFM-overeenkomsten zijn langetermijncontracten. Het is evident dat zich gedurende zo'n lange periode ook wijzigingen aan de overeenkomst kunnen opdringen. Sommige omstandigheden die een wijziging verantwoord zijn voorzienbaar, andere weer niet. Een wijziging kan niet alleen feitelijk maar ook juridisch zijn, bijvoorbeeld doordat de reglementering veranderd is betreffende de eisen waaraan de infrastructuur moet voldoen. Een wijziging kan er op vraag van de overheid komen. Het kan ook een wens van de opdrachtnemer zijn.

Ook klassieke overheidsopdrachten voorzien in wijzigingsmogelijkheden voor de overheid. De Algemene Uitvoeringsregels bevatten diverse bepalingen tot regeling van wijzigen en moedigen de overheid ook aan om specifieke bepalingen op te nemen.

De mogelijkheid tot wijziging is in zeer gedetailleerde vorm in de DBFM-overeenkomst terug te vinden. Al naargelang zal daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen grote en kleine wijzigingen. Bij kleine wijzigingen zullen de verplichtingen die nageleefd moeten worden doorgaans veel lichter zijn. Bij grote wijzigingen zullen zwaardere procedures moeten worden doorlopen.

Elke DBFM-overeenkomst heeft nood aan een mechanisme dat toelaat om onafwendbare veranderingen op voldoende flexibele, transparante en kosten-efficiënte manier door te voeren. De veranderingen mogen geen afbreuk doen aan de fundamentele economie van het contract. Ze mogen evenmin het contractueel evenwicht tussen overheid en opdrachtnemer in het gedrang brengen. Het is daarom van belang om contractueel vast te leggen hoe de contractspartijen met dergelijke situaties omgaan. Enerzijds moet een wijzigingsprocedure worden vastgelegd, anderzijds moeten de financiële gevolgen van een wijziging geregeld worden.

In de meeste situaties zal de opdrachtnemer tegen een wijziging van de overheid geen bezwaar hebben mits hij voor de eventuele financiële meerkosten afdoende wordt gecompenseerd. Wanneer de wijziging leidt tot een verhoogd risico voor

de opdrachtnemer, zal ook dit verhoogd risico gecompenseerd moeten worden. Een verhoogd risicoprofiel kan ook tot gevolg hebben dat de financiers een hogere risicopremie op hun financieringstarieven vragen. Als financiers niet meer bereid zijn om mee te werken, kunnen de werkzaamheden niet verder door de opdrachtnemer worden uitgevoerd en kan de wijziging niet worden doorgevoerd. Ten slotte kan een wijziging die het gevolg is van een verandering in de reglementering ook een aanzienlijke impact hebben op de verplichtingen van de partijen.

In wat volgt worden drie situaties onderscheiden: een *wijziging opdrachtgever*, een *wijziging opdrachtnemer* en een zogenaamde *relevante wetswijziging*.

## **11.2 Een wijziging opdrachtgever**

Een wijziging die door de overheid wordt voorgesteld, noemt men in het DBFM-jargon een wijziging Opdrachtgever. De overheid kan ervoor kiezen om in de DBFM-overeenkomst te bepalen dat de overheid de volledige overeenkomst kan wijzigen, of slechts wijzigingen toelaten van bepaalde contractuele bijlagen, zoals de outputspecificaties. In het laatste geval kan de overheid aan essentiële contractuele bijlagen, zoals het betalingsmechanisme, geen wijzigingen doorvoeren.

Bepaalde wijzigingen die zich opdringen door externe omstandigheden worden automatisch als een wijziging opdrachtgever beschouwd.

Een al te breed geformuleerde wijzigingsmogelijkheid voor de overheid wordt door de opdrachtnemer als een risico beschouwd. De DBFM-overeenkomst stelt daarom meestal grenzen aan de wijzigingsbevoegdheid van de overheid. Een wijziging opdrachtgever mag niet tot gevolg hebben dat de bijkomende werkzaamheden geen direct verband hebben met de oorspronkelijke verplichtingen van de overheid. Evenmin mag de overheid het risicoprofiel van de opdrachtnemer nadelig beïnvloeden. Het risicoprofiel van de opdrachtnemer wordt nadelig beïnvloed wanneer het project als gevolg van een wijziging niet (meer) gefinancierd wordt of wanneer de externe financiers een hogere risicopremie wensen, waardoor de financieringslasten toenemen. De DBFM-overeenkomst kan ook bepalen dat de opdrachtnemer een wijziging opdrachtgever mag weigeren wanneer de realisatieprijs, als gevolg van de wijzigingen, in belangrijke mate stijgt.

Algemeen gesteld brengt het doorvoeren van de wijziging met zich mee dat aan de opdrachtgever een vergoeding zal moeten worden betaald om de gevolgen van de wijziging te compenseren.

Heeft de vergoeding naar aanleiding van de wijziging opdrachtgever tot gevolg dat (indirect) ook slechte uitvoering door de opdrachtnemer wordt vergoed, dan wordt dat door Eurostat als een belangrijke (negatief) element beschouwd bij de beoordeling van de ESR-neutraliteit.

### **11.3 Een wijziging opdrachtnemer**

Een wijziging die door de opdrachtnemer wordt voorgesteld, is in het DBFM-jargon een wijziging opdrachtnemer. Net als in het geval van een wijziging Opdrachtgever heeft de overheid de keuze om de opdrachtnemer vrij te laten in het voorstellen van wijzigingen van de DBFM-overeenkomst, of de keuzevrijheid te beperken tot slechts een wijzigingsmogelijkheid van een beperkt aantal bepalingen.

Een wijziging door de opdrachtnemer mag niet tot gevolg hebben dat werkzaamheden worden uitgevoerd die buiten de reikwijdte van de overeenkomst vallen.

Leidt de wijziging opdrachtnemer tot compensaties door de overheid, dan zal dat in de regel als een belangrijk (negatief) element worden meegenomen bij de beoordeling van de ESR-neutraliteit van het contract.

### **11.4 Een relevante wetswijziging**

De opdrachtnemer moet bij de uitvoering van zijn contractuele verplichtingen de regelgeving naleven. De kosten die de opdrachtnemer op grond van de huidige of voorzienbare wetgeving op het moment van de gunningsprocedure kon kennen, zijn normalerwijze in de offerteprijs van de opdrachtnemer voorzien. Niettemin is de opdrachtnemer niet in staat om in zijn prijs met kosten rekening te houden die uit wijzigende regelgeving voortvloeien. De DBFM-overeenkomst moet bijgevolg een antwoord bieden op de vraag wie het risico van wijzigende wetgeving moet dragen.

Volgens opdrachtnemers is een wijziging in de wetgeving bij uitstrek een risico dat de overheid moet dragen. Opdrachtnemers zijn immers niet in staat dat risico te controleren. In de praktijk is de overheid vaak evenmin in de mogelijkheid om een invloed op de totstandkoming van reglementering uit te oefenen.

In de praktijk wordt een wijziging in de wetgeving of reglementering die een impact op de verplichtingen van de partijen heeft, in de DBFM-overeenkomst een relevante wetswijziging genoemd. In tegenstelling tot een wijziging opdrachtgever of wijziging opdrachtnemer, waar de beide partijen akkoord moeten gaan vooraleer er iets gebeurt, is bij gewijzigde reglementering de wijziging in de overeenkomst onafwendbaar.

Alleen de wijzigingen van de regelgeving die door de DBFM-overeenkomst als relevant worden aangemerkt, geven aanleiding tot een vergoeding voor de opdrachtnemer. De wetswijzigingen die niet onder de definitie van relevante wetswijziging vallen, zullen niet het voorwerp van vergoeding uitmaken. De overheid schuift hiermee een deel van het risico voor een wetswijziging, dat een klassiek risico voor de opdrachtgever is, terug af op de opdrachtnemer.

De draagwijdte van een relevante wetswijziging is veeleer beperkt. Meestal is een wetswijziging maar relevant wanneer ze specifieke gevolgen zal hebben voor de persoon van de opdrachtnemer of de werkzaamheden die hij uitvoert. Veelal wordt een relevante wetswijziging dan ook als volgt beperkend geformuleerd als 'wijzigingen die specifiek gericht zijn op de opdrachtnemer of op aannemers bij overeenkomsten die gelijksoortig zijn aan de DBFM-overeenkomst in het algemeen en aan diensten die de opdrachtnemer levert of gelijkaardige diensten'. Daarnaast kan een relevante wetswijziging ook een wijziging in de regelgeving zijn die als gevolg heeft dat de opdrachtnemer genoodzaakt wordt om additionele kapitaalinvesteringen te doen (dat zijn kosten die op meer dan één jaar worden afgeschreven) of die tot gevolg hebben dat de kosten van de uitvoering van de werkzaamheden over de looptijd met een bepaald gemiddeld minimumdrempelbedrag per jaar worden verhoogd.

Wanneer een wetswijziging als relevant kan worden beschouwd, wordt die relevante wijziging voor de contractuele gevolgen ervan als een geval van vergoeding of een 'risico overheid' beschouwd. Dit betekent dat de opdrachtnemer aanspraak kan maken op de vergoeding volgens het vergoedingsmechanisme in bijzondere omstandigheden. Soms maakt een relevante wetswijziging een wijziging van de DBFM-overeenkomst noodzakelijk. Een dergelijke wijziging wordt dan met een wijziging opdrachtgever gelijkgesteld.

In het raam van de analyse naar ESR-neutraliteit van het contract wijst Eurostat er in zijn *Guide* op dat wetswijzigingen niet voorzienbaar mogen zijn op het moment van contractsluiting en of geen algemeen karakter mogen hebben (verduidelijkt als volgt: 'that do not relate solely to the project or to the Partner or to similar projects or businesses') en dus slechts de algemene werkingskosten verhogen (verduidelijkt als volgt: 'changes in rates of taxation, changes in employment laws'). Wordt niet aan deze eis voldaan, dan is dat op zich niet

problematisch, maar zal het element wel een – zij het een zeer beperkte – negatieve impact hebben op de globale beoordeling van het contract.

## **11.5 De wijzigingsprocedure**

Een DBFM-overeenkomst moet in een gedetailleerde procedure voor het doorvoeren van wijzigingen voorzien. Zo'n wijzigingsmechanisme moet minstens aan de volgende noden tegemoetkomen:

- een helder wijzigingsproces met een duidelijke rolverdeling voor partijen en een duidelijk tijdsschema;
- een snel en efficiënt wijzigingsmechanisme met beperkte transactiekosten;
- een transparante afweging van kosten en baten.

Het vertrekpunt van die wijzigingsprocedure verschilt naargelang de wijziging van de overheid, dan wel van de opdrachtnemer uitgaat. Een wijziging opdrachtgever begint doorgaans met een vraag van de overheid aan de opdrachtnemer om een voorstel te doen over de wijze waarop hij de door de overheid gevraagde wijziging zal uitvoeren. De opdrachtnemer mag zelf ook op elk moment een eerste voorstel voor een zogenaamde wijziging opdrachtnemer doen. Een voorgestelde wijziging wordt pas onderdeel van de DBFM-overeenkomst wanneer de overheid met het voorstel instemt. De overheid heeft dus steeds het laatste woord.

In de meeste situaties zal de opdrachtnemer geen bezwaar hebben tegen een wijzigingsvoorstel van de overheid wanneer hij voor eventuele meerkosten voldoende wordt vergoed. Wanneer de partijen er niet uit raken, moeten ze in onderling overleg treden. Wanneer ze finaal nog geen akkoord bereiken, moeten de manier waarop de wijziging tot stand zal komen en de gevolgen daarvan worden vastgesteld, met toepassing van de geschillenregeling die in de DBFM-overeenkomst wordt voorzien.

Wanneer de wijziging opdrachtgever tot een vermindering van de beschikbaarheidsvergoeding aanleiding geeft, zal de DBFM-overeenkomst bepalen dat de opdrachtnemer recht heeft op een forfaitaire vergoeding ten belope van het overeenstemmend deel van de realisatieprijs.

## 11.6 Financiële gevolgen ten gevolge van een wijziging

Een wijziging opdrachtgever is een geval van vergoeding of een zogenaamd risico overheid. De bijzondere regeling voor vergoeding voor bijzondere omstandigheden is dus van toepassing. In ieder geval moet de DBFM-overeenkomst voorzien in een kostenvergoeding voor de opdrachtnemer naar aanleiding van een wijziging door de overheid. Met een kostenvergoeding bedoelen we een vergoeding van de kosten die de opdrachtnemer voor het uitwerken van het voorstel van de overheid heeft gemaakt. Hoger zijn we al kort ingegaan op het feit dat desgevallend vergoedingen zullen verschuldigd zijn.

Een wijziging opdrachtnemer zal meestal voor rekening van de opdrachtnemer blijven. Op die manier zal de opdrachtnemer geprikkeld worden om besparende wijzigingsvoorstellen te doen. Een alternatief is een *benefit-sharingmechanisme* waarbij in de DBFM-overeenkomst een verdeelsleutel wordt ingebouwd om de te behalen voordelen over de overheid en de opdrachtnemer te verdelen.

Een belangrijk aandachtspunt in het wijzigingsmechanisme is de vereiste dat de opdrachtnemer en de overheid de financiële gevolgen van een wijziging op een transparante wijze berekenen en, wanneer de wijziging wordt aanvaard, beide deze verandering implementeren. Het wijzigingsmechanisme voorziet bovendien best in een toetsingsprocedure van het marktconform karakter van de financiële gevolgen van de voorgestelde wijziging.

Om het marktconform karakter van de financiële gevolgen van de wijziging te onderzoeken, kan de overheid van de techniek van benchmarking gebruik maken. Een benchmarkingbenadering veronderstelt dat de overheid haar eigen, onafhankelijke inschatting van de kosten van de wijzigingen maakt, zodat ze met kennis van zaken over de value for money van de wijziging kan oordelen. De overheid kan bijvoorbeeld de voorgestelde resultaten van de wijziging vergelijken met de resultaten van een vergelijkende marktconsultatie of met prijzen voor analoge opdrachten. De overheid kan zich ook steunen op enige andere vorm van toetsing van de door de opdrachtnemer voorgestelde prijzen aan de geldende marktvoorwaarden. Daarnaast kan de DBFM-overeenkomst toelaten dat de overheid zich baseert op de prijzen en ratio's die aan de offerte van de opdrachtnemer ten grondslag lagen of op de boekhoudkundige stukken van de opdrachtnemer, zijn onderaannemers en leveranciers.



# 12 De waarborgen en garanties

---

## 12.1 Inleiding

Bij klassieke overheidsopdrachten wordt de borgtocht door artikel 25 e.v. van de Algemene Uitvoeringsregels geregeld. De aannemer, leverancier of dienstverlener moet in dat geval een borgtocht stellen, als onderpand voor het nakomen van de verplichtingen van de aannemer, leverancier of dienstverlener, tot de opdracht volledig is uitgevoerd. Die borgtocht wordt op 5 % van de oorspronkelijke aannemingsom bepaald. In klassieke overheidsopdrachten wordt de continuïteit ook vaak via een garantie vanwege het moederbedrijf van de opdrachtnemer verzekerd. Bij PPS-projecten in het algemeen en DBFM-overeenkomsten in het bijzonder is dit ongebruikelijk en vaak onmogelijk. De overheid zal in het kader van een DBFM-overeenkomst doorgaans met een projectvennootschap contracteren die bijna geen activa heeft en waarvan het grootste kapitaal de DBFM-overeenkomst zelf is. De overheid wil daarom een zekere garantie dat de opdrachtnemer en zijn onderaannemers hun contractuele verplichtingen kunnen vervullen. De manier waarop een garantie verleend wordt, zal daarom specifiek zijn.

De financiering van DBFM-overeenkomsten via non- of limited-recoursefinanciering (dat wil zeggen dat de terugbetaling van het vreemd vermogen volledig via de cashflow van het project gebeurt) gaat gepaard met de wens de aansprakelijkheid van de aandeelhouders in de SPV of projectvennootschap af te bakenen en te beperken. Het eisen van een volledige garantie vanwege de moederbedrijven van aandeelhouders of van onderaannemers is met dat uitgangspunt in tegenspraak. In veel gevallen zijn de aandeelhouders ook niet in staat een dergelijke garantie af te leveren of zou zo'n garantie hun balans al te zeer bezwaren. In dergelijke projecten worden de garanties door externe financiers gesteld.

Als de overheid het DBFM-project goed structureert, zou ze in principe voldoende gerustgesteld moeten zijn dat de continuïteit van het project gegarandeerd is. De opdrachtnemer is strenge selectie-eisen doorgekomen alvorens hij aan de rest van de gunningsprocedure heeft mogen participeren. De inbreng van het kapitaal in de SPV weerspiegelt op zich al het sterke engagement dat de opdrachtnemer aangaat. Een voordeel van projectfinanciering via limited recourse is eveneens

dat mogelijke kandidaat-opdrachtnemers verplicht worden het project in zijn geheel aan een onderzoek te onderwerpen om alle risico's met betrekking tot het project duidelijk te alloceren.

Ook de overheid verleent waarborgen die cruciaal zijn binnen het contractueel raamwerk van een DBFM-overeenkomst. In onderdeel 12.3 gaan we dieper in op de inhoud en vorm van deze waarborgen.

## **12.2 Garanties vanwege de opdrachtnemer**

### **12.2.1 Biedingsgarantie of bid bond**

Soms vraagt de overheid nog vóór de gunning van de opdracht aan een van de kandidaten een biedingsgarantie of *bid bond*. Een biedingsgarantie dient als zekerheidsstelling dat het aannemersconsortium zich via zijn BAFO bindt tot de uitvoering van de opdracht wanneer die aan hen zou worden toegewezen. Het consortium verbindt zich ertoe dat het de nodige inspanningen zal leveren om tot contractsluiting en financial close te komen. Het consortium stelt dus een bankgarantie ten behoeve van de overheid, die getrokken mag worden wanneer op de overeengekomen datum financial close niet bereikt is. (Tenzij het door toedoen van de overheid is dat financial close niet wordt bereikt.)

De overheid kan bij het indienen van de BAFO's zowel als na het aanwijzen van de voorkeursbieder een biedingsgarantie vragen.

In concreto houdt dergelijke garantie in dat de banken een als bijlage bij de DBFM-overeenkomst gevoegde garantieovereenkomst ondertekenen, waarbij ze zich onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant stellen voor al hetgeen de overheid van het aannemersconsortium te vorderen heeft. De garantie vervalt op de datum dat de financial close bereikt wordt.

Het vragen van financial-closegaranties wordt door de private sector bekritiseerd. De sector is van oordeel dat de overheid op die wijze de onderhandelingspositie van de voorkeursbieder gedurende de finale contractonderhandelingen op onrechtmatige wijze verzwakt. De voorkeursbieder zal steeds onder dreiging van het afroepen van die garantie moeten onderhandelen. Het is immers niet duidelijk onder welke omstandigheden de garantie zal worden afgeroepen. Het is ook niet duidelijk of de voorkeursbieder alle middelen in de hand heeft om het afroepen van de garantie te vermijden. Het niet tot stand komen van financial close kan immers verband houden met omstandigheden waaraan hij vreemd

is. Aan de andere kant lijkt het in de praktijk weinig waarschijnlijk dat een overheid ook effectief een bid bod zal afroepen. In de praktijk lijkt het alleen te kunnen gebeuren in het geval een opdrachtnemer op manifest foutieve manier niet tot contractsluiting komt, bijvoorbeeld doordat hij wetens en willens geen ernstige bieding heeft ingediend. Een bescherming van de overheid hiertegen wordt echter ook door de precontractuele aansprakelijkheid van de opdrachtnemer geboden.

## **12.2.2 Aandeelhoudersgarantie**

Bij PPS-projecten is er discussie over door de aandeelhouders van de opdrachtnemer, wanneer die de vorm van een projectvennootschap heeft, te verstrekken garanties voor de correcte naleving van het DBFM-contract door de opdrachtnemer.

De leidende gedachte hierbij was dat de opdrachtnemer slechts een 'lege doos' is. Het is bijgevolg verleidelijk voor de overheid om te eisen dat de kapitaalcrachtige aandeelhouders, dat wil zeggen: de leden van het consortium dat zich in een SPV verenigd heeft, in die projectvennootschap moeten instaan voor die vennootschap.

Tegen de wens een dergelijke aandeelhoudersgarantie te verkrijgen, brengen de opdrachtnemers in dat dit strijdig is met het uitgangspunt van limited- of non-recoursefinanciering. Bij een dergelijke financiering is de zekerheid voor de financiers immers uitsluitend of grotendeels gelegen in de inkomstenstroom die door het te realiseren project wordt gegenereerd. Werken met aandeelhoudersgaranties zou de financiering meer het karakter geven van corporate financiering, met als gevolg dat deze garanties op de balans van de garantiegevers terecht komen.

Daarnaast kunnen de opdrachtnemers aanvoeren dat de externe financiers op zich al een waakhondfunctie vervullen via de zogenaamde directe overeenkomst. Ook zij hebben er immers het grootste belang bij dat de opdrachtnemer de DBFM-overeenkomst correct naleeft.

In de huidige PPS-projecten is bijgevolg geen aandeelhoudersgarantie vereist.

## **12.2.3 De aanvangsgarantie**

Na contractsluiting wordt doorgaans, als zekerheid dat de opdrachtnemer zijn verplichtingen met betrekking tot de realisering van het project op grond van de DBFM-overeenkomst nakomt, een garantie verwacht waarin de bank

zich onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant stelt dat de opdrachtnemer zijn verplichtingen zal nakomen. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de opdrachtnemer met de werkzaamheden aanvangt. Bovendien heeft de overheid zo voldoende middelen om opnieuw aan te besteden, als de overeenkomst tussentijds wordt beëindigd door toedoen van de opdrachtnemer.

De opdrachtnemer moet de aanvangsgarantie meestal uiterlijk op of enkele dagen na financial close verstrekken. Pas dan wordt het aanvangsbevel gegeven. Wanneer deze voorwaarde niet wordt vervuld, is de overheid gerechtigd om de overeenkomst vroegtijdig te beëindigen. Dat verklaart meteen de benaming aanvangsgarantie.

De aanvangsgarantie heeft een looptijd tot enkele maanden na de geplande beschikbaarheidsdatum of voltooiingsdatum. De overheid kan ervoor kiezen om naarmate het project gerealiseerd wordt de garantie gradueel af te bouwen. Een dergelijke graduele afbouw van de garantie heeft een kostenbeperkend effect en is ook logisch, aangezien de private partij tijdens de bouwperiode geleidelijk aan de infrastructuur realiseert zonder daarvoor al een vergoeding te ontvangen.

#### **12.2.4 De overdrachtsgarantie**

Een laatste garantie die door de opdrachtnemer tijdens de duur van het projectverloop kan worden verstrekt is de overdrachtsgarantie. Ze moet verzekeren dat de opdrachtnemer de infrastructuur, die aan de overdrachtseisen moet voldoen, aflevert op het einde van de overeenkomst. De overdrachtsgarantie garandeert dus als het ware de nakoming van de onderhoudsverplichtingen van de opdrachtnemer op grond van de DBFM-overeenkomst. De opdrachtnemer garandeert bovendien dat het project bij het einde van de DBFM-overeenkomst in de door de overheid gewenste staat verkeert.

De garantie wordt bij voorkeur een aantal maanden of zelfs jaren voorafgaand aan de einddatum ten gunste van de overheid verstrekt. De opdrachtnemer moet op die manier garanderen zijn contractuele onderhoudsverplichting tot op het einde van de overeenkomst te vervullen. De garantie mag evenwel geen onnodig zware lasten met zich meebrengen.

Als uit de overdrachtsinspecties evenwel blijkt dat de opdrachtnemer herstelmaatregelen moet nemen om de infrastructuur op de einddatum te laten voldoen aan de overdrachtseisen, en dat de kosten van die maatregelen een bepaald percentage van de overdrachtsgarantie overstijgen, moet de opdrachtnemer desgevallend een aanvullende bankgarantie stellen.

De overdrachtsgarantie zal steeds een looptijd hebben tot enkele maanden na de geplande einddatum. Op die manier is de overheid veiliggesteld wanneer blijkt dat de infrastructuur niet voldoet aan de overdrachtseisen op de geplande einddatum. Wanneer een aanvullende bankgarantie nodig is, kan die looptijd worden verlengd.

### **12.2.5 Het gebruik van garanties**

De overheid moet voorzichtig omgaan met het opleggen van garanties aan de opdrachtnemer. De bepaling van de vereiste borgstelling moet aan de hand van een financiële analyse en risicoanalyse worden onderzocht. De impact ervan heeft immers een gevolg voor de kostprijs van het project, het aantal partijen dat kan meedingen, en het aantal projecten waarvoor een opdrachtnemer op de markt kan meedingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met het kapitaal dat de aandeelhouders in de opdrachtnemer (als SPV) hebben ingebracht, met de al gestelde garanties en met de specifieke waarborg die het betalingsmechanisme biedt. In de meeste projecten is het dus aanbevolen dat de overheid zich tot een aanvangs- en overdrachtsgarantie beperkt.

## **12.3 Garanties en waarborgen vanwege de overheid**

### **12.3.1 Garantie voor de juistheid van de verstrekte gegevens**

Kandidaten die meedingen voor een DBFM-project stellen hun offerte op op basis van de door de overheid meegedeelde informatie. Die informatie heeft betrekking op belangrijke technische en feitelijke gegevens, zoals bijvoorbeeld de bodemsituatie. De opdrachtnemer zal een garantie van de overheid over de juistheid en de volledigheid van die informatie willen. De overheid is daar echter niet steeds toe bereid. Het bestek moet dus bepalen welke partij het risico van de onvolledigheid of de onjuistheid van de meegedeelde informatie draagt.

Soms draagt de overheid de volledige verantwoordelijkheid voor de controle van de informatie over aan de aannemersconsortia (en hun adviseurs). Dit betekent dat, voorafgaand aan de opstelling van een offerte, de aannemersconsortia verplicht zijn de risico's en gevaren van het project aan een uitgebreide due diligence te onderwerpen.

Voor bepaalde projecten is dat onredelijk. Bovendien is de overheid vaak de enige bron van informatie. Dat is bijvoorbeeld het geval waarbij een dienst die

voorheen 'in house' werd geleverd, thans wordt uitbesteed. Het is dan wenselijk dat de overheid vermijdt dat de inschrijvende consortia een te hoge risicopremie aanrekenen om het risico op onjuiste of onvolledige informatie af te dekken. Het is van belang dat de overheid nagaat of zij niet meer geschikt is om de juistheid en de volledigheid van bepaalde gegevens te garanderen. Bovendien is het sowieso nuttig dat de overheid bij het begin van het proces exact weet waarover ze een overeenkomst gaat sluiten. Een goed databestand is daarbij geen overbodige luxe.

Het verdient aanbeveling dat de overheid instaat voor de feitelijke juistheid van de informatie die ze verstrekt.

In de praktijk wordt daarom meestal de voorkeur gegeven aan het garanderen door de overheid van de juistheid van bepaalde, welomschreven informatie. De overheid geeft immers meestal geen zogenaamd 'grove' garantie, dat wil zeggen een garantie voor alle verstrekte informatie. De informatiegarantie wordt beperkt tot wat noodzakelijk is voor de indiening van de offertes van de gegadigde aannemersconsortia. In de DBFM-overeenkomst wordt doorgaans een clausele aangenomen dat de overheid geen aansprakelijkheid draagt voor de relevantie, de volledigheid of de interpretatie van de verstrekte gegevens of voor het gebruik ervan. De overheid draagt slechts de verantwoordelijkheid voor de juistheid van de gegevens (of wanneer zij zich voor haar aansprakelijkheid voor het gebruik ervan exonereert, ook voor de volledigheid ervan). Zo wordt bijvoorbeeld de juistheid van de informatie over de bodem gegarandeerd door de overheid. Zij is immers het best geplaatst om voorafgaand aan de contractsluiting de bodem te onderzoeken en de resultaten daarvan aan alle kandidaten ter beschikking te stellen. Niettemin kan de overheid een deel van het risico terug bij de aannemersconsortia leggen door te verduidelijken dat de bodemonderzoeken niet op het volledige bouwterrein zijn uitgevoerd. Bijvoorbeeld: bij de aanleg van een autosnelweg is de bodem niet over het volledige traject onderzocht.

De overheid staat garant voor de juistheid van de informatie die ze verstrekt, niet voor de interpretatie, de volledigheid of de relevantie ervan.

### **12.3.2 Garantie voor de beschikbaarheid van het terrein**

De overheid is in de regel verantwoordelijk voor de beschikbaarheid van het bouwterrein. Dit betekent dat de overheid in de regel eigenaar is of minstens gebruiksrechten moet hebben over de gronden waarop het project gerealiseerd wordt. In veel gevallen moet de overheid daarom overgaan tot onteigeningen, terwijl de aanbestedingsprocedure al loopt. Dat is een risico. De timing van die verwerving is immers niet altijd voorspelbaar. Het risico bestaat dat de vereiste grondverwervingen niet gebeuren en dat het bouwterrein niet beschikbaar is. Het verdient absoluut aanbeveling om niet tot financial close over te gaan zolang er onduidelijkheid is over de beschikbaarheid van het bouwterrein.

### **12.3.3 Garantie op doorbetaling van de beschikbaarheidsvergoeding of betaling van de beëindigingsvergoeding**

Een tweede garantie van de overheid die de financieringsrisico's mildert, is een garantie op de doorbetaling van de verschuldigde beschikbaarheidsvergoedingen en op de betaling van eventuele beëindigingsvergoedingen. Dat is van belang wanneer de opdrachtnemer niet een overheid is, maar een verzelfstandigde entiteit, zoals bijvoorbeeld een agentschap. De kredietwaardigheid van een verzelfstandigde entiteit wordt anders beoordeeld door financiers dan die van een overheid zoals een gewest of een stad.

Het risico kan worden gemilderd door een garantie op de doorbetaling van de contractueel verschuldigde beschikbaarheidsvergoedingen aan de SPV gedurende de looptijd van de DBFM-overeenkomst. Als de overeenkomst voortijdig wordt beëindigd, waarborgt de hogere overheid tevens dat ze de verschuldigde beëindigingsvergoeding zal betalen in geval de opdrachtnemer die verplichting niet nakomt.

Deze garantie hoeft niet de vorm aan te nemen van een afzonderlijke overeenkomst, maar kan verstrekt worden door een specifieke bepaling op te nemen in de DBFM-overeenkomst en door de hogere overheid de overeenkomst mee te laten ondertekenen in haar rol van garantieverstrekker.

# 13

## De waarborgtermijn

---

De waarborgverplichting van de opdrachtnemer zit in beginsel vervat in de instandhoudings- en beschikbaarheidsverplichting van de opdrachtnemer tijdens de gebruiksfase. In de traditionele DBFM-constellatie is er dan ook geen nood aan een waarborgtermijn.

In het geval dat een aantal werkzaamheden worden uitgevoerd die als zodanig buiten het voorwerp van de opdracht vallen (extra-configuratiegedeelte), kan de DBFM-overeenkomst wel voorzien in een waarborgtermijn (doorgaans één of twee jaar) vanaf de beschikbaarheidsdatum van het buiten-configuratiegedeelte. Gedurende de waarborgtermijn moet de opdrachtnemer alle nodige werkzaamheden uitvoeren om het in goede werking te herstellen of te houden. Hij vervangt op zijn kosten de onderdelen van het buiten-configuratiegedeelte die gebreken vertonen. Hij moet bijgevolg alle herstellings-, herbouw- en andere werkzaamheden uitvoeren die noodzakelijk zijn. De opdrachtnemer is evenwel niet aansprakelijk voor de schade waarvan de schuld niet bij hem ligt, zoals schade die te wijten is aan overmacht of aan abnormaal gebruik.

Bij een DBFM-overeenkomst wordt niet voorzien in een klassieke waarborgtermijn).



# 14

## Tekortkomingen

---

DBFM-overeenkomsten bevatten klassiek ook een regeling voor tekortkomingen. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen een tekortkoming opdrachtgever en een tekortkoming opdrachtnemer.

Een tekortkoming wordt vaak ruim gedefinieerd als het niet voldoen (of de omstandigheid dat vaststaat dat niet voldaan zal worden) aan één of meer van de verplichtingen onder de DBFM Overeenkomst.

Al naargelang een tekortkoming opdrachtgever of Opdrachtgever zich voordoet, zal een bepaald proces moeten worden doorlopen. Belangrijk daarbij is dat kennis wordt gegeven van de tekortkoming en dat vervolgens de kans wordt gegeven om te reageren en in voorkomend geval de mogelijkheid tot herstel wordt geboden.

De overeenkomst zal daarenboven ook een regeling bevatten voor de financiële issues die kunnen ontstaan (schade edm.), al kan dat ook worden opgevangen via het betalings- en prestatiemechanisme. Vanuit ESR perspectief is het belangrijk dat een schadevergoeding de tegenpartij in een “no better, no worse” positie brengt ten opzichte van de situatie vóór de tekortkoming. Dit impliceert bijvoorbeeld dat de opdrachtnemer de consequenties blijft dragen van zijn mindere prestaties die zich reeds voordeden voordat sprake was van een tekortkoming opdrachtgever.

De opgelegde herstelmaatregelen niet tijdig uitvoeren en/of geen verweer voeren tegen de tekortkoming die de tegenpartij aanbrengt, zal de tegenpartij het recht geven om een vordering tot nakoming in te stellen (op grond van art. 1184 van het Burgerlijk Wetboek) of om over te gaan tot een onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst. De Opdrachtgever zal bovendien ook de mogelijkheid hebben om maatregelen van ambtswege te nemen.

DBFM-overeenkomsten bevatten ten slotte vaak ook bepalingen die stellen dat de andere partij zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst niet (zomaar) mag opschorten, evenals dat die partij geen schadevergoeding mag vorderen of ontbinding mag vorderen tenzij zoals bepaald in het contract.

# 15 De gronden voor onmiddellijke beëindiging en de beëindigingsvergoedingen

---

## 15.1 Inleiding

Een DBFM-overeenkomst wordt in beginsel voor een bepaalde duur aangegaan. Er komt automatisch een einde aan de contractuele verplichtingen van de overheid en de opdrachtnemer op de einddatum van de DBFM-overeenkomst. Op dat moment vervalt de onderhoudsverplichting van de opdrachtnemer en wordt de infrastructuur (kosteloos) aan de overheid overgedragen.

Niettemin zijn er omstandigheden mogelijk waarin de overeenkomst ook tussentijds door partijen moet kunnen worden beëindigd. In de DBFM-overeenkomst worden verschillende gronden voor voortijdige beëindiging geregeld:

- gronden voor onmiddellijke beëindiging;
- beëindiging bij een tekortkoming van de opdrachtnemer;
- beëindiging bij een tekortkoming van de overheid;
- vrijwillige beëindiging door de overheid;
- beëindiging bij een geval van overmacht;
- beëindiging bij een (langdurig) geval van uitstel.

Elke voortijdige beëindiging geeft in principe aanleiding tot een vergoeding aan de overheid ofwel aan de opdrachtnemer, volgens een gedetailleerde vergoedingsregeling die als een bijlage van de DBFM-overeenkomst wordt opgenomen.

In het onderdeel over de directe overeenkomst (zie hoofdstuk 16 van dit deel) wordt dieper ingegaan op de interactie met de financiers naar aanleiding van een mogelijke beëindiging. Het is ook hier belangrijk te benadrukken dat de DBFM-overeenkomst zoveel mogelijk een evenwicht moet trachten te vinden tussen de wens van de overheid om de overeenkomst te beëindigen en het belang van de opdrachtnemer en zijn financiers in de beperking van de beëindigingsmogelijkheid tot de meest ernstige wanprestaties.

## **15.2 Beëindiging bij een grond voor onmiddellijke beëindiging**

---

De overheid kan bepaalde omstandigheden die de uitvoering van het project in het gedrang brengen in die mate zwaarwegend vinden dat de DBFM-overeenkomst bijna onmiddellijk wordt beëindigd als een dergelijk geval zich voordoet. De gronden daarvoor worden in de DBFM-overeenkomst limitatief opgesomd. Het zijn meestal omstandigheden of tekortkomingen van de opdrachtnemer die zodanig zwaarwegend zijn, dat een onmiddellijk einde de enige oplossing is. Dergelijke gronden voor onmiddellijke beëindiging zijn traditioneel:

- het niet stellen van een bankgarantie (bijvoorbeeld een aanvangsgarantie of overdrachtsgarantie);
- het niet tijdig bereiken van financial close op voorwaarde dat de contract close werd bereikt, tenzij dit het gevolg is van een ernstige verstoring van de financiële markten;
- het niet voldoen door de opdrachtnemer aan de vereisten die voor de afgifte van het aanvangsbevel moeten zijn vervuld;
- het niet tijdig (d.i. een aantal maanden na de geplande beschikbaarheidsdatum of voltooiingsdatum) kunnen afgeven van het beschikbaarheids-certificaat of voltooiingscertificaat;
- het oplopen van een totaal aan kortingen op de beschikbaarheidsvergoeding;

- het vrijwillig, gedurende een bepaalde periode van opeenvolgende werkdagen stopzetten door de opdrachtnemer van de uitvoering van alle of nagenoeg alle werkzaamheden;
- het faillissement of de vereffening van de opdrachtnemer.

Het gaat in hoofdzaak om zwaarwegende feiten. In heel wat situaties wordt ook een opeenstapeling van beperktere feiten (zowel qua beschikbaarheid als wat andere contractuele bepalingen betreft) als een zwaarwegend feit beschouwd. De DBFM-overeenkomst moet opdrachtnemers stimuleren om in elk aspect de overeenkomst na te leven. Een cumulatie van de boetepunten voor lichte overtredingen, die leidt tot de overschrijding van een maximumaantal boetepunten, kan ook een grond voor onmiddellijke beëindiging vormen. Deze *onmiddellijke beëindigingsgrond* sanctioneert een duurzaam contractueel gebrek vanwege de opdrachtnemer.

Wanneer een grond voor onmiddellijke beëindiging zich voordoet, heeft een herstelperiode in de meeste gevallen geen nut. De overheid mag de overeenkomst met een eenvoudige kennisgeving bij ter post aangetekend schrijven tegen een door haar genoemde datum beëindigen als er sprake is van een grond voor onmiddellijke beëindiging.

Bij gronden voor een onmiddellijke beëindiging wordt de overeenkomst stopgezet, zonder hersteltermijn.

### 15.3 **Beëindiging bij een tekortkoming van de opdrachtnemer**

---

Naast de gronden voor onmiddellijke beëindiging kan ook een tweede categorie van beëindigingsgronden in de DBFM-overeenkomst worden opgenomen. Deze categorie sanctioneert, net als de gronden voor onmiddellijke beëindiging, tekortkomingen van de opdrachtnemer. Bedoeld worden tekortkomingen in een of meer van zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst of een situatie waarbij het vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk wordt.

Deze categorie verschilt echter van de gronden voor onmiddellijke beëindiging, omdat die op zich minder zware contractuele verplichtingen sanctioneren. Het verschil ligt in de toekenning aan de opdrachtnemer van een redelijke

hersteltermijn. Als de opdrachtnemer aan zijn contractuele verplichtingen (die geen aanleiding geven tot een grond voor onmiddellijke beëindiging) tekortschiet, dan moet hij die tekortkoming in beginsel binnen een redelijke termijn herstellen. In dat geval biedt de overheid de opdrachtnemer nog een herstelmogelijkheid aan. Het belang daarvan is groot. De beëindiging van de DBFM-overeenkomst komt op de laatste plaats.

Als de opdrachtnemer de tekortkoming niet herstelt binnen een redelijke termijn, kan de beëindiging alsnog volgen.

In de meeste DBFM-overeenkomsten wordt er geopteerd om deze residuaire categorie van beëindigingsgronden niet als limitatieve lijst op te nemen, maar te omschrijven. In dat geval volstaat het om enkel en alleen een limitatief aantal beëindigingsgronden op te sommen die gelden als grond voor onmiddellijke beëindiging.

Een DBFM-project veronderstelt een langdurige relatie tussen verschillende publieke en private partijen. Er moet daarom behoedzaam worden omgegaan met gevallen waarin de DBFM-overeenkomst voortijdig wordt beëindigd.

Beëindigingsgronden bij een tekortkoming van de opdrachtnemer laten een hersteltermijn toe.

## **15.4 Beëindiging bij een tekortkoming van de overheid**

Ook de opdrachtnemer kan in bepaalde gevallen de DBFM-overeenkomst voortijdig beëindigen. Een tekortkoming van de overheid is, net als een tekortkoming van de opdrachtnemer, een tekortkoming in een of meer van de verplichtingen op grond van de DBFM-overeenkomst of de situatie waarbij vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk wordt.

Ook hier wordt meestal bepaald dat de opdrachtnemer de ontbinding van de DBFM-overeenkomst pas kan vorderen wanneer er sprake is van een ernstige tekortkoming aan een essentiële verplichting van de overheid, die van zodanige aard is dat ze de ontbinding rechtvaardigt. Hiermee wordt vooral de omstandigheid bedoeld dat de overheid in gebreke blijft bij het betalen van de beschikbaarheidsvergoeding.

## 15.5 Vrijwillige beëindiging door de overheid

De klassieke leer dat de overheid zich te allen tijde aan de gewijzigde behoeften en bestuurlijke inzichten in het algemeen belang moet kunnen aanpassen, verantwoordt dat de overheid te allen tijde een aannemingscontract moet kunnen opzeggen. Die opzegging zal wel gepaard gaan met het betalen van een schadevergoeding.

In een DBFM-overeenkomst kan daarom in de mogelijkheid voorzien worden dat de overheid de overeenkomst eenzijdig beëindigt, mits ze aan de opdrachtnemer een schadevergoeding betaalt. Die schadevergoeding moet tot doel hebben dat de opdrachtnemer in dezelfde situatie wordt geplaatst als die waarin de overheid de overeenkomst niet zou hebben verbroken. Dit betekent dat de geleden schade (*damnum emergens*) zowel als de gederfde winst (*lucrum cessans*) moet worden vergoed. De hoogte van die schadevergoeding heeft in de praktijk een prohibitief karakter.

Wegens gewijzigde beleidsinzichten kan de overheid ook zonder fout van de opdrachtnemer de overeenkomst beëindigen. Een vergoeding aan de opdrachtnemer is wel vereist, tenzij andersluidend beding in het contract.

## 15.6 Voortijdige beëindiging bij overmacht

Wanneer een geval van overmacht tot gevolg heeft dat een partij gedurende een bepaalde periode, bijvoorbeeld zes maanden, haar verplichtingen uit de DBFM-overeenkomst niet is kunnen nakomen, kunnen de partijen gerechtigd zijn de overeenkomst op te zeggen. Hetzelfde geldt wanneer partijen, als gevolg van een geval van overmacht, geen overeenstemming bereiken over de voortzetting van de DBFM-overeenkomst of wanneer vaststaat dat als gevolg ervan de overeenkomst niet zal worden verdergezet.

Vanuit ESR-perspectief is het belangrijk dat de gevallen van overmacht limitatief en duidelijk worden gedefinieerd. De lijst mag geen gevallen bevatten die het gevolg zijn van macro-economische veranderingen, omstandigheden die het gevolg zijn van een activiteit of nalatigheid van de private partij, of gebeurtenissen die redelijkerwijs voorzienbaar zijn. Is dat toch het geval, dan kan dat de ESR-neutraliteit in het gedrang brengen.

De overheid kan een voortijdige beëindiging van de DBFM-overeenkomst bij een kennelijke strijdigheid van de overeenkomst met (nieuwe) regelgeving gelijkstellen aan een beëindiging bij overmacht. Wanneer de nakoming van de DBFM-overeenkomst door de overheid of de opdrachtnemer of de inhoud van de bijlagen kennelijk in strijd is of komt met regelgeving, en dat niet door een wijziging kan worden gecorrigeerd, heeft elk van de partijen ook het recht om de DBFM-overeenkomst te beëindigen.

## **15.7 Vergoedingen bij voortijdige beëindiging**

Afhankelijk van de grond voor voortijdige beëindiging moet de DBFM-overeenkomst in een vergoedingsregeling voorzien. Zo'n regeling kan van project tot project verschillen, maar niettemin zijn een aantal krijtlijnen te ontwaren.

### **15.7.1 Vergoeding in geval van een voortijdige beëindiging wegens een grond voor onmiddellijke beëindiging of een tekortkoming van de opdrachtnemer**

Volgens de klassieke theorie zou de ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie van één contractant, de wanpresterende partij in bepaalde gevallen aan de andere partij nog verplichten een schadevergoeding te betalen. Bij DBFM-overeenkomsten is het niet zo dat de opdrachtnemer, zelfs al heeft zijn wanprestatie aanleiding gegeven tot de verbreking van de DBFM-overeenkomst, automatisch een vergoeding aan de overheid verschuldigd is.

De opdrachtnemer heeft een blijvende prestatie geleverd, zoals bijvoorbeeld het ontwerp van een school of de bouw van een brug, die nog kan worden geëxploiteerd. Daarom is het in bepaalde gevallen redelijk om toch een vergoeding aan de opdrachtnemer voor gemaakte ontwerp- en bouwkosten te betalen. In het andere geval zou de overheid er voordeel bij kunnen hebben om de DBFM-overeenkomst te beëindigen.

In de praktijk worden twee mechanismen gebruikt om die vergoeding vorm te geven. De twee mechanismen zijn gebaseerd op de zogenaamde 'market value'-benadering. Die benadering staat voor een evenwicht tussen de bescherming van de belangen van de overheid en de beperking van de verminderingen van de vergoeding van de opdrachtnemer.

Een eerste mechanisme, de *liquid market test* genoemd, gaat uit van de kost van de heraanbesteding van het project. Er is een *liquid market* als er een voldoende aantal kandidaten op de markt zijn die de DBFM-overeenkomst willen overnemen, zodat verzekerd wordt dat de prijs die de nieuwe opdrachtnemer zal bieden naar alle waarschijnlijkheid een marktwaarde heeft. Maar zelfs wanneer er geen kandidaten zijn, betekent dit niet automatisch dat er geen *liquid market* is. Als de overheid vaststelt dat in andere PPS-projecten nog steeds voldoende potentiële opdrachtnemers een bieding indienen, betekent dat hoogstens dat de marktwaarde van het project nihil is. Als effectief tot heraanbesteding wordt overgegaan, komt de kost die de overheid tot aan de einddatum aan de nieuwe opdrachtnemer betaalt in aftrek van de vergoeding die aan de falende opdrachtnemer moet worden betaald. Wanneer de kost hoger is dan hetgeen de overheid nog aan de bestaande contractant verschuldigd is, is die aftrek positief. Dat heeft tot gevolg dat de falende opdrachtnemer een vergoeding aan de overheid moet betalen. Daarnaast wordt een forfaitair schadebedrag (een gefixeerde vergoeding voor additionele kosten, zoals bijvoorbeeld de kosten van een nieuwe gunningsprocedure) afgetrokken van hetgeen oorspronkelijk aan de opdrachtnemer verschuldigd zou zijn geweest.

Een tweede berekeningswijze gaat uit van het uitgangspunt dat er geen markt voor het project bestaat en het project bijgevolg ook niet zal worden heraanbesteed. In dat geval bestaat de schadevergoeding uit het saldo van de netto contante waarde van de toekomstige vergoedingen die de opdrachtnemer zou hebben ontvangen en de netto contante waarde van de verwachte betalingen voor de resterende termijn voor het inschakelen van derden. Wanneer de beëindiging plaatsvindt tijdens de operationele fase, zullen de betalingen lager liggen dan de betaling van de beschikbaarheidsvergoedingen op basis van de DBFM-overeenkomst. Er worden dan immers slechts exploitatiekosten aangerekend.

Deze berekening vertrekt vanuit de werkelijke staat van het actief en houdt dus rekening met eventueel achterstallig onderhoud en noodzakelijke herstellingen. Ook in dat geval worden de kosten die de opdrachtgever moet maken naar aanleiding van de voortijdige beëindiging in mindering gebracht.

Als het eindresultaat van deze rekensom negatief uitvalt, dan betaalt de opdrachtnemer de som aan de overheid. Als het eindresultaat van de rekensom positief is, dan betaalt de opdrachtnemer de overheid een vergoeding.

De overheid moet bij de redactie van het vergoedingsmechanisme bepalen welke rentevoet voor de berekening van de netto contante waarde wordt gehanteerd en of de betalingen voor of na belastingheffing zijn. In de meeste gevallen wordt er geen rekening gehouden met prijsindexering.



In sommige (internationale) contracten wordt bij de berekening van de beëindigingsvergoeding bij 'tekortkoming opdrachtnemer' vertrokken vanuit de boekwaarde van het actief. In Vlaanderen wordt dit in de praktijk niet toegepast.

De Eurostatrichtlijnen zijn zeer specifiek wat betreft de wijze waarop het proces van heraanbesteding of bepaling van marktwaarde georganiseerd wordt en de manier waarop de vergoeding berekend wordt. Zo moeten bijvoorbeeld de herstellkosten voor het ondermaats presteren van de opdrachtnemer mee in rekening worden gebracht en is het steeds de overheid die bepaald welke methode gevolgd wordt.

### **15.7.2 Vergoeding in geval van een beëindiging bij een tekortkoming van de overheid of bij vrijwillige beëindiging door de overheid**

Als de DBFM-overeenkomst wordt beëindigd omdat de overheid op een ernstige wijze aan haar verplichtingen tekortkomt of als zijde overeenkomst vrijwillig beëindigt, wordt de opdrachtnemer in beginsel integraal vergoed. Die vergoeding moet niet alleen het geleden verlies of alle na te komen verplichtingen vergoeden, maar ook (een deel van) de gedeerde winst.

Hoewel de beëindigingsvergoeding niet steeds op dezelfde manier wordt berekend, is een gangbare beëindigingsvergoeding in dit geval gelijk aan:

- het uitstaande bedrag onder de financieringsovereenkomsten
- + de kosten (of - de opbrengsten) voor het beëindigen van de instrumenten voor het indekken van intereustrisico (In geval van een vastrentende lening is het gebruikelijk om een make-whole vergoeding te betalen als compensatie voor de vervroegde terugbetaling.)
- + marktconforme beëindigingsvergoedingen die de opdrachtnemer moet betalen aan zijn onderaannemers
- + het openstaande bedrag van de aandeelhouderslening en het bedrag aan ingebracht kapitaal
- + een vergoeding voor de winstderving (rekening houdend met reeds uitgekeerde bedragen aan de aandeelhouders)
- uitkeringen van verzekeraars, voor zover die niet worden aangewend om schade aan de infrastructuur te herstellen.

### 15.7.3 Vergoeding bij een beëindiging in geval van overmacht

Als de DBFM-overeenkomst ten gevolge van een langdurig geval van overmacht beëindigd wordt, is de overheid aan de opdrachtnemer een vergoeding verschuldigd waarvan het bedrag afhangt van het moment waarop de beëindiging plaatsvindt.

Omdat de beëindiging van de DBFM-overeenkomst wegens een geval van overmacht niet de fout van de overheid is, is er geen reden om de overheid voor alle financiële gevolgen te laten instaan.

Een deel van het risico bij overmacht wordt dus door de opdrachtnemer gedragen. Een precieze verdeling hiervan zal van project tot project verschillen en kan van de uitkomst van de onderhandelingen afhankelijk zijn.

Ook hier geldt dat de beëindigingsvergoeding niet steeds op dezelfde manier wordt berekend. Een gangbare beëindigingsvergoeding is in dit geval gelijk aan:

- het uitstaande bedrag onder de financieringsovereenkomsten
- + de kosten (of – de opbrengsten) voor het beëindigen van de instrumenten voor het indekken van intereustrisico (Hoewel dit minder gebruikelijk is, kan ook hier een make-whole vergoeding worden voorzien als compensatie voor de vervroegde terugbetaling van een vastrentende lening.)
- + marktconforme beëindigingsvergoedingen die de opdrachtnemer moet betalen aan zijn onderaannemers
- + het openstaande bedrag van de aandeelhouderslening en het bedrag aan ingebracht kapitaal
- uitkeringen van verzekeraars voor zover die niet worden aangewend om schade aan de infrastructuur te herstellen.

# 16 De overlegstructuur en de geschillenbeslechting

---

De samenwerking op lange termijn tussen de opdrachtnemer en de overheid en de noodzaak om voor gerezen problemen snelle oplossingen te vinden die de financiering of het bouwproces niet in het gedrang brengen, dan wel vertragen, verklaren waarom veel aandacht gaat naar overleg en proactieve behandeling van geschillen.

## 16.1 De overlegstructuur

De overlegstructuur, soms ook stuurgroep genoemd, is in wezen een managementorgaan voor het project. Het heeft als bedoeling om op seniormanagementniveau het project van beide zijden op te volgen en eventuele kwesties te bespreken. De structuur bevat vertegenwoordigers van beide partijen. In de overeenkomst worden afspraken gemaakt over de wijze waarop punten kunnen worden aangebracht, over de rol en de taken van het orgaan en over het beslissingsproces. Dit orgaan laat toe om discussies die ontstaan op meer operationeel niveau uit te klaren, om oplossingen te zoeken en om beslissingen te nemen.

## 16.2 De geschillenbeslechting via de geschillenbeslechtingscommissie (GBC)

Het is vrij gebruikelijk om in DBFM-contracten in een zogenaamde *dispute board* of geschillenbeslechtingscommissie (GBC) te voorzien. Dit is een vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Het is een alternatief voor de tussenkomst van de burgerlijke rechter zowel als voor arbitrage. Deze vorm van geschillenregeling wordt meestal gekozen vanuit drie doelstellingen: hogere snelheid, meer deskundigheid en kostenbesparing.

De tussenkomst van arbiters of rechters zal immers gepaard gaan met lange, dure procedures. Bovendien hebben de geschillen dikwijls een erg technisch karakter en is een goede kennis van het project verondersteld, zodat klassieke arbiters of rechters zich daarover moeilijk kunnen uitspreken en vaak een beroep moeten doen op andere experts, wat wederom zorgt voor extra kosten en tijdverlies. Een beroep op de burgerlijke rechter of op een arbitraal college zou dan ook slechts een laatste redmiddel mogen zijn. De praktijk toont overigens aan dat de beslissing van de dispute board uiterst zelden wordt bestreden. Zo'n orgaan draagt dus bij aan een snelle en efficiëntere finale geschillenbeslechting, wat van groot belang is in samenwerkingsprojecten waarbij partijen nog twintig tot dertig jaar moeten samenwerken.

De hoofdtaak van een geschillenbeslechtingscommissie is zo snel mogelijk te zorgen voor een geschikte, economische en evenwichtige oplossing voor het voorgelegde twistpunt.

Er bestaan verschillende manieren om een dispute board te doen functioneren.

In sommige projecten wordt ervoor gekozen om bij de GBC pas aan te duiden zodra er een geschil is ontstaan. Dat laat toe om dan *hands-on* de beste experts aan te duiden, rekening houdend met de discussie. Een nadeel is echter dat die experts het project niet kennen. Bovendien blijkt het, zeker bij ernstige discussies, vaak niet meer mogelijk om eensgezindheid te bereiken over de samenstelling van de GBC.

In de meeste projecten wordt daarom bij de start direct een vaste commissie in het leven geroepen. Die kan bij discussies meteen geactiveerd worden. In andere, vooral zeer grote projecten wordt soms een meer proactieve benadering gevolgd. De commissie wordt bij contractsluiting in het leven geroepen en volgt het project systematisch mee op. Door periodiek samen te komen kan ze vaak dreigende of effectieve twistpunten sneller ontmijnen en als orgaan van externe experts de overlegstructuur ondersteunen.

Wat de samenstelling van een GBC betreft, valt op te merken dat ze doorgaans uit een aantal experts bestaat die niet allen juristen zijn. Elke partij draagt een aantal kandidaat-leden voor (meestal drie), die onafhankelijk zijn van de partijen. De andere partij kan dan opmerkingen formuleren op die namen. Daarop kiest ieder van de partijen, rekening houdend met eventuele bezwaren, één lid. De twee gekozen leden duiden dan samen een derde lid aan.

Bij kleinere projecten gebeurt het dat partijen samen één lid aanduiden. Bij grotere of meer complexe projecten is soms vast te stellen dat partijen opteren voor een bredere samenstelling, met ieder één vertegenwoordiger, ieder één onafhankelijk

expert en dan vervolgens gezamenlijk één onafhankelijk voorzitter. Welk van deze systemen het meest geschikt is, moet project per project worden bekeken.

Een verzoek tot behandeling van een twistpunt wordt gewoonlijk door een van de partijen schriftelijk en gemotiveerd ingediend bij de GBC en aan de andere partij overgemaakt. Die kan binnen een korte termijn schriftelijk reageren op het verzoek.

De voorzitter van de GBC kan op basis van de ontvangen stukken een voorstel van minnelijke regeling aan de partijen overmaken, die erover beraadslagen. Wanneer de partijen met het voorstel akkoord gaan, zullen zij het akkoord ondertekenen, waardoor het voor alle partijen verbindend wordt. Soms wordt ook vereist dat de partijen, alvorens de GBC te activeren, aantonen dat ze eerst geprobeerd hebben tot een minnelijke regeling te komen. Wanneer dat niet is gelukt, roept de voorzitter van de GBC de overige leden samen voor een vergadering waarop het twistpunt wordt beslecht.

De partijen kunnen hun standpunten op de vergadering laten blijken en op bijkomende vragen antwoorden. De leden van de GBC kunnen zich bovendien door andere deskundigen en raadgevers met een adviserende taak laten bijstaan. De leden van de GBC beslechten het geschil zo veel mogelijk bij consensus. Wanneer geen consensus wordt bereikt, vindt er een stemming plaats.

In de meeste DBFM-overeenkomsten is bepaald dat uitspraken van de GBC bindend zijn voor de partijen. Sommige DBFM-overeenkomsten voorzien ook adviserende uitspraken, zeker wanneer wordt gekozen voor een proactieve GBC, maar zelfs dan is het advies in de regel zeer gezaghebbend.

## **16.3    Geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter of door een arbitraal college**

---

Het laatste redmiddel is een vordering voor de burgerlijke rechter of, wanneer de DBFM-overeenkomst daarin voorziet, een arbitraal college. In de overeenkomst wordt gebruikelijkerwijze een bevoegdheidsbeding opgenomen dat bepaalt welke rechtbanken bevoegd zijn.

# 17

## De directe overeenkomst

---

Zoals we eerder al zagen, blijkt dat het duurzaam karakter van de DBFM-overeenkomst en het behoud hiervan centraal staan. Ook het mechanisme van een directe overeenkomst of *direct agreement* moet in die context worden begrepen.

Problemen bij de uitvoering van een DBFM-overeenkomst baren immers niet alleen de partijen zorgen. De financiers zijn in zeer grote mate afhankelijk van de betaling van de beschikbaarheidsvergoedingen door de overheid aan de opdrachtnemer voor de aflossing van de door hen verstrekte financiering. Als de opdrachtnemer tekortkomt aan zijn contractuele verplichtingen, sanctioneert de overheid die tekortkomingen met een verminderde beschikbaarheidsvergoeding. Een cumulatie van contractuele wanprestaties vanwege de opdrachtnemer of andere onmiddellijke gronden voor onmiddellijke beëindiging kunnen een einde aan de DBFM-overeenkomst maken. De grote bezorgdheid van de financiers van het project is dat de terugbetaling van het verschaft krediet op dat ogenblik in gevaar komt. Bovendien hebben zij bij beëindiging van het project weinig verhaalmogelijkheden op bepaalde activa. De opdrachtnemer, die veelal een projectvennootschap is, doet een beroep op onderaannemers waarmee noch de financiers, noch de overheid een directe contractuele band hebben. De financiers willen dan ook, wegens de beperkte verhaalbaarheid van hun vordering op de opdrachtnemer, naast de bedongen zekerheid een mogelijkheid om tussen te komen wanneer de opdrachtnemer aan zijn contractuele verplichtingen tekortkomt. De voorwaarden van die tussenkomst worden meestal in een zogenaamde directe overeenkomst vastgelegd.

Een directe overeenkomst is een meerpartijenovereenkomst tussen de overheid, de opdrachtnemer en de security agent die als vertegenwoordiger van de financiers optreedt. Deze directe overeenkomst wordt gesloten op datum van financial close. De financiers van het DBFM-project kunnen volgens de bepalingen van die overeenkomst, in geval van tekortkoming van de opdrachtnemer en/of dreigende tekortkoming, de controle over het project overnemen van de opdrachtnemer, wanneer een voortijdige beëindiging de continuïteit van het project bedreigt. Dit betekent dat de overheid zowel als de financiers hetzelfde belang delen. Aan de financiers wordt de mogelijkheid geboden om via een herstelplan het project *back on track* te krijgen.

## 17.1 Het mechanisme van de directe overeenkomst

### 17.1.1 De kennisgeving

Om de financiers de kans te geven hun recht op tussenkomst uit te oefenen, moet de overheid de security agent steeds op de hoogte stellen van elk initiatief dat een invloed heeft op de continuïteit van de DBFM-overeenkomst. Zo moet de overheid, wanneer zij vaststelt dat de opdrachtnemer in gebreke is om zijn contractuele verplichtingen uit te voeren en maatregelen zal nemen, de financiers van de opdrachtnemer hiervan gelijktijdig op de hoogte stellen. Behalve in spoedeisende gevallen is de overheid niet gerechtigd om de ambtshalve maatregelen te treffen vooraleer een termijn na de kennisgeving aan de financiers verstreken is.

Zo bevatten de meeste directe overeenkomsten een clause die bepaalt dat de overheid de DBFM-overeenkomst niet voortijdig kan beëindigen wegens een tekortkoming van de opdrachtnemer of wegens een grond van onmiddellijke beëindiging, of het faillissement van de opdrachtnemer kan aanvragen, zonder eerst de security agent in kennis te stellen en een bepaalde termijn te respecteren.

Ook de security agent zelf heeft een kennisgevingsverplichting als de door de opdrachtnemer verschuldigde bedragen op grond van de financieringsovereenkomst vervroegd worden opgeëist.

### 17.1.2 Interimperiode

In de overeenkomst is het gebruikelijk dat, wanneer zich problemen voordoen, eerst een interimperiode begint, waarin de overheid verplicht is een *standstill* na te leven. Gedurende die periode mag de overheid met andere woorden niet tot de effectieve beëindiging van de overeenkomst overgaan of het faillissement van de opdrachtnemer aanvragen en/of zich beroepen op een gestelde garantie. De bedoeling van die interimperiode is dat de financiers de tijd en de mogelijkheid moeten hebben om het project van de in gebreke blijvende opdrachtnemer over te nemen. De interimperiode geeft de financiers, via de security agent, de kans om een herstelplan voor te stellen.

De overheid zal een lijst bezorgen van alle tot op dat moment door de opdrachtnemer niet nagekomen verplichtingen, alsmede van alle gebeurtenissen of omstandigheden die aanleiding gegeven hebben tot de kennisgeving. Bij deze lijst moet eveneens een schatting gevoegd worden van de continueringskosten

die de overheid heeft gemaakt of nog zal maken in verband met de uitvoering van de werkzaamheden gedurende de interimperiode, wanneer ze zelf werkzaamheden uitvoert of verwacht te zullen uitvoeren. Op die manier kunnen de financiers zich een beeld vormen van de verplichtingen en aansprakelijkheden van de opdrachtnemer.

Tijdens de interimperiode kan het direct agreement bepalen dat de overheid haar betalingsverplichtingen opschort die uit de DBFM-overeenkomst voortvloeien. Gedurende die periode is het de opdrachtnemer niet toegelaten om de werkzaamheden voort te zetten. Wel is het verboden de DBFM-overeenkomst tijdens de interimperiode te beëindigen.

In de interimperiode kan de security agent de overheid laten weten of hij de overeenkomst zal herstructureren en hoe hij dat zal doen. Hij kan daarbij een ontwerp van herstelrapport overmaken aan de overheid. Dat herstelrapport is een soort van reddingsplan, dat alleszins de volgende elementen bevat:

- een overzicht van alle openstaande verplichtingen van de opdrachtnemer en de continueringskosten;
- een herstelprogramma dat moet worden uitgevoerd om alle openstaande verplichtingen alsnog na te komen, om de oorzaken weg te nemen, en/of om de gevolgen te beperken van de gebeurtenis die aanleiding heeft gegeven tot de kennisgeving door de overheid dat zij de overeenkomst wil beëindigen, of een vervroegde opeisbaarheid inroept samen met een inschatting van de technische aspecten van de werkzaamheden;
- een raming van de verwachte financieringsbehoefte (en de manier waarop daarin zal worden voorzien) om het herstelprogramma en de lopende verplichtingen op grond van de DBFM-overeenkomst uit te voeren;
- alle overige zaken waarvan de opdrachtgever en de security agent overeenkomen dat ze in het herstelrapport moeten worden opgenomen;
- de duur van de herstelperiode.

De opdrachtnemer moet bij het voorbereiden en het tot stand komen van het ontwerpherstelrapport alle medewerking op verzoek verlenen. De kosten van het herstelrapport komen ten laste van de opdrachtnemer.

Na overleg tussen de overheid en de security agent, en desgevallend met medewerking van de opdrachtnemer over het ontwerpherstelrapport, moet de overheid een definitief rapport goedkeuren. De opdrachtgever kan zijn goedkeuring onthouden als



het herstelrapport feitelijk onjuist is of als hem in redelijkheid niet is gebleken dat de opdrachtnemer voldoende financiële, technische, logistieke of organisatorische middelen tot zijn beschikking heeft om de werkzaamheden uit te (doen) voeren en aan zijn verplichtingen op grond van de DBFM-overeenkomst te voldoen.

In dat geval eindigt de interimperiode en kan de DBFM-overeenkomst dus worden beëindigd.

### **17.1.3 De instap of step-in van de financiers**

Nadat het herstelrapport is goedgekeurd, begint een periode waarin de banken binnen een vooraf overeengekomen periode besluiten om in het project te stappen.

Daartoe ontvangt de security agent van de opdrachtnemer een onherroepelijke last en volmacht om gedurende een bepaalde periode, de instapperiode genoemd, de opdrachtnemer tegenover de overheid en tegenover derden te vertegenwoordigen. De financiers zullen met andere woorden via de security agent het DBFM-project in naam en voor rekening van de opdrachtnemer beheren en reorganiseren waar nodig. Zo kan de security agent op grond van de DBFM-overeenkomst bepaalde rechten en verplichtingen van de opdrachtnemer aan een geschikte vervangende opdrachtnemer (doen) overdragen. De security agent heeft ook de bevoegdheid om wijzigingen in de contractuele structuur, de vennootschapsrechtelijke structuur en/of managementstructuur van de opdrachtnemer te wijzigen. De opdrachtnemer is verplicht om het herstelprogramma uit te voeren en de betalingsverplichting van de overheid wordt zo nodig tijdens de instapperiode hervat.

Tijdens de instapperiode krijgen partijen een zicht op de vraag of herstel nog mogelijk is. Verschillende situaties kunnen zich voordoen:

- De herstructurering is volledig uitgevoerd waardoor er een einde aan de instapperiode komt. De DBFM-overeenkomst wordt in dat geval gewoon voortgezet. Op dat moment zal aan alle openstaande verplichtingen van de opdrachtnemer, waarover overleg met de overheid was gepleegd, voldaan zijn.
- Aan de instapperiode komt een einde wanneer de DBFM-overeenkomst wordt beëindigd omdat de opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt of omdat hij blijft verzuimen om het herstelprogramma volledig uit te voeren.
- Er komt een automatisch einde aan de instapperiode die tot een maximumaantal maanden wordt beperkt.

- De security agent kan op elk moment vrijwillig de instapperiode opzeggen met naleving van een opzeggingstermijn. De opdrachtnemer moet evenwel zijn verplichtingen tot aan de uitstapdatum nakomen.

Op het moment dat de instapperiode eindigt, kan aan de DBFM-overeenkomst een einde worden gesteld of kan de overheid zonder kennisgeving aan de security agent het faillissement van de opdrachtnemer aanvragen.

## **17.2 Zekerheden en betalingen**

Door de ondertekening van het direct agreement komen de overheid en de security agent doorgaans overeen dat de financiers van het DBFM-project op grond van de DBFM-overeenkomst een pand van eerste rang vestigen op de rechten van de opdrachtnemer tegenover de overheid of het direct agreement. Dit betekent dat wanneer de overheid aan de opdrachtnemer betaalt, dat uitsluitend op door de security agent aangewezen bankrekeningen zal gebeuren.

Ook zal een pand worden gevestigd op de rechten van de opdrachtnemer op grond van de verzekeringspolissen die hij is aangegaan.

# 18 Aansprakelijkheden en vrijwaringen van de overheid door de opdrachtnemer

---

Er bestaan heel wat gronden op basis waarvan derden een aanspraak op hetzij de overheid, hetzij de opdrachtnemer kunnen hebben.

Allereerst kan, overeenkomstig de artikelen 1382 en 1386 van het Burgerlijk Wetboek, worden gewezen op de burgerlijke aansprakelijkheid van de opdrachtnemer wegens fouten die hij heeft begaan naar aanleiding van de uitvoering van de werkzaamheden, waardoor schade aan derden wordt berokkend. Voorbeelden van dergelijke fouten zijn de inbreuken op de voorschriften op de algemene organisatie van de bouwplaats, waardoor derden schade oplopen. De extra-contractuele aansprakelijkheid van de opdrachtnemer kan ook in het geding zijn wanneer de schade, die aan derden werd berokkend, voortvloeit uit een gebrekkige zaak die de aannemer onder zijn bewaring heeft. Dat vloeit voort uit artikel 1386 van het Burgerlijk Wetboek.

Verder kan abnormale burenhinder ontstaan tijdens of naar aanleiding van de uitvoering van de werkzaamheden. In de DBFM-overeenkomst wordt vaak expliciet bedongen dat de opdrachtnemer instaat voor claims op grond van abnormale burenhinder. Zulke hinder geeft in principe aanleiding tot schadevergoeding, te betalen door de eigenaar van de grond op grond van artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek. In veel gevallen blijft de overheid echter de eigenaar van de grond waarop de infrastructuur gebouwd wordt en wordt zij door natrekking ook direct eigenaar van wat erop wordt gebouwd. De opdrachtnemer kan in de regel in dat geval op grond van het gemeen recht dus niet gemakkelijk voor burenhinder aangesproken worden. In de DBFM-overeenkomst wordt daarom expliciet verklaard dat de opdrachtnemer de overheid moet vrijwaren voor de aanspraken van derden op grond van artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek ingevolge de uitvoering van de werkzaamheden door de opdrachtnemer.

De DBFM-overeenkomst bevat meestal ook diverse andere gevallen of zelfs een meer algemene bepaling die toelaat dat de overheid de opdrachtnemer

in vrijwaring roept. Zo wordt bijvoorbeeld bepaald dat de opdrachtnemer de overheid moet vrijwaren voor:

- aanspraken van derden op grond van een (beweerde) inbreuk van intellectuele eigendomsrechten met inbegrip van het recht op afbeelding bij de uitvoering van de werkzaamheden;
- aanspraken van kabel-, leiding- of hoogspanningsnetbeheerders in verband met de uitvoering van de werkzaamheden;
- alle nadelige gevolgen van het niet voldoen door de opdrachtnemer aan regelgeving met betrekking tot de veiligheid en de arbeidsomstandigheden.

# 19 Intellectuele eigendomsrechten

---

## 19.1 Inleiding

Voor de meeste projecten zal de opdrachtnemer zowel als de overheid geconfronteerd worden met intellectuele eigendomsrechten (voortaan: IE). Het is dan ook van belang een goede regeling op te nemen in de DBFM-overeenkomst. Het uitgangspunt daarbij is meestal het onderscheid tussen intellectuele eigendomsrechten van de overheid, van de opdrachtnemer en rechten die ontstaan ingevolge specifieke ontwikkelingen in het raam van de DBFM.

## 19.2 IE overheid

De overheid blijft eigenaar van alle IE overheid. Alle IE die voortvloeien uit een wijziging of aanpassing van de IE overheid zullen automatisch toebehoren aan de overheid. Niets in de DBFM-overeenkomst kan worden geïnterpreteerd als een overdracht van IE overheid aan de opdrachtnemer of een derde.

De opdrachtnemer kan slechts gebruik maken van de IE overheid wanneer hij daartoe in de DBFM-overeenkomst of schriftelijk de toestemming heeft verkregen. In geval van toestemming zal het gaan om een niet-exclusieve, vergoedingsvrije licentie verleend door de overheid aan de opdrachtnemer om de IE overheid te gebruiken. Die licentie wordt vaak beperkt tot de duur van de DBFM-overeenkomst en tot gebruik dat strikt noodzakelijk is ter voorbereiding of ter uitvoering van de werkzaamheden bepaald in de overeenkomst. Elk ander gebruik is verboden en een schending van de IE overheid.

### **Specifiek voor het DBFM-project ontwikkelde IE**

Het gebeurt dat een overheid de eigendomsrechten opeist van de *Specifiek voor het Project ontwikkelde IE*. Dat is meestal echter niet nodig.

De overheid moet immers in de regel geen eigenaar worden van de Specifiek voor het Project ontwikkelde IE, maar moet er wel vrij over kunnen beschikken voor zover ze nodig zijn om de continuïteit van de dienstverlening te verzekeren (gebruik, exploitatie en instandhouding van het project). De opdrachtnemer moet daarom in elk geval garanderen dat de overheid alle Specifiek voor het Project ontwikkelde IE kan gebruiken of door een derde kan laten gebruiken, nodig om het project (verder) te realiseren, te gebruiken, te exploiteren en in stand te houden, wanneer zichzelf of een door haar aangestelde derde het project overneemt of verder afwerkt (bijvoorbeeld in geval van vervroegde beëindiging van de overeenkomst), en dat zonder enige beperking in duur en zonder betaling van enige bijkomende vergoeding, andere dan de vergoeding voorzien in de overeenkomst.

Daarom wordt doorgaans bepaald dat de Speciaal voor het Project ontwikkelde IE geen eigendom wordt van de overheid, maar dat de opdrachtnemer aan de overheid een vergoedingsvrije, niet-exclusieve, overdraagbare, wereldwijde, onherroepelijke (tijdens en na de DBFM-overeenkomst) en voor sublicentie vatbare licentie voor de wettelijke beschermingsduur van de IE (met een minimum van vijftig jaar) verstrekt op de Speciaal voor het Project ontwikkelde IE, die geen eigendom is geworden van de overheid. Conform die licentie zal de opdrachtnemer: 1) afzien van zijn recht op vaderschap met betrekking tot de werken (met inbegrip van plannen, studies, ontwerpen en tekeningen) waarop de IE rust, een daarin belichaamd werk en/of een daaruit voortvloeiend ontwerp of werk; 2) zich niet verzetten tegen een andere gehele of gedeeltelijke wijziging, verandering of aanpassing van de werken en resultaten in de voorbereiding, uitvoering en voortzetting van de overeenkomst en 3) zich evenmin verzetten tegen de vernietiging van de werken (met inbegrip van plannen, studies, ontwerpen en tekeningen) waarop IE rust, een daarin belichaamd werk en/of een daaruit voortvloeiend ontwerp of werk. Deze afstand geldt voor, tijdens en na de realisatie van de werkzaamheden. De opdrachtnemers en zijn onderaannemers waarvoor hij zich sterk maakt, garanderen dat de rechthebbende(n) ermee akkoord gaan dat hogervermelde wijzigingen hun eer of reputatie in geen geval kunnen schaden.

De aan de overheid verstrekte licentie zal er ook in moeten voorzien dat de overheid de Specifiek voor het Project ontwikkelde IE in licentie eveneens mag aanpassen en wijzigen voor zover als nodig voor de realisatie, het gebruik, de exploitatie en het in stand houden van het project, zoals gedefinieerd onder de overeenkomst.

De opdrachtnemer moet de overheid garanderen dat zij de cruciale Specifiek voor het Project ontwikkelde IE kan gebruiken overeenkomstig de aan haar verleende licentie. Daartoe moet de opdrachtnemer eigenaar worden of zijn van alle IE die deel uitmaakt van de Specifiek voor het Project ontwikkelde IE en die afkomstig is van derden of onderaannemers, of een licentie verwerven op die IE

met mogelijkheid tot sublicentie aan de overheid. De opdrachtnemer zal erop toezien dat de overheid alle nodige licenties verkrijgt inzake de Specifiek voor het Project ontwikkelde IE en dat zij de toegekende licenties (bijvoorbeeld softwarelicenties) kan verkrijgen tegen commerciële marktprijzen. Het is de plicht van de opdrachtnemer om dit te garanderen voor alle licenties die nodig zijn voor het project en de continuïteit ervan.

Als de opdrachtnemer niet in staat is te garanderen dat de overheid onverstoord over alle noodzakelijke IE zal beschikken, is hij verplicht de overheid te vrijwaren voor alle schade ten gevolge van het onbeschikbaar zijn van de IE. Bijvoorbeeld: wanneer de opdrachtnemer gebruikmaakt van IE Derden (cf. infra), moet hij het risico uitsluiten dat derden niet akkoord gaan met het verlenen van een sublicentie van de IE Derden aan de overheid of een derde die in de plaats komt van de opdrachtnemer. De opdrachtnemer kan dit risico uitsluiten in een overeenkomst met de eigenaar van de IE Derden. Wanneer hij niet voor zulke risico's kan instaan, moet in de overeenkomst worden voorzien dat in zulke gevallen de opdrachtnemer alternatieve IE zal aanbieden die wel aan de overheid in licentie kunnen worden gegeven en die de overheid toelaten het project te realiseren en het gebruik, de exploitatie en de instandhouding ervan te verzekeren.

### **19.3 IE opdrachtnemer**

Voor zover als nodig voor de realisatie, het gebruik, de exploitatie en het in stand houden van het project, verleent de opdrachtnemer aan de overheid een niet-exclusieve, overdraagbare, wereldwijde, onherroepelijke (tijdens en na overeenkomst) en voor sublicentie vatbare licentie voor de wettelijke beschermingsduur van de IE (met een minimum van vijftig jaar) op het gebruik van de IE opdrachtnemer tijdens en na de overeenkomst.

### **19.4 IE Derden**

Wanneer de opdrachtnemer voor het realiseren, gebruik, de exploitatie en/of de instandhouding van het Project IE Derden aanwendt en de overheid een licentie hierop moet verwerven om het project te kunnen gebruiken, exploiteren, in standhouden en/of verder af te werken, moet hij zich sterk maken dat hij de nodige rechten, toestemmingen en machtigingen heeft verkregen om deze licentie te kunnen geven.

## 19.5 IE na beëindiging van de overeenkomst

De overeenkomst dient te voorzien in bepalingen omtrent het lot van de IE na beëindiging van de overeenkomst (hetzij bij vervroegde beëindiging, hetzij bij aflopen van de overeenkomst). Bij beëindiging van de overeenkomst, om welke reden dan ook, moet de overheid in staat zijn alle IE nodig voor de realisatie, het gebruik, de exploitatie en het in stand houden van het project verder te gebruiken omdat anders het project of de dienstverlening onwerkbaar wordt. In geval van vervroegde beëindiging moet de overheid beschikken over de nodige IE om het project verder te realiseren met een derde partij of om de dienstverlening door een derde partij te laten verzorgen.

Om de continuïteit van het project te verzekeren, moet er worden voorzien dat de ontbinding, het verstrijken of enige andere vorm van beëindiging van de overeenkomst, op welke wijze ook, niet zal leiden tot de beëindiging van de op basis van de overeenkomst toegekende licenties aan de overheid. Omgekeerd zullen de licenties verleend aan de opdrachtnemers vaak een einde nemen bij de beëindiging van de overeenkomst.

Om de overheid de continuïteit van het project te garanderen, moet in het nodige worden voorzien om te verzekeren dat de overheid onmiddellijk toegang heeft tot de IE en tot de methodes en knowhow die de opdrachtnemer gebruikt en heeft ontwikkeld voor het project, alsook tot alle informatie over hoe deze IE, methodes en knowhow moeten worden gebruikt, bij beëindiging van de overeenkomst om welke reden dan ook, en dit op eerste verzoek van de overheid.



# 20 Het verzekeringspakket

---

Verzekeringen zijn voor de overheid, de opdrachtnemer en de financiers van groot belang. Ze laten immers toe risico's af te dekken. De opdrachtnemer, die in de regel de vorm zal aannemen van een SPV, zal door middel van het bouwcontract en de onderhoudscontracten zo veel mogelijk taken en risico's overdragen aan de uitvoerende partijen, zijnde de bouw- en onderhoudsaannemers. Die partijen zullen op hun beurt verzekeringen aangaan.

Over het opleggen van een verplicht verzekeringspakket aan de opdrachtnemer zijn de meningen niettemin verdeeld. De klassieke visie is dat de overheid een verplicht verzekeringspakket oplegt. In Groot-Brittannië bestaat er een sterke stroming om de opdrachtnemer in het samenstellen van een verzekeringspakket vrij te laten. Hoe dan ook zullen de financiers hun eisen opleggen aan de opdrachtnemer op vlak van verzekeringen.

## 20.1 De klassieke visie: het verplichte verzekeringspakket

---

In de klassieke visie is de opdrachtnemer verplicht een aantal verzekeringen aan te gaan. De Algemene Uitvoeringsregels leggen aan de opdrachtnemer slechts de verplichting op het bewijs voor te leggen dat hij zich van bij de aanvang van de werkzaamheden verzekerd heeft voor de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen, alsmede voor zijn burgerlijke aansprakelijkheid bij ongevallen die door de werkzaamheden aan derden worden berokkend. Sinds kort geldt er voor aannemers ook een verplichting om de tienjarige aansprakelijkheid te verzekeren. In DBFM-overeenkomsten gaat de overheid dikwijls verder in het eisen van een verzekeringspakket.

De overheid draagt immers, in het kader van een DBFM-project, een groot aantal risico's aan de opdrachtnemer over, die anders door de overheid zelf worden gedragen (en dus in beginsel ook verzekerd). De overheid wil de continuïteit van het project beschermen door de opdrachtnemer te verplichten een adequaat verzekeringspakket te doen afsluiten dat de voornaamste, verzekerbare risico's dekt. Wanneer de overheid de opdrachtnemers vrij laat zelf te bepalen welke verzekeringen zij afsluiten, wordt het mededingingsproces verstoord. Er kan dan

een perverse incentive bestaan om risico's niet of onvoldoende te verzekeren. De kost van de premies kan dan van de inschrijvingsprijs worden afgetrokken. Wanneer de overheid wel een verzekeringspakket oplegt, zal ze zich moeten wapenen tegen het risico van oververzekering. Het verzekeringspakket dat bij een DBFM-overeenkomst wordt opgelegd kan er immers toe strekken risico's te dekken die doorgaans niet verzekerd worden. Verder zijn verzekeringen te vermijden waarvan de prijs niet in verhouding staat met de bescherming die verzekering kan bieden. De overheid zal zich daarom meestal door een gespecialiseerde verzekeringsadviseur laten bijstaan. Die adviseur is nagenoeg steeds een verzekeringsmakelaar.

Het belang dat de overheid aan verzekeringen hecht wordt in de DBFM-overeenkomst meestal tot uitdrukking gebracht door de vereiste dat het leveren van het bewijs dat de verzekeringen werden afgesloten een opschortende voorwaarde is. De overheid zal vaak ook verlangen dat in de verzekeringsovereenkomst een clause wordt opgenomen die de verzekeraars verplicht haar op de hoogte te stellen van elke tekortkoming van de opdrachtnemer en van elke disruptie in de verzekeringsovereenkomst.

De opdrachtnemer zal eveneens veel belang aan een adequaat verzekeringspakket hechten. Wanneer een risico verzekerd is, wordt dat risico in wezen op de verzekeraar afgewenteld. Strikt genomen heeft dit voor de opdrachtnemer geen kost. Hij zal immers de premies voor de verzekeringen aan de overheid kunnen doorrekenen. Wanneer het door de overheid opgelegde verzekeringspakket niet adequaat is, zal de opdrachtnemer het voordeel van een bijkomende verzekering moeten afwegen tegen de kost daarvan. Sommige kandidaten zullen de verzekering immers niet afsluiten en dus ook niet in hun prijs doorrekenen. Anderen zullen dat wel doen en hun inschrijvingsprijs verhoogd zien.

De financiers hechten, ten slotte, veel belang aan een adequaat verzekeringspakket omdat de verzekeringen, wanneer een risico zich voordoet, voor de financiers een van de belangrijkste garanties op terugbetaling vormen. De financiers zullen meestal een pandrecht op de verzekeringsuitkeringen bedingen en controle op het aanwenden van die uitkeringen willen uitoefenen. Het is verder niet ongebruikelijk dat de financiers eisen om hen als mede-begunstigde van de verzekering aan te duiden. In sommige contracten worden zogenaamde non-vitiationsclausules opgelegd. Een dergelijke clause houdt in dat de verzekeraar een tekortkoming van de verzekerde (de opdrachtnemer) niet tegen de financiers kan inroepen. De overheid heeft er belang bij daarop toe te zien. Het is immers denkbaar dat de garanties die de financiers willen afdwingen met haar eigen garanties in conflict komen.

De overheid moet, in de klassieke visie, een duidelijk en goed afgewogen verzekeringspakket vaststellen. De hulp van een extern verzekeringsadviseur is daarbij aan te raden.

Zoals hierboven is uiteengezet ziet een adequaat verzekeringspakket er voor elk project anders uit en is daarvoor gespecialiseerd advies vereist. Voor elke verzekering moet rekening worden gehouden met een aantal vaste factoren:

- De vrijstelling of franchise heeft betrekking op het deel van de schade dat niet door de verzekeraar, maar door de verzekerde moet worden gedragen.
- De uitsluitingen omschrijven de risico's die door de algemene of bijzondere voorwaarden van de polis van het voordeel van de polis worden uitgesloten. Sommige verzekeringen dekken alle risico's, behalve de in de algemene voorwaarden van de polis uitdrukkelijk uitgesloten risico's (die polissen worden *allrisk* of *multirisk* genoemd). Andere verzekeringen dekken alleen de in de polis opgesomde risico's.
- De omvang van de dekking. Er is een onderscheid te maken tussen een verzekering aan de nieuwwaarde van infrastructuur en de werkelijke waarde ervan. Er is ook een onderscheid te maken wat betreft de aard van de schade die wordt gedekt: materieel of niet-materieel. Er is, in vergelijkbare zin, een onderscheid tussen zaakschade, persoonlijke of materiële schade en bedrijfsschade (verlies of gederfde winst). Er is een onderscheid tussen eigen schade en schade aan derden. Ten slotte is er een onderscheid tussen contractuele en extracontractuele schade.

Het verzekeringspakket gedurende de bouwfase zal doorgaans ook verschillen van het verzekeringspakket gedurende de onderhoudsfase. Doorgaans worden de volgende verzekeringen gesloten:

- Een verzekering tegen materiële schade. Een 'verzekering Alle bouwplaats-risico's' (ABR of CAR-polis; Construction All Risks) is de belangrijkste all-riskverzekering. Zo'n polis verzekert doorgaans de volgende goederen: alle bouwwerken, bouwmaterialen, bouwelementen, machines, toestellen en installaties, maar ook de voorlopige bouwwerken, de werfkeet, de bouwplaatsuitrusting, bouwtoestellen en, desgevallend, het bestaande gebouw of de bestaande infrastructuur. Typisch voor zo'n polis is dat de verzekeringsstermijn gelijk is aan de duurtijd van de bouwfase. De dekking kan

echter worden uitgebreid tot de onderhoudswerkzaamheden. Traditioneel is een onderscheid te maken tussen klein onderhoud, groot onderhoud en een volledige garantie voor het ontwerp en de bouw van de infrastructuur voor de periode die buiten de werkingssfeer van de tienjarige aansprakelijkheid valt.<sup>30</sup> Er is over te waken dat burenhinder of nabuurschade (art. 544 van het Burgerlijk Wetboek) niet het voorwerp van een uitsluiting uitmaakt. In België is dat evenwel ongebruikelijk. De uitsluitingen die in de algemene of bijzondere voorwaarden worden opgesomd sluiten doorgaans de eigen fout van de verzekerde, de niet-materiële en de indirecte<sup>31</sup> schade uit. Zo zal bijvoorbeeld de schade die voortvloeit uit contractuele sancties niet verzekerd kunnen worden. De verzekerde waarde van het goed wordt doorgaans op basis van de normale herstellingskosten (uiteraard niet voor het deel eigen werk) berekend, waarvan dan het eigen risico of de franchise wordt afgetrokken en waarbij de herstelkosten worden opgeteld. Eventueel wordt dan nog een verrekening voor niet-normale kosten (bijvoorbeeld de meerwaarde) uitgevoerd.

- Een verzekering voor aansprakelijkheidsschade. Die verzekering betreft meestal een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid en een verzekering tienjarige aansprakelijkheid. De verzekering burgerlijke aansprakelijkheid kan ook onderdeel van de ABR-polis uitmaken. Deze verzekering dekt de buitencontractuele (en dus in de regel niet de contractuele) aansprakelijkheid van de verzekerde voor schade die aan derden wordt toegebracht tijdens de duur van de DBFM-overeenkomst. Zij sluit doorgaans uitdrukkelijk de schade uit die na de uitvoering van de DBFM-overeenkomst zou worden veroorzaakt. Een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid kan, ten slotte, ook milieuschade dekken. Het is ook mogelijk dat daarvoor een afzonderlijke polis wordt afgesloten. Een verzekering tienjarige aansprakelijkheid dekt de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer als ontwerper en als aannemer ten aanzien van de overheid. De schade aan derden onder die polis is doorgaans eveneens verzekerd. Het is meestal aangewezen in een aanvullende waarborg te voorzien voor de gedeelten van de infrastructuur die niet onder technische controle vallen en van andere goederen van de overheid, evenals van immateriële en indirecte schade.
- Een verzekering tegen inkomstenschade of bedrijfsschadeverzekering. Het zich voordoen van een schadegeval heeft op een DBFM-overeenkomst een grotere impact dan het herstel van de schade die door een ABR-polis wordt gedekt. De inkomsten van de opdrachtnemer zijn immers afhankelijk van

---

30 De duurtijd van de DBFM-overeenkomst is immers doorgaans langer dan tien jaar.

31 De indirecte schade is de schade die het onrechtstreeks gevolg van een schadegeval is, zoals exploitatieverliezen, gebruikserving of financiële verliezen.

de beschikbaarheid van het project. Wanneer die beschikbaarheid, door een schadegeval gedurende de bouwfase, vertraagd of onderbroken wordt, zal de opdrachtnemer inkomensverlies lijden. Het doel van een bedrijfsschadeverzekering bestaat erin de opdrachtnemer na een schadegeval terug in de situatie te brengen waarin hij zich zou hebben bevonden wanneer het schadegeval zich niet had voorgedaan. Traditioneel bestaat een onderscheid tussen twee types bedrijfsschadeverzekering: enerzijds de klassieke verzekering, die schade dekt na het optreden van zaakschade zoals brand, ontploffing en waterinfiltratie, en anderzijds de verzekering voor geanticiperde bedrijfsschade na een schade aan de infrastructuur in opbouw. Die laatste verzekering wordt in het jargon een Alop-verzekering genoemd (*advanced loss of profits*). De bedrijfsschadeverzekering verleent tussenkomst voor de daling van het bedrijfsresultaat gedurende een contractueel vastgelegde vergoedingsperiode. De maximale vergoedingsperiode wordt vastgelegd in de bijzondere voorwaarden van het verzekeringscontract. Ook dit aspect kan met de maatschappij worden onderhandeld; het bepaalt in sterke mate de premielast. De vergoedingsperiode moet minstens gelijk zijn aan de tijd die nodig is om het bedrijfsresultaat, zoals vóór het schadegeval, opnieuw te bereiken.

- Ten slotte zijn er nog de wettelijk verplichte verzekeringen, zoals een verzekering voor arbeidsongevallen of voor bedrijfsvoertuigen.

De duurtijd van verzekeringsovereenkomsten valt niet samen met de duurtijd van de overeenkomst. Verzekeringsovereenkomsten zullen dus regelmatig wijzigen. De evolutie van de verzekeringsmarkt kan tot gevolg hebben dat de opdrachtnemer met buitengewone premiestijgingen of zelfs met de onverzekerbaarheid van het project of van bepaalde risico's geconfronteerd wordt. DBFM-overeenkomsten voorzien doorgaans in bepalingen die aan die situatie het hoofd bieden.

## **20.2 De vrijheid van de opdrachtnemer om zijn verzekeringspakket te bepalen**

---

Een andere visie op verzekeringen in de context van DBFM-projecten gaat uit van de idee dat de opdrachtnemer zelf het beste in staat is om, samen met zijn financiers, het verzekeringspakket samen te stellen.

Het omgaan met verzekeringen vormt, in die opvatting, het hart van de risicomanagementstrategie van de opdrachtnemer. Omgekeerd vormt efficiënt risicomanagement het hart van de langetermijnvoordelen die de overheid uit DBFM-projecten kan halen. De benadering van verzekeringen door de opdrachtnemer

is dus onafscheidbaar van zijn *levenscyclus*-benadering en de manier waarop de infrastructuur ontworpen, gebouwd en onderhouden wordt. Het is daarom belangrijk dat de overheid zich niet al te veel mengt met die integrale risico-overdracht en met de incentives die de opdrachtnemer heeft om die risico's zo efficiënt mogelijk te beheersen en te beperken.

Wanneer de overheid de opdrachtnemer een zekere graad van vrijheid gunt, valt het te verwachten dat deze laatste verzekeringen overeenkomstig de goede marktpraktijk zal aangaan. Daaronder vallen al de wettelijk verplichte verzekeringen.

Bovendien zorgt het non-recoursekarakter van de DBFM-financiering ervoor dat de financiers als waakhond fungeren tijdens het project. De banken kunnen immers geen zekerheden op de infrastructuur of het vastgoedobject uitwinnen in het geval de opdrachtnemer niet meer aan zijn betalingsverplichtingen voldoet. De financiers zullen er bovendien naar streven om substantiële kortingen op de beschikbaarheidsvergoedingen te vermijden. Ook zullen de banken zelf beoordelen of de opdrachtnemer adequate verzekeringen heeft afgesloten die dekking bieden tegen de risico's die de opdrachtnemer draagt. De gunningsprocedure zorgt er ook voor dat consortia en hun financiers zoeken naar efficiënte vormen om risico's te beheersen. Verzekeringen voorschrijven leidt in die visie tot onnodige kostenverhogingen en onderhandelingen.

Door de samenloop tussen enerzijds de structuur van een non-recourse-financiering en anderzijds het principe dat de overheid in beginsel haar eigen risico's niet verzekert, is het in een alternatieve visie voor de overheid als opdrachtgever bij DBFM-projecten niet nodig voor te schrijven welke verzekeringen de opdrachtnemer moet afsluiten. De opdrachtnemer en zijn financiers zijn in die opvatting het best geplaatst om het verzekeringspakket te definiëren.

## 20.3 Onverzekerbaarheid en buitengewone premiewijzigingen

Een risico dat onverzekerbaar is, wordt bij voorkeur niet bij de opdrachtnemer gelegd. Bedoeld wordt een risico waarvoor op de internationale verzekeringsmarkt bij verzekeringsondernemingen geen dekking kan worden verkregen of waarvoor de verschuldigde verzekeringspremie op de wereldwijde verzekeringsmarkt zo hoog is dat het risico in het algemeen niet verzekerd wordt. Wanneer het risico

in de loop van de DBFM-overeenkomst onverzekerbaar is geworden, dan moeten aan de overheid twee opties gelaten worden. Ten eerste moet de overheid ervoor kunnen kiezen om het risico over te nemen op voorwaarde dat de opdrachtnemer aan de overheid een bepaalde som geld betaalt. Die som zou, bijvoorbeeld, tweemaal het bedrag van de laatste, vóór het onverzekerbaar worden van het risico, door de opdrachtnemer betaalde premie kunnen zijn. Ten tweede moet de opdrachtnemer ervoor kunnen kiezen om de DBFM-overeenkomst voortijdig te beëindigen. In dat geval geldt de vergoedingsregeling bij voortijdige beëindiging.

Een tweede onvoorspelbaar risico dat de opdrachtnemer wenst te vermijden is het risico van aanzienlijke premiestijgingen op de verzekeringsmarkt. De beschikbaarheidsvergoeding houdt met dergelijke premiestijgingen onvoldoende of geen rekening. In dat geval verdient de mogelijkheid de voorkeur dat de beschikbaarheidsvergoeding kan worden aangepast ten belope van het bedrag van de daadwerkelijke stijging. Het is echter billijk dat de overheid ook het voordeel draagt van aanzienlijke premiedalingen. In dat geval moet de beschikbaarheidsvergoeding met het daadwerkelijke bedrag van de premiedaling verminderd worden.

De DBFM-overeenkomst dient bij voorkeur te voorzien in een regeling voor onverzekerbaar geworden risico's en buitengewone premiewijzigingen.

Wordt met het contract ESR-neutraliteit nagestreefd is ten slotte wel rekening te houden met het standpunt van Eurostat inzake aanzienlijke premiestijgingen. Eurostat heeft medegedeeld dat het onder strikte voorwaarden geen probleem heeft met het feit dat de overheid risico neemt voor buitengewone premiestijgingen, of dat ze deelt in het risico en de opbrengsten dienaangaande. Is evenwel niet aan die strikte voorwaarden voldaan, dan is een en ander een belangrijk (negatief) element bij de beoordeling van de ESR-neutraliteit van het project.<sup>32</sup>

32 The Authority takes or shares the risk that insurance costs increase above a specified ceiling and/or takes or shares the benefit if insurance costs fall below a specified floor;  
The ceiling (if applicable) is set no lower than twice the amount of the insurance costs forecast at financial close;  
- The floor (if applicable) is set no higher than half the amount of the insurance costs forecast at financial close;  
- If insurance costs increase above the ceiling, the Authority is only liable for the difference between the actual costs and the ceiling;  
- If insurance costs fall below the floor, the Authority only takes or shares the benefit of the difference between the actual costs and the floor;  
and  
- The provisions do not allow the Authority to take the risk and/or benefit of changes in insurance costs that are attributable to the actions of the Partner.  
(<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/7204121/epec-eurostat-statistical-guide-en.pdf>)

# 21 Communicatie

---

De meeste DBFM-overeenkomsten bevatten bepalingen inzake communicatie.

Er worden afspraken gemaakt over de informatie die wordt uitgewisseld in het raam van het project en over de manier waarop de partijen zullen omgaan met vertrouwelijkheid, perscommuniqués en verzoeken inzake openbaarheid van bestuur. Ook worden soms bepalingen opgenomen over het opleggen van vertrouwelijkheidsverplichtingen ten aanzien van adviseurs en onderaannemers.



## 22 Slotbepalingen

---

De DBFM-overeenkomsten eindigen in de regel met een deel of hoofdstuk met slotbepalingen. Het omvat een regeling inzake wijziging van controle van de projectvennootschap en overdracht van rechten en verplichtingen aan derden, al wordt dit laatste ook wel eens apart behandeld. Terwijl doorgaans wordt bepaald dat de overeenkomst door de overheid kan worden overgedragen, bevatten de contracten meestal strenge bepalingen inzake de overdracht door de opdrachtnemer van de rechten of verplichtingen, dan wel het volledige contract, aan derden. Dit laatste is logisch. Het aanbestedingsrecht beperkt immers aanzienlijk de mogelijkheid om contracten aan andere marktpartijen over te laten. Hier anders over oordelen zou immers toelaten dat de gunningsprocedure gemakkelijk wordt uitgehouden.

Wat de overdracht betreft van het contract aan opdrachtgeverszijde is nochtans ook een voorbehoud te formuleren. Marktpartijen, niet het minst financiers, zullen immers veel belang hechten aan de hoedanigheid en terugbetalingscapaciteit van de overheid. Wanneer het contract dan zonder veel waarborgen een overdracht toelaat aan derden partijen, kan daardoor het risicoprofiel substantieel wijzigen. Het is overigens net om die reden dat financiële instellingen vaak aan zelfstandige agentschappen en overheidsbedrijven vragen dat de gemeente, de Vlaamse of de federale overheid de doorbetaling waarborgt van de verplichtingen in het geval er een reorganisatie – zoals bijvoorbeeld een privatisering – zou optreden van het betrokken agentschap of overheidsbedrijf.

Meestal wordt in dit hoofdstuk van het contract ook verduidelijkt dat de overeenkomst alle afspraken die door de partijen tot en met de contractdatum zijn gemaakt over het onderwerp van deze overeenkomst vervangt, en dat het contract alle eerdere afspraken tussen partijen vervangt.

Verder wordt vaak ook een bepaling opgenomen inzake voortdurende verplichtingen, dat wil zeggen: verplichtingen die doorwerken na het einde van het contract. Bepalingen in de overeenkomst die naar hun aard de strekking hebben ook na beëindiging van de overeenkomst van kracht te blijven, behouden hun gelding na beëindiging van deze overeenkomst. Ook wordt doorgaans expliciet opgenomen dat, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, er geen bepaling in de overeenkomst is te beschouwen als een derdenbeding. Het contract beoogt dus de relaties tussen partijen te regelen, maar in beginsel geen rechten te verlenen aan derden.

# TERMEN

Hieronder vindt u een overzicht van vaak gebruikte termen bij DBFM-dossiers, met verwijzing naar de pagina's waar de term in dit handboek voorkomt.

BAFO 75, 76, 122, 140

beëindigingsvergoeding 145, 155, 156

beschikbaarheidscertificaat 8, 9, 88, 90, 92, 96, 97, 98, 99, 104, 105, 113, 115, 116

biedingsgarantie of bid bond 140

contractsluiting of contract close 51, 52, 62, 78, 83, 102, 103, 110, 122, 123, 136, 140, 141, 144, 149, 158

directe overeenkomst of direct agreement 10, 60, 84, 120, 141, 149, 160, 161, 162, 164

due diligence 59, 62, 63, 143

Europees Stelsel van Rekeningen (ESR) 20, 35, 36, 46, 47, 48, 49, 62, 63, 64, 85, 86, 88, 89, 91, 93, 109, 114, 119, 124, 132, 135, 136, 147, 152, 177

extra-configuratiegedeelte 146

financial close 64, 78, 92, 102, 103, 122, 140, 142, 145, 149, 160, 177

geschillenbeslechtingscommissie 103, 157, 158

geval van overmacht 126, 127, 148, 152, 156

geval van uitstel 125, 127, 128, 129, 130, 131, 148

geval van vergoeding 125, 129, 130, 131, 136, 138

informatiegarantie 144

instap of step-in 163

Intellectuele Eigendom 131, 166, 167

interimperiode 161, 162, 163

kritieke vertraging 129, 130

liquid market test 154

niet-configuratiegedeelte: zie extra-configuratiegedeelte 99

onmiddellijke beëindigingsgrond 150

outputspecificaties 8, 13, 25, 27, 28, 29, 32, 33, 36, 47, 51, 56, 61, 62, 69, 73, 74, 83,  
84, 88, 89, 94, 95, 96, 100, 105, 107, 108, 110, 111, 115, 130, 134

risicoallocatiematrix 74, 75

security agent 31, 160, 161, 162, 163, 164

standstill 161

tekortkoming opdrachtnemer 155

voltooiingscertificaat 98, 99, 149

voorkeursbieder 59, 104, 140

whole life cost of levenscyclusbenadering 19, 31

Het gebruik van DBFM-contracten om op een geïntegreerde wijze grote overheidsprojecten te realiseren is de afgelopen jaren in België goed ingeburgerd geraakt en dit in de meest diverse sectoren: sportinfrastructuur, scholen, gevangenissen, administratieve centra, systemen voor KM-heffing, wegen, bruggen, militaire infrastructuur etc.

Het DBFM-handboek wil bijdragen tot het ontsluiten en verspreiden van de kennis en de ervaringen. Bovendien draagt de publicatie bij tot de standaardisering van DBFM-overeenkomsten en de gebruikte terminologie. Het boek biedt een houvast aan de verschillende actoren bij DBFM-projecten en draagt daarmee ook bij aan het succesvol opzetten van DBFM-projecten in de praktijk. De afgelopen jaren zijn onder meer de regels inzake het Europees Systeem van Rekeningen en overheidsopdrachten grondig bijgesteld. Daarenboven evolueerden ook de inzichten inzake het verdelen en toewijzen van risico's. Dit boek neemt de lezer mee in de complexe wereld van DBFM en bekijkt de projecten en contracten zowel vanbinnen als vanbuiten.

In 2009 publiceerde het Kenniscentrum voor het eerst het DBFM-handboek. Exact 10 jaar later volgt nu een geactualiseerde editie. Deze tweede editie kwam tot stand in samenwerking met Equator Advocaten en Rebel Advisory.

