

DBFM-handboek

Consultatieversie



**Vlaams
Kenniscentrum
PPS**



Redactie en coördinatie

J. De Muyter, B. Schutyser, M. Theirssen, J. Vande Lanotte,
S. Van Garsse en T. Villé.

Vormgeving cover

Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid
Communicatie
Suzie Favere

Uitgave

Brussel, 23 december 2008.

Dit document is met grote zorg opgesteld. Dit document zal de komende maanden verder worden aangepast aan opmerkingen van diverse actoren en aan leerervaringen. Het document is met grote zorg opgesteld, maar het Kenniscentrum kan niet worden aangesproken voor eventuele tekortkomingen.

DBFM-HANDBOEK

TEN GELEIDE

Nagenoeg overal in Europa bestaat grote belangstelling voor publiek-private samenwerking (PPS). Meer nog, de afgelopen jaren werden er in de Europese regio voor meer dan 200 miljard euro aan PPS-contracten voor de realisatie van allerlei projecten (wegen, gebouwen, sportinfrastructuur,...) gesloten. Veel PPS-overeenkomsten nemen in de praktijk de vorm aan van een zogenaamde DBFM-overeenkomst (*Design, Build, Finance, Maintain*). Het Vlaams Kenniscentrum PPS wil met dit DBFM-handboek de kennis en de inzichten die de voorbije jaren inzake het sluiten van DBFM-overeenkomsten werden verworven, delen en verspreiden. Bovendien wil het boek een aanzet tot de standaardisering van DBFM-overeenkomsten geven. Een belangrijk onderdeel van de inspanning om tot een betere praktijk inzake DBFM-projecten te komen, is immers het streven naar een zekere standaard-aanpak en het gebruik van standaardcontracten en/of voorwaarden. Standaardisering is niettemin een lange termijn evolutie, maar dit handboek heeft de ambitie deze evolutie te versnellen en de verschillende actoren die een DBFM-overeenkomst aangaan, een houvast te geven.

INHOUDSTAFEL

TEN GELEIDE	1
DEEL I – DBFM VAN BUITENAF BEKEKEN	6
HOOFDSTUK 1: PPS EN DBFM IN VLAANDEREN	6
1.1. Wat zijn DBFM-overeenkomsten?	6
1.2. Wat is het verschil tussen DBFM en verwante contracten?	6
1.3. Wat zijn de voordelen van de DBFM-overeenkomst?	7
1.4. Wat zijn de nadelen van het sluiten van DBFM-overeenkomsten?	8
1.5. Wat zijn de verschillende voorwerpen van een DBFM-overeenkomst?	9
1.5.1. Design	9
1.5.2. Build	9
1.5.3. Finance	9
1.5.4. Maintenance	10
1.6. Wat houdt het begrip “beschikbaarheid” in?	10
1.7. Hoe risico’s spreiden?	11
1.8. Wat is het geldend wettelijk en reglementair kader?	12
1.8.1. Het PPS-decreet	12
1.8.2. Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing op de gunning van de DBFM-overeenkomst?	13
1.8.3. Zijn de Algemene Aannemingsvoorwaarden van toepassing op de uitvoering van een DBFM-overeenkomst?	14
1.8.4. Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing bij de keuze van (onder)aannemers?	15
1.8.5. De ESR-reglementering	16
HOOFDSTUK 2: DE VERSCHILLENDE ACTOREN	18
2.1. Contractuele vs. Participatieve PPS	18
2.2. De overheid	19
2.3. De samenwerking met andere overheden	20
2.4. De private opdrachtnemer	21
2.4.1. Het consortium als tijdelijke handelsvennootschap	21
2.4.2. Is een projectvennootschap een aanvaardbaar alternatief?	21
2.5. De (onder)aannemers	23
2.6. De financiers	23
2.7. De adviseurs	26
2.8. Risicoanalyse	27
HOOFDSTUK 3: HOE REALISEREN WE EEN DBFM – OVEREENKOMST ?	27
3.1. Hoe stellen we een DBFM-bestek op ?	27
3.2. De keuze van de gunningswijze	28
3.3. De aankondiging	30
3.4. De selectieleidraad	30
3.5. De selectie	31
3.6. De gunningsleidraad	31
3.7. Contacten tussen de overheid en de kandidaten vóór de indiening van de offertes	34
3.8. De indiening van een offerte en de onderhandelingen	35
3.9. De aanduiding van een voorkeursbieder en de finale contractsonderhandelingen	35
3.10. De closing	36

3.11.	Het voortraject	36
DEEL II – DBFM VAN BINNENUIT BEKEKEN		39
HOOFDSTUK 1:	INLEIDING	39
HOOFDSTUK 2:	DEFINITIES	41
HOOFDSTUK 3:	DE VERPLICHTINGEN VAN DE PROJECTVENNOOTSCHAP: D, B, F, M	43
3.1.	Algemeen	43
3.2.	De onderhoudsverplichting van de Opdrachtnemer	43
HOOFDSTUK 4:	DE CONTRACTDUUR	44
HOOFDSTUK 5:	DE OUTPUTSPECIFICATIES: BESCHIKBAARHEIDSEISEN, VOLTOOIINGSEISEN EN OVERDRACHTSEISEN	45
5.1.	Inleiding	45
5.2.	De formulering van de projectdefinitie en de outputspecificaties	46
5.3.	De beschikbaarheidseisen	47
5.4.	De voltooiingseisen	48
5.5.	De problematiek van het “niet-configuratiegedeelte”	49
5.6.	De overdrachtseisen	50
HOOFDSTUK 6:	PROJECTVERLOOP - FASERING	51
6.1.	De periode tot het aanvangsbevel	51
6.2.	De periode tussen het aanvangsbevel en beschikbaarheidscertificaat	53
6.3.	De periode vanaf het beschikbaarheidscertificaat tot en met de einddatum	53
6.4.	De overdracht	54
HOOFDSTUK 7:	HET BETALINGSMECHANISME	55
7.1.	Algemeen	55
7.2.	Het belang van het opzetten of “calibreren” van het betalingsmechanisme	56
7.3.	Betalingen en sancties tot aan de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat	58
7.3.1.	De betaling van mijlpaalvergoedingen of bouwsommen	58
7.3.2.	Sanctie bij te late beschikbaarheid en bonus bij vervroegde beschikbaarheid via een vaste einddatum	59
7.3.3.	Andere sancties vóór de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat	60
7.4.	Betalingen en sancties vanaf het beschikbaarheidscertificaat	60
7.4.1.	Beschikbaarheidsvergoedingen	60
7.4.2.	Gebruikersvergoeding	61
7.4.3.	De sanctie wegens onbeschikbaarheid van de infrastructuur: de beschikbaarheidskorting	61
7.4.4.	Sancties voor andere contractuele tekortkomingen: De prestatiekortingen	62
7.5.	Bijkomende mechanismen om ondermaats presteren te sanctioneren	63
HOOFDSTUK 8:	Prijsherziening, benchmarking en market testing	64
8.1.	Algemeen	64
8.2.	Prijsherziening	65
8.3.	Benchmarking	66
8.4.	Market testing	67
HOOFDSTUK 9:	BIJZONDERE OMSTANDIGHEDEN	67
9.1.	Inleiding	67
9.2.	Risicoallocatie	68
9.3.	Gevallen van overmacht	69
9.3.1.	Begrip	69
9.3.2.	Contractuele gevolgen	70

9.4.	Gevallen van uitstel	71
9.4.1.	Begrip	71
9.4.2.	Contractuele gevolgen	72
9.4.3.	Risicoverdeling: “kritieke” vertraging	73
9.5.	Gevallen van vergoeding	73
9.5.1.	Begrip	73
9.5.2.	Contractuele gevolgen	73
9.5.3.	Risicoverdeling	74
9.6.	Het alternatief mechanisme: een A- en B-lijst van “Risico’s opdrachtgever”	74
HOOFDSTUK 10: WIJZIGINGEN VAN HET CONTRACT		75
10.1.	Inleiding	75
10.2.	Een Wijziging Opdrachtgever, een Wijziging Opdrachtnemer, een Relevante Wetswijziging	76
10.2.1.	Een “Wijziging Opdrachtgever”	76
10.2.2.	Een “Wijziging Opdrachtnemer”	77
10.2.3.	Een “Relevante Wetswijziging”	77
10.3.	De wijzigingsprocedure	78
10.4.	Financiële gevolgen ten gevolge van een wijziging	79
HOOFDSTUK 11: DE WAARBORGEN EN GARANTIES		79
11.1.	Inleiding	79
11.2.	Biedingsgarantie of bid bond	80
11.3.	Aandeelhoudersgarantie	81
11.4.	De aanvangsgarantie	82
11.5.	De voltooiingsgarantie	82
11.6.	De overdrachtsgarantie	82
11.7.	Het gebruik van garanties	83
11.8.	Garanties vanwege de Overheid	83
11.8.1.	De garantie voor de juistheid van de “verstrekke gegevens”	83
11.8.2.	De garantie voor de beschikbaarheid van het terrein	84
11.8.3.	De overheidswaarborg	84
HOOFDSTUK 12: DE WAARBORGTERMIJN		85
HOOFDSTUK 13: DE GRONDEN VOOR ONMIDDELLIJKE BEËINDIGING EN DE BEËINDIGINGSVERGOEDINGEN		86
13.1.	Inleiding	86
13.2.	Beëindiging bij een grond voor onmiddellijke beëindiging	86
13.3.	Beëindiging bij een tekortkoming van de Opdrachtnemer	87
13.4.	Beëindiging bij een tekortkoming van de Overheid	88
13.5.	Vrijwillige beëindiging door de Overheid	88
13.6.	Voortijdige beëindiging bij overmacht	89
13.7.	Vergoedingen bij voortijdige beëindiging	89
13.7.1.	Vergoeding in geval van een voortijdige beëindiging wegens een grond voor onmiddellijke beëindiging of een tekortkoming van de Opdrachtnemer	89
13.7.2.	Vergoeding in geval van een beëindiging bij een tekortkoming van de Overheid of bij vrijwillige beëindiging door de Overheid	90
13.7.3.	Vergoeding bij een beëindiging in geval van overmacht	90
HOOFDSTUK 14: DE OVERLEGSTRUCTUUR EN GESCHILLENBESLECHTING		91
14.1.	De overlegstructuur	91
14.2.	De geschillenbeslechting via de geschillenbeslechtingscommissie (GBC)	91
14.3.	Geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter of door een arbitraal college	92

HOOFDSTK 15: HET DIRECT AGREEMENT	92
15.1. Inleiding	92
15.2. Het mechanisme van de direct agreement	93
15.2.1. De kennisgeving	93
15.2.2. Interim periode	94
15.2.3. Het opstellen van een herstelrapport	94
15.2.4. De instap of step-in van de financiers	94
15.3. Zekerheden en betalingen	95
HOOFDSTUK 16: AANSPRAKELIJKHEDEN EN VRIJWARINGEN VAN DE OVERHEID DOOR DE OPDRACHTNEMER	96
HOOFDSTUK 17: INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN	96
17.1. Inleiding	96
17.2. IE Overheid	97
17.3. Specifiek voor het DBFM-project ontwikkelde IE	97
17.4. IE Opdrachtnemer	98
17.5. IE Derden	99
17.6. Schending van IER door de Opdrachtnemer	99
17.7. Schending van IER door de Overheid	100
17.8. IE na beëindiging van de Overeenkomst	100
HOOFDSTUK 18: HET VERZEKERINGSPAKKET	100
18.1. De klassieke visie: het verplicht verzekeringspakket	101
18.2. De vrijheid van de Opdrachtnemer om zijn verzekeringspakket te bepalen	104
HOOFDSTUK 19: BESLUIT	105
BIJLAGE 1: Model van Risicoallocatiematrix	107

DEEL I – DBFM VAN BUITENAF BEKEKEN

HOOFDSTUK 1: PPS EN DBFM IN VLAANDEREN

1.1. Wat zijn DBFM-overeenkomsten?

1. Een DBFM-contract is een geïntegreerde contractvorm, waarbij de uitvoering van diverse onderdelen van een infrastructuurproject aan één opdrachtnemende private partner, de private opdrachtnemer, worden overgelaten. De private opdrachtnemer zal, in het kader van een DBFM-overeenkomst, nagenoeg alle operationele aspecten van het infrastructuurproject voor zijn rekening nemen: *Design* (ontwerpen), *Build* (bouwen), *Finance* (financieren) en *Maintain* (het onderhoud). Bij een echt DBFM-contract beperkt de overheid zich er dus toe te bepalen wat ze als uiteindelijk resultaat wil. Het is aan de private marktpartijen een voorstel te doen inzake de vorm, de financiering, de concrete uitvoering en het onderhoud. Het is vervolgens de private opdrachtnemer die daarvoor de risico's draagt. De private opdrachtnemer ontwerpt de infrastructuur volgens de door de opdrachtgevende overheid geformuleerde outputspecificaties. De private opdrachtnemer bouwt de infrastructuur op basis van haar eigen ontwerp. Om het ontwerp en de bouw te kunnen financieren zal de private opdrachtnemer de financiering voorzien. Tenslotte staat de private opdrachtnemer voor de beschikbaarheid van de infrastructuur in: de private opdrachtnemer moet dus de infrastructuur in stand houden. Als de overheid zelf gedetailleerd alle of sommige van deze elementen wil bepalen, is een DBFM-overeenkomst wellicht niet aangewezen.

2. Meestal blijft de eigendom van de infrastructuur juridisch-technisch bij de overheid. Soms wordt de eigendom pas overgedragen na afloop van het contract. Geen van beide elementen zijn echter geen wezenskenmerken van DBFM-overeenkomsten.

Een DBFM-overeenkomst is een overeenkomst tussen de overheid en de private opdrachtnemer, die *D*(esign), *B*(uild), *F*(inance) en *M*(aintain) voor zijn rekening neemt.

1.2. Wat is het verschil tussen DBFM en verwante contracten?

3. Een aantal overeenkomsten lijken goed op DBFM-overeenkomsten, maar verschillen er toch van.

4. Een DBFM-overeenkomst onderscheidt zich van een promotieovereenkomst. Een promotieovereenkomst is een overheidsopdracht voor de aanneming van werken die zowel op het ontwerp, de uitvoering als de financiering van werken betrekking kan hebben. De promotor zal na de oplevering echter niet voor de beschikbaarheid van de infrastructuur instaan. Bij een DBFM-overeenkomst wordt gedurende de volledige duur van de overeenkomst de opdrachtgever de verplichting overgedragen om de beschikbaarheid van de infrastructuur te garanderen. Die kernverplichting onderscheidt de DBFM-overeenkomst van de promotieovereenkomst. Een aantal kantoorgebouwen van de overheid zijn gerealiseerd door middel van promotieovereenkomsten. De overheid staat in zo'n geval zelf in voor het beheer en het onderhoud van de bij promotie gerealiseerde gebouwen.

Promotieovereenkomsten leggen het onderhoud niet bij de private opdrachtnemer.

5. Een DBFM-overeenkomst onderscheidt zich ook van een concessie voor openbare werken of DBF(M)O-overeenkomsten¹. Deze overeenkomsten houden in dat de overheid, behalve het bouwen, financieren en onderhouden ook de exploitatie aan de private opdrachtnemer toewijst. In dit geval is de wetgeving op de overheidsopdrachten bovendien slechts in beperkte mate van toepassing. Een dergelijke overeenkomst houdt in dat ook de aan de exploitatie van de werken gepaard gaande risico's, het exploitatierisico, aan de private opdrachtnemer wordt toevertrouwd. Dat risico wordt, in het kader van een DBFM-overeenkomst, niet aan de opdrachtnemer overgedragen. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten zijn de bouw en exploitatie van tolgerechtigde autostrades, van sportinfrastructuur en stadsparkings.

Bij een concessie van openbare werken wordt de exploitatie (vraagrisico) aan de opdrachtnemer overgedragen.

1.3. Wat zijn de voordelen van de DBFM-overeenkomst?

6. De regels met betrekking tot de overheidsbegroting laten niet toe te kostprijs van een investering over de periode van “gebruik” te spreiden. Als een weg wordt aangelegd en 20 jaar mee gaat, wordt de investering volledig op één jaar aangerekend. Erg logisch is dat eigenlijk niet. Hetzelfde geldt voor groot onderhoud of voor belangrijke herstellingen. Het spreiden van de investering over meerdere jaren is dus wenselijk, maar ESR-matig is dat alvast geen automatisme: DBFM-overeenkomsten laten enkel toe de volledige kost in aanmerking te nemen én te spreiden als ze conform de ESR-reglementering wordt uitgevoerd. In dat geval wordt enkel de beschikbaarheidsvergoeding per jaar aangerekend. Die jaarlijkse vergoeding dekt dan de terugbetaling van het kapitaal en een gemiddelde onderhoudskost en eventueel aanvullende dienstverlening af.

7. Er wordt wel eens gezegd dat een DBFM-overeenkomst zelden goedkoper is dan een traditioneel opgevat project. Bij nader toezien houdt die redenering vaak geen stand. In een traditioneel bouwproject hebben vele kosten immers een verborgen karakter. Er wordt vaak geen rekening gehouden met een aantal prijsverhogende factoren, zoals een wijziging of onvoorziene omstandigheden of de kost van het onderhoud. Het resultaat is dat de uiteindelijke kost van een traditioneel project, inclusief het onderhoud ervan, nagenoeg steeds beduidend hoger zal zijn dan de gebudgetteerde kost. Bij het sluiten van een DBFM-overeenkomst zal de overheid, daarentegen, van in het begin *een volledig inzicht in haar werkelijke kosten* hebben. Dit is vooral voor wat de onderhoudskosten betreft een groot voordeel. De overheid weet waar ze financieel aan toe is. Budgettekorten 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.

Een eerste reden voor het opzetten van een DBFM-project is de mogelijkheid om de begrotingsimpact over een langere periode te spreiden. Dit vereist bij voorkeur ESR-conformiteit, hoewel dit geen automatisme is. Een DBFM-project leidt tot een grotere voorspelbaarheid en dus transparantie van de kosten.

¹ Bij een concessie voor openbare werken ligt de ontwerpverplichting niet noodzakelijk bij de private opdrachtnemer. Bij DBF(M)O-projecten wel.

8. Bij klassieke overheidsopdrachten wordt nauwelijks een verband tussen de investering en het onderhoud gelegd. Het is perfect 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*” (levenscyclusbenadering) 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, 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 private opdrachtnemer zal daarom, bij de keuze van de materialen waarmee hij de weg bouwt, rekening met de onderhoudskosten houden. De private opdrachtnemer zal de bouwkost met de onderhoudskost in balans moeten brengen. Hoe lager de bouwkost, hoe hoger de onderhoudskost kan liggen of omgekeerd.

Een tweede reden voor het opzetten van een DBFM-project is het in aanmerking nemen van alle kosten, ook deze die na de oorspronkelijke investering gemaakt moeten worden.

9. Een derde belangrijke reden om voor DBFM-contracten te kiezen bestaat in het benutten van *synergievoordelen*. De prijs kan effectief gedrukt worden wanneer synergievoordelen ontstaan en wanneer de private sector scherpe voorwaarden kan aanbieden. Synergievoordelen ontstaan wanneer de combinatie van ontwerp, bouwen en onderhoud er finaal toe leidt dat het geheel goedkoper wordt. Een grotere investering kan zich achteraf door een goedkoper onderhoud terugverdienen. Alhoewel de publieke sector voor de financiering van grote projecten vaak betere voorwaarden kan afdwingen, laten innovatieve processen toe om ook de financieringskost te drukken. Voorlopig laat die kostenbeheersing nog enigszins op zich wachten. Een gebrek aan ervaring bij het vastleggen van outputspecificaties en een ideale risico-overdracht aan private opdrachtnemers is daarvan een gedeeltelijke oorzaak. Maar ook de private sector ondervindt moeilijkheden om de kost van het langdurig onderhoud van infrastructuur correct in te schatten. Het gevolg is dat de private sector belangrijke risicomarges neemt, waardoor de kost van het project verhoogt.

10. Beide voordelen, synergie en kost, zijn niet *per se* verworven: ze veronderstellen dat er effectieve concurrentie speelt en dit door de overheid scherp wordt onderhandeld, maar ze vereisen ook een goede kennis van de markt en van de risico’s.

Synergie en innovatieve werkwijzen kunnen de prijs drukken.

1.4. Wat zijn de nadelen van het sluiten van DBFM-overeenkomsten?

11. DBFM-projecten vergen een lange voorbereidingstijd. De overheid moet haar doelstellingen goed formuleren, de procedure vergt secure (en dus vaak langere) onderhandelingen, de omschrijving van de risico’s vergt nauwkeurige analyses, enz. De veelheid van partijen verhoogt de complexiteit, wat dan weer voor extra voorbereiding en onderhandeling zorgt. Het is belangrijk dit voorafgaandelijk goed in te schatten. Bovendien veronderstelt een DBFM-overeenkomst dat de financiering een belangrijk onderdeel is van de mogelijks kostenbesparende synergie. Bij kleinere projecten is het weinig waarschijnlijk dat deze synergie bereikt wordt.

De complexiteit van DBFM-overeenkomsten en de impact van het financiële luik, maken dat DBFM-overeenkomsten voorlopig pas vanaf een zekere omvang interessant zijn.

12. Zoals aangegeven is de financiering een heel belangrijk aspect bij DBFM-projecten. Dit houdt een aantal risico's in. De vaak gehoorde kritiek op private financiering is dat zij *in se* meestal duurder is dan de financiering van de overheid, die door de banken als een meer betrouwbare partner wordt beschouwd². Bovendien wordt het project, inclusief de financiering, door diverse private partners uitgevoerd. Deze hebben niet alleen een winstverdeling, maar bovendien betalen ze belastingen op hun winst en dit wordt uiteraard bij de prijsberekening ingecalculeerd. Een deel van het project zal bovendien via eigen vermogen (kapitaal) gefinancierd worden. De verwachte winst op eigen vermogen, ligt hoger dan de rente op lening die de overheid zou moeten betalen indien zij zelf de investering zou doen. Kortom: er is een reëel risico dat de prijs van de DBFM-overeenkomst hoger is dan een uitvoering en financiering, volledig door de overheid. Toch, onder randnummer 7 bleek reeds dat deze vergelijking met overheidsfinanciering niet helemaal opgaat.

DBFM-overeenkomsten houden schijnbaar het risico in dat ze duurder uitvallen dan een investering via de klassieke weg. De overheid moet daarom een duidelijk beeld hebben over de maximale kostprijs die ze wil investeren, voor ze aan het gunningsproces begint.

1.5. Wat zijn de verschillende voorwerpen van een DBFM-overeenkomst?

1.5.1. Design

13. De private partner ontwerpt de infrastructuur. Dit is vrij ongewoon: meestal wordt het ontwerp uitgewerkt door de overheid, die daartoe interne of externe ontwerpers (ingenieurs, architecten, enz.) aanstuurt. De overheid beperkt zich bij een DBFM-project tot duidelijke outputspecificaties. Dit betekent ook dat een DBFM in principe minder nuttig is als de overheid de design van een investering in ruime mate zelf wil bepalen.

1.5.2. Build

14. Het bouwen gebeurt traditioneel niet door de overheid zelf. Veel uitleg is dus niet nodig.

1.5.3. Finance

15. De overheid is gewoon zelf te financieren. Dit betekent dat binnen de begrotingsmiddelen gebleven wordt en dat de overheid globaal leent wat nodig is. Die financiering is goedkoop. Bij een DBFM is de financiering de verantwoordelijkheid van de privé-partner. Om de prijs te drukken zullen vaak garanties gevraagd worden vanwege de overheid wat de betaling van een (beschikbaarheids)vergoeding betreft.

² Om die reden is voor een aantal projecten gekozen de financiering uit de DBFM-overeenkomst te halen en het voorwerp van een afzonderlijke overeenkomst te doen uitmaken. Het nadeel van die benadering is dat de overheid dan een delicate afstemming tussen de financiers en de projectvennootschap moet coördineren. Daarom wordt deze werkwijze niet aangeraden.

1.5.4. Maintenance

16. De *levenscycluskost*-benadering van DBFM-projecten betekent ook dat het private consortium bij het ontwerp en de bouw rekening zal houden met het feit dat zij zelf ook voor het onderhoud van de ontworpen en gebouwde infrastructuur instaat. Op die manier heeft de private partner de keuze om veelvuldig onderhoud te voorkomen door voor het gebruik van duurzame materialen te kiezen. In andere gevallen kan de private partij kiezen voor lagere investeringskosten tijdens de bouwfase, maar voor frequenter onderhoud. Deze aanpak verklaart de lange duur van DBFM-contracten. Veelal loopt een DBFM-contract 15 jaar tot 25 jaar of zelfs langer.

17. De draagwijdte van de onderhoudsverplichting kan in functie van het project sterk variëren. Zo kan in het geval van het onderhoud van bijvoorbeeld scholeninfrastructuur, het onderscheid – contractueel vast te leggen- tussen eigenaars- en huurdersonderhoud worden gemaakt.

18. Traditioneel wordt het onderhoud door de overheid zelf op een relatief goedkope manier uitgevoerd. Bij DBFM-projecten wordt van de private partner verwacht dat hij zichzelf, of via onderaannemingscontracten, voor een heel lange contractsduur gaat verbinden. Dit impliceert dat de prijs voor het onderhoud duurder wordt, omdat een lange contractsduur heel wat risico's in zich houdt. Daarenboven leidt het gebrek aan ervaring bij het vastleggen van outputspecificaties soms tot dure onderhoudseisen die aan de opdrachtnemer worden opgelegd. Het gevolg is dat de private sector enerzijds een risicomarge in haar onderhoudskosten opneemt en anderzijds in relatief verregaand, dus duur onderhoud moet voorzien. Het is voor de overheid dan ook cruciaal realistische onderhoudseisen op te stellen die aan een reëel, betaalbaar maar toch kwalitatief onderhoud beantwoorden.

1.6. Wat houdt het begrip “beschikbaarheid” in?

19. Een klassieke overheidsopdracht voor werken leidt tot de bouw van een infrastructuurproject door een aannemer. Een klassieke promotieopdracht voor werken houdt in dat de promotor het project bouwt en financiert. In beide gevallen koopt de overheid infrastructuur aan.

20. DBFM-contracten vertrekken echter vanuit een volledig verschillend uitgangspunt. De overheid koopt niet langer infrastructuur aan, maar betaalt voor de beschikbaarheid ervan.

21. De beschikbaarheid van de infrastructuur wordt beoordeeld in functie van de outputspecificaties die voor het project werden vastgesteld. De overheid heeft die outputspecificaties vastgesteld in een zgn. “programma van eisen”. Een dergelijk programma van eisen bevat een beschrijving van de projecteigenschappen, niet van productkenmerken. De nadruk ligt op de beschrijving van hetgeen van de private opdrachtnemer wordt verwacht. De finaliteit van het DBFM-contract is de beschikbaarheid van de infrastructuur.

22. De overheid zal, bijvoorbeeld, bij de beschrijving van het programma van eisen voor het ontwerp, bouwen, financieren en onderhouden van wegeninfrastructuur veiligheidseisen stellen. De keuze van het wegdek en andere technische productkenmerken zal echter meestal door de private partner worden bepaald. In functie van de onderhoudsnoden van de aan te leggen infrastructuur en de economische levensduur van de infrastructuur zal de private opdrachtnemer zelf haar projectaanpak plannen.

23. Met andere woorden, de overheid legt een aantal operationele eisen vast (outputspecificaties) en geeft de private opdrachtnemer inzicht in de context waarin het project moet worden uitgevoerd (doelstellingen van het project, resultaten van onderzoeken, ontwerpdoelstellingen, etc.). Deze outputspecificaties geven de markt vrijheid bij de invulling ervan en hebben tot doel de private partners tot innovatie en optimalisatie aan te moedigen. Interactie tussen de overheid en de markt is belangrijk. De overheid moet de private opdrachtnemers in de mogelijkheid stellen tijdens de gunningsfase opmerkingen te geven of alternatieven voor de outputspecificaties kenbaar te maken. Op die manier krijgt de overheid een volledig beeld op de risico-inschatting en kosten van de private opdrachtnemer en kan zij, via een aanpassing van de outputspecificatie, een betere “value for money”-verhouding bereiken.

24. Het belang van een goede omschrijving van de beschikbaarheidseisen mag niet onderschat worden. Immers: het hangt van het garanderen van deze beschikbaarheid af, of er een vergoeding wordt betaald. Het moet dus op basis van de overeenkomst mogelijk zijn, om zo eenvoudig en objectief mogelijke manier om vast te stellen, dat aan de beschikbaarheidsvereisten is voldaan. Van de private partner wordt daarom vaak vereist dat hij een systeem van “contract monitoring” uitwerkt. Aan de hand van dit systeem zal de private opdrachtnemer toetsen of hij in de loop van de beschikbaarheidsfase aan de outputspecificaties blijft voldoen.

Beschikbaarheid is een centraal begrip in een DBFM-overeenkomst. Of al dan niet voldaan is aan de beschikbaarheidsvereisten moet in de overeenkomst zo eenvoudig en objectief mogelijk vaststelbaar zijn.

1.7. Hoe risico's spreiden?

25. Bij PPS-opdrachten worden in vergelijking met overheidsopdrachten meer risico's aan de private opdrachtnemer overgedragen. Daar zijn twee hoofdredenen voor te vinden.

26. Ten eerste is een optimale risicoverdeling tussen de publieke en private partner een belangrijke meerwaarde van PPS. In het kader van DBFM wordt gestreefd naar een evenwichtige en optimale verdeling van de risico's tussen de overheid en de private opdrachtnemer. Hierbij moet rekening worden gehouden met de mate waarin de partijen impact kunnen hebben op de betreffende risico's, de knowhow waarover de partijen beschikken en de mate waarin risico's aan derden kunnen worden doorgeschoven (bijvoorbeeld doordat zij aan verzekeraars of aan een gespecialiseerde onderaannemer toevertrouwd worden). Het uitgangspunt moet echter zijn dat het risico het best wordt gelegd bij de partij die het risico het best kan beheersen. Het heeft geen zin extreme of totaal onvoorspelbare risico's bij de privé sector te leggen, omdat ze daar extreem hoge vergoedingen voor moeten vragen (bijvoorbeeld het risico op veranderende regelgeving). Overheden zondigen nogal wel eens tegen dat nochtans eenvoudige principe. Elk risico heeft een kost. Een onevenwichtige risicospreiding heeft tot gevolg dat de overheid zeer hoge risicopremies betaalt. Die premies werken in belangrijke mate kostenverhogend. De overheid moet dus telkens uitmaken of zij wel bereid is die risicoprijs te betalen. De overheid moet – zo nodig extern- een gedetailleerde risicoanalyse maken en moet technieken ontwikkelen om risico's beter te gaan prijzen. Indien de prijs die de private sector voor het dragen van een risico aanrekenst hoger is dan de prijs die een overheid bereid is voor de overdracht van dat risico te betalen, zal de overheid alsnog zelf dat risico ten laste nemen.

27. Ten tweede is de risico-overdracht een verplichte finaliteit die door de ESR-reglementering wordt opgelegd. Om buiten de overheidsbegroting te blijven, moeten de economische risico's van een investering door de private opdrachtnemer gedragen worden. In ESR-termen betekent dit dat de private opdrachtnemer het bouwrisico draagt. Bovendien moet de private opdrachtnemer ofwel het beschikbaarheidsrisico ofwel het vraagrisico dragen. Gezien we het over een DBFM-overeenkomst hebben, komt enkel het beschikbaarheidsrisico in aanmerking³. We komen hierop terug in Hoofdstuk 7 van deel II van het DBFM-handboek als we het over het betalingsmechanisme hebben.

28. Het is niet ondenkbaar dat de risicoverdeling tussen overheid en private opdrachtnemer niet zozeer in functie van een optimale risicoverdeling maar wel in functie van het bereiken van ESR-neutraliteit wordt bepaald. Die doelstelling kan tot een sub-optimale risicoverdeling leiden, dit wil zeggen dat aan de private opdrachtnemer ook risico's worden overgedragen die hij niet beheerst en ook niet kan overdragen of slechts aan een onevenredig hoge prijs kan overdragen. Het resultaat daarvan is dat de doelstelling ESR-neutraliteit te bereiken een prijsverhogend effect heeft.

Bij DBFM moet de overheid vooraf een diepgaande risico-analyse maken. De risico's worden daarna financieel vertaald en optimaal toegewezen. Om ESR-neutraal te zijn moet het bouwrisico én het beschikbaarheidsrisico aan de private partner toegewezen zijn.

1.8. Wat is het geldend wettelijk en reglementair kader?

29. Bij het opzetten van een DBFM-project is er heel wat regelgeving waarmee de overheid rekening dient te houden. Allereerst is er reglementering, met name het PPS-decreet van 19 juli 2003, dat de overheid een faciliterend kader biedt om PPS in het algemeen, en DBFM in het bijzonder, te organiseren. 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.

30. 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.

31. Tenslotte is er heel wat reglementering die rechtstreeks of onrechtstreeks het DBFM-project zal beïnvloeden, zoals de ESR-reglementering. Andere reglementering heeft dan weer een invloed op de bepaling van de outputspecificaties, het organiseren van de werf, de uitvoering van de verplichtingen die uit de DBFM-overeenkomst voortvloeien, e.d.m. Wegens hun projectspecifiek karakter komt deze wetgeving hier verder niet aan bod.

32. Hieronder worden de voornaamste krachtlijnen en knelpunten van de belangrijkste wetgeving van toepassing op DBFM-projecten beschreven.

1.8.1. Het PPS-decreet

33. Het Vlaams PPS-decreet van 19 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.

³ Zie hierover punt 1.2.: Indien het vraagrisico wordt overgeheveld, spreken we over een concessie van openbare werken of een DBF(M)O en is de overheidsopdrachtenreglementering beperkter van toepassing.

34. Eén 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.

35. Vooral 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, dit wil zeggen onderdelen van het openbaar domein. Het doel van het PPS-decreet beoogt niet een nieuwe theorie betreffende de overheidsgoederen te bewerkstelligen, of een nieuw bezettingsrecht te creëren, maar wel de bestaande regeling aangaande de domeingoederen te faciliteren zodanig dat ten gunste van PPS een efficiënter en doelmatiger werkinstrument gecreëerd wordt. Het decreet wil het vestigen van zekerheden, zoals hypotheek op het openbaar domein aantrekkelijker maken. Ook het vestigen van zakelijke rechten, zoals een opstal of een erfpacht, wordt door het decreet vergemakkelijkt. Dit heeft als gevolg dat de overheden niet meer noodgedwongen op onzekere en onbekende publiekrechtelijke constructies beroep hoeven te doen.

Het PPS-decreet laat vooral toe gemakkelijke zekerheden en zakelijke rechten op overheidsgoederen te vestigen.

1.8.2. Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing op de gunning van de DBFM-overeenkomst?

36. De Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de uitvoeringsbesluiten bij die wet (hierna “de Overheidsopdrachtenwet”) is in de regel op de gunning van DBFM-overeenkomsten van toepassing.

37. Een DBFM-overeenkomst moet al naar gelang het geval als een overheidsopdracht voor de aanneming van werken of een overheidsopdracht van diensten worden beschouwd [TO DISCUSS]. De finaliteit van de meeste DBFM-overeenkomsten, bestaat er echter meestal in infrastructuur (onroerend goed) te realiseren. Dat is nagenoeg steeds, in de betekenis die de Overheidsopdrachtenwet daaraan geeft, een werk. Volgens de Overheidsopdrachtenwet is een werk immers “*het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegenbouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen*”. Volgens die wet is zowel het uitvoeren, het uitvoeren met een ontwerp als het laten uitvoeren van een werk dat aan de door de overheid vastgestelde eisen voldoet een werk. In een bijlage aan de Overheidsopdrachtenwet (bijlage 1) wordt verwezen naar een zeer volledige opsomming van werkzaamheden die in elk geval als een werk moeten worden beschouwd. De infrastructuur die, ingevolge de uitvoering van een DBFM-overeenkomst, wordt gerealiseerd zal nagenoeg steeds onder die (brede) definitie vallen.

38. 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 weinig twijfel mogelijk. De onderhoudsprestaties die, in het kader van de DBFM-overeenkomst, worden

verricht zullen immers meestal op zich genomen als werken moeten worden beschouwd. De diensten die ten aanzien van de realisatie van het werk, een bijkomstig karakter hebben, 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.

39. Minder duidelijk is het echter, wanneer de private partner naast werken, ook belangrijke diensten levert. Een voorbeeld zou het bouwen van een gevangenis door een private partner, terwijl die ook instaat voor de bewakingsdiensten kunnen zijn. Een ander voorbeeld is een DBFM-overeenkomst voor het bouwen van een ziekenhuis, waarbij de private partner ook instaat voor de exploitatie ervan. In deze gevallen spreekt men eerder over DBFO-overeenkomsten omdat de private partner ook voor de exploitatie van de gebouwde infrastructuur instaat. In zo'n geval moet men aan de hand van de primaire doelstelling van de overeenkomst de kwalificatie proberen te achterhalen. Meestal zal die kwalificatie tot gevolg hebben dat de opdracht als een werk moet worden beschouwd.

40. De omstandigheid dat het werk wordt gerealiseerd door een DBFM-vennootschap waarvan desgevallend de overheid en de private opdrachtnemer de aandeelhouders zijn, 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 verlenging van een dienst. De overheidsopdrachtenreglementering laat wel toe dat de overheid in dezelfde procedure de private partner voor de DBFM-vennootschap kiest en de DBFM-overeenkomst aan die vennootschap gunt. De DBFM-vennootschap zal dan de uitvoering van opdracht rechtstreeks aan de private partner aan door de DBFM-vennootschap te kiezen aannemers toevertrouwen.

DBFM-overeenkomsten moeten conform de overheidsopdrachtenreglementering toegewezen worden. Afhankelijk van het zwaartepunt wordt een DBFM-overeenkomst onder de kwalificatie van “aanneming van werken”, dan wel “aanneming van diensten” gekwalificeerd.

1.8.3. Zijn de Algemene Aannemingsvoorwaarden van toepassing op de uitvoering van een DBFM-overeenkomst?

41. Aangezien een DBFM-overeenkomst een overheidsopdracht is, zijn de Algemene Aannemingsvoorwaarden, dit wil zeggen het algemeen bestek van de overheid, van toepassing. Zoals bekend vormen die Algemene Aannemingsvoorwaarden een bijlage aan het K.B. van 26 september 1996. Het K.B. verklaart de Algemene Aannemingsvoorwaarden op elke overheidsopdracht met een waarde van meer dan 22.000,-€ van rechtswege van toepassing

42. Die specifieke projectstructuur van een DBFM-overeenkomst heeft echter tot gevolg dat de belangrijkste bepalingen van de Algemene Aannemingsvoorwaarden, die op maat van een klassieke overheidsopdracht zijn gesneden, niet aan het project aangepast zijn. Dat is, bijvoorbeeld, het geval voor het betalingsmechanisme of voor de gevolgen van een proces verbaal van voorlopige oplevering (ingevolge de voorlopige oplevering wordt het risico op beschikbaarheid van de infrastructuur aan de overheid overgedragen. Bij een DBFM-overeenkomst blijft dat risico echter gedurende de volledige duur van de overeenkomst een risico van de private opdrachtnemer).

43. Om die reden zal een DBFM-overeenkomst doorgaans gebruik maken van de mogelijkheid om, overeenkomstig artikel 3 van het K.B. van 26 september 1996, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden af te wijken. Artikel 3 van het KB van 26 september 1996 laat die afwijkingen maar toe in zoverre aan een aantal voorwaarden is voldaan. De afwijkingen moeten door de bijzondere eisen van de opdracht noodzakelijk zijn. De lijst van bepalingen waarvan wordt afgeweken moet vooraan in het bestek bepaald worden. De afwijking moet, tenslotte, voor wat een aantal kernbepalingen betreft, worden gemotiveerd. Indien aan die voorwaarden niet is voldaan worden de afwijkingen van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor niet-geschreven gehouden. De Algemene Aannemingsvoorwaarden zijn dan alsnog van toepassing.

Overheden moeten, bij het opstellen van het bestek, veel zorg besteden aan het vastleggen van een lijst van bepalingen van de Algemene Aannemingsvoorwaarden waarvan wordt afgeweken. Die lijst moet vooraan in het bestek worden opgenomen. Bovendien moeten afwijkingen van de kernbepalingen zorgvuldig gemotiveerd worden. Die motivering neemt meestal de vorm van een afzonderlijke bijlage aan.

1.8.4. Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing bij de keuze van (onder)aannemers?

44. In de regel wordt het DBFM-contract aan een private partner die daartoe een bijzondere vennootschap zal oprichten (een DBFM-vennootschap) gegund. Die vennootschap zal een privaat statuut hebben met private aandeelhouders. De wetgeving overheidsopdrachten zal bijgevolg geenszins spelen.

45. Indien de DBFM-overeenkomst aan een DBFM-vennootschap wordt toevertrouwd waarin ook de overheid participeert, is na te gaan of ook de DBFM-vennootschap toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering moet maken. Gelet op de betrokkenheid van de overheid in die vennootschap, kan de DBFM-vennootschap immers zelf als een aanbestedende overheid worden beschouwd. Een DBFM-vennootschap zal zelf een aanbestedende overheid zijn indien zij, in de bewoordingen van de Overheidsopdrachtenwet, 1) voorziet in een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is en 2) onder bijzondere overheidsinvloed staat. Die invloed wordt gemeten aan de hand van een drie criteria: het financieringscriterium (komt meer dan de helft van de middelen van de overheid zonder dat daar tegenover een concrete en aanwijsbare tegenprestatie staat), het toezichtcriterium (kan de overheid door de bevoegdheden die zij uitoefent de beslissingen van de DBFM-vennootschap beïnvloeden) en het bestuurscriterium (wijst de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen aan). De toepassing van die criteria heeft tot gevolg dat een DBFM-vennootschap waarin de overheid participeert doorgaans niet als een aanbestedende overheid is te beschouwen. De infrastructuur waarvoor de DBFM-vennootschap instaat kan als een behoefte van algemeen belang worden beschouwd. De DBFM-vennootschap voorziet echter op een louter commerciële of industriële wijze in die behoefte. Een DBFM-vennootschap is immers een rechtspersoon waarin een private partner deelneemt. De overeenkomst is aan de DBFM-vennootschap gegund na concurrentie tussen verschillende kandidaten. De DBFM-vennootschap functioneert 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. Indien zou worden geoordeeld dat een dergelijke vennootschap toch andere doelstellingen dan louter commerciële of industriële doelstellingen nastreeft is na te gaan of de DBFM-vennootschap onder bijzondere overheidsinvloed staat. Vooral het

zogenaamde toezichtscriterium is hier relevant. Het volstaat immers dat binnen de DBFM-vennootschap bepaalde beslissingen niet zonder de overheidsaandeelhouder kunnen worden genomen of er is van toezicht sprake. Er zal dus toch telkens op concrete wijze na te zien zijn of de DBFM-vennootschap niet gestructureerd is op een wijze die tot gevolg heeft dat zij als een aanbestedende overheid moet worden beschouwd. Indien dat het geval is heeft het vérstrekkende gevolgen voor alle contracten die de DBFM-vennootschap sluit. Zij zal dan immers voor alle contracten die zij sluit toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering moeten maken.

46. In sommige overeenkomsten wordt de verplichting van de DBFM-vennootschap om aannemers of onderaannemers op grond van de Overheidsopdrachtenwet te kiezen door de overheid contractueel opgelegd. Dit wil zeggen dat ook al moet de DBFM-vennootschap niet als een aanbestedende overheid worden beschouwd de verplichting toepassing van de overheidsopdrachtenwet te maken toch geldt. Die verplichting kan ook de vorm aannemen van een verplichting om de keuze van onderaannemers periodiek opnieuw in mededinging te stellen (market testing). Private opdrachtnemers bekritisieren die werkwijze. De private opdrachtnemer moet immers, op het ogenblik dat de DBFM-overeenkomst wordt gesloten, een weliswaar herzienbare maar toch vaste prijs garanderen. Een private opdrachtnemer zal daarom, op zijn beurt, van aannemers of onderaannemers voor de volledige duurtijd van de overeenkomst een vaste prijs proberen te bedingen. Indien de private opdrachtnemer de verplichting heeft om die overeenkomsten regelmatig opnieuw in mededinging te stellen is het mogelijk dat na verloop van tijd (bijvoorbeeld ingevolge prijsstijgingen) geen enkele aannemer of onderaannemer bereid is de overeenkomst aan oorspronkelijke prijs uit te voeren. De private opdrachtnemer zou dan de verplichting hebben voor dat risico in te staan. De contractuele verplichting om een onderaannemer via mededinging te kiezen heeft dan ook tot gevolg dat de private partner voor die onderdelen geen vaste prijs kan opleggebieden.

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

1.8.5. De ESR-reglementering

47. DBFM-overeenkomsten zijn een uitstekend instrument om zware investeringskosten in infrastructuur met zo weinig mogelijk risico's voor de overheid over een lange periode te spreiden. Het uitvoeren van een investeringsprogramma op basis van de klassieke methodes neemt immers al te veel beschikbare financiële ruimte in. Volgens de regels van de rijkscomptabiliteit, zijn investeringsuitgaven volledig ten laste van de begrotingsjaren waarin zij worden gedaan. Het betalingsmechanisme eigen aan een DBFM-contract laat, zoals gezien, toe dat de investeringskost voor de overheid gedurende de volledige beschikbaarheidsperiode of gebruikperiode wordt gespreid.

48. Een DBFM-overeenkomst is gebaseerd op het gespreid betalen van een periodieke, vooraf bepaalde beschikbaarheidsvergoeding aan de private opdrachtnemer. De risico's voor het overschrijden van het budget worden voor een belangrijk deel aan de private opdrachtnemer overgedragen. Dit betekent echter niet dat de overheid daar geen prijs voor betaalt. De overheid zal immers voor elke uitgestelde betaling een belangrijke rente moeten betalen. Bovendien zal aan elk risico dat aan de opdrachtgever wordt overgedragen een kost verbonden zijn.

49. Tegenover deze budgettaire voordelen staat eveneens dat de begroting in de toekomst minder vrije beleidsruimte behoudt. Die beleidsruimte is immers reeds door een aantal langdurige contracten ingenomen. Die contracten liggen vast en bieden weinig flexibiliteit. De overheid kan bijvoorbeeld moeilijk met onderhoudsuitgaven schuiven in het kader van DBFM-overeenkomsten.

50. De uitgaven voor een DBFM-overeenkomst zullen ESR-matig slechts over de volledige duur van die overeenkomst gespreid kunnen worden indien de overeenkomst ESR-neutraal is. Om de ESR-neutraliteit van een DBFM-overeenkomst na te gaan, zijn twee vragen te beantwoorden.

51. De eerste vraag betreft de vraag of de private opdrachtnemer al dan niet een overheid is, en of de transacties met de private opdrachtnemer al dan niet op de overheidsboekhouding een impact hebben. Als een eenheid volgens ESR95 tot de sector overheid behoort, zullen de door haar gevoerde transacties zowel het vorderingensaldo als de schuldgraad van de overheid beïnvloeden en dus niet ESR-neutraal zijn. Wanneer de medecontractant van de overheid een private contractspartij is, is het evident dat deze projectvennootschap niet tot de sector van de overheid behoort. Wanneer de medecontractant van de overheid een DBFM-vennootschap is die een gemengde publiek-private rechtspersoon is, zal die oefening wel moeten worden gedaan.

52. Indien de private opdrachtnemer effectief als ESR-neutraal in de zin van de ESR-reglementering is te beschouwen, dan is de tweede vraag of het contract dat de private opdrachtnemer met de overheid zal sluiten ESR-neutraal in hoofde van de overheid is. De bedoeling is immers dat in hoofde van de overheid risico's aan de ESR-neutrale DBFM-vennootschap of projectvennootschap worden overgedragen. Op die manier valt de transactie buiten de balans van de contracterende overheid. Traditioneel wordt daartoe een onderscheid tussen drie risico-categorieën gemaakt: het bouwrisico, het beschikbaarheidsrisico en het vraagrisko.

53. Het bouwrisico ligt bij de private opdrachtnemer wanneer de overheid in principe geen betalingen tijdens de bouwfase verricht. Wanneer er wel eventuele betalingen worden verricht, dan moeten deze betalingen aan de effectieve beschikbaarheid van de infrastructuur zijn gekoppeld. Concreet moet de private opdrachtnemer het risico dragen voor een te late oplevering, het niet respecteren van de vereiste standaarden, meeruitgaven, technische gebreken, ... 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. In principe worden dus geen betalingen verricht tijdens de bouwfase.

54. Het beschikbaarheidsrisico is bij de private opdrachtnemer gealloceerd wanneer de betalingen die de overheid verricht in functie van het behalen van de vooropgestelde outputspecificaties gebeuren. Dit risico wordt bestempeld als het risico dat zich tijdens de uitbating van de infrastructuur voordoet als gevolg van onvoldoende management waardoor niet aan de contractueel vooropgestelde en vastgelegde verwachtingen wordt voldaan. Dit resulteert in een lager output-volume of in een dienstverlening die niet aan de vooropgestelde kwaliteitsstandaarden voldoet. Analooq aan het bouwrisico schuift de publieke partij het risico op de private opdrachtnemer wanneer zij pas betaalt wanneer blijkt dat de vooropgestelde eisen kwantitatief en kwalitatief gehaald worden. Het niet halen van de vooropgestelde kwaliteitsstandaarden komt overeen met een gebrek aan performantie, dat tot uiting kan komen in de onmogelijkheid te beschikken over de gevraagde service. Dit wordt gemeten

aan de hand van een in het contract opgenomen outputspecificaties in de vorm van beschikbaarheidseisen

55. De private opdrachtnemer draagt evenzeer het vraagrisico wanneer de betalingen die hij ontvangt van het werkelijke gebruik van de infrastructuur afhankelijk zijn. Met dit risico worden de gevallen bedoeld waarin de variabiliteit van de vraag hoger of lager is dan kon worden vermoed op het moment van de ondertekening van de DBFM-overeenkomst en dit als gevolg van economische evoluties, veranderende markttrends, veranderende voorkeur bij de eindgebruikers, etc. Wil de overheid het vraagrisico op de private opdrachtnemer schuiven, dan zal zij met de private opdrachtnemer bedingen dat deze laatste zelf (op een commerciële marktconforme manier) bij een onverwachte daling van de inkomsten in staat moet zijn om met deze situatie om te gaan door acties te ondernemen die de vraag opnieuw aanmoedigen.

Indien op grond van de DBFM-overeenkomst het bouwrisico en het beschikbaarheidsrisico aan de private opdrachtnemer worden overgedragen, wordt de transactie, gesloten tussen een overheid en een private opdrachtnemer als ESR-neutraal beschouwd.

HOOFDSTUK 2: DE VERSCHILLENDE ACTOREN

2.1. Contractuele vs. Participatieve PPS

56. PPS kent meerdere verschijningsvormen. Volgens de klassieke leer kunnen twee basisvormen van PPS worden onderscheiden, namelijk het participatieve model en het contractuele model.

57. In een participatieve PPS richten de overheid en de private opdrachtnemer gezamenlijk 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.

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

59. In de praktijk bestaan gevallen waarin participatieve PPS en contractuele PPS worden gecombineerd. De overheid sluit dan een contract met een joint-venture, een DBFM-vennootschap, waarin zij zelf participeert.

60. 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 zij de uitvoering van het project zal toevertrouwen maar ook haar partner in de DBFM-vennootschap waarmee de DBFM-overeenkomst formeel zal worden gesloten.

61. De participatie van de overheid in de DBFM-vennootschap is vaak onrechtstreeks. De publieke investeerder in de DBFM-vennootschap is vaak een speciaal met dat doel opgerichte publieke dochter van één of andere publieke overheid.

2.2. De overheid

62. De rol van de overheid bij een DBFM-overeenkomst verschilt fundamenteel van de rol van de overheid 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, uitdrukkelijke bepaalde gevallen de daaraan verbonden risico's dragen. De keerzijde 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 oplevert dat aan de outputspecificaties voldoet.

63. In sommige gevallen kiest de overheid ervoor om haar taken aan een gespecialiseerde, verzelfstandigde entiteit toe te vertrouwen. De bestaansredenen van dergelijke verzelfstandigde entiteit is vaak ten dele opnieuw in de ESR-reglementering te vinden. De verzelfstandigde entiteit zal immers fungeren als een investeringsvehikel aan wie de overheid risico's overdraagt. Het oprichten van een investeringsvehikel biedt echter ook een aantal operationele voordelen. Een dergelijke structuur laat toe competenties te ontwikkelen en te centraliseren. In projecten waar tal van publieke partijen betrokken zijn, is er 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.

64. Omdat de rol van de overheid zo verschillend is, geven we een schematisch overzicht van die rol voorafgaand aan de contractsluiting en nadien.

65. Voorafgaand aan de contractsluiting is de rol van de overheid als volgt samen te vatten:

- Het vaststellen van de outputspecificaties en de termijn waarbinnen aan die outputspecificaties moet zijn voldaan;
- Het nagaan en verifiëren van de haalbaarheid en het realiteitsgehalte van de voorstellen van de private opdrachtnemer om de outputspecificaties te realiseren in termen van methodes, middelen, uitvoeringstermijn, management en organisatie;
- Het kiezen van de private opdrachtnemer en het onderhandelen van de contractuele voorwaarden van de overeenkomst.

66. Na de contractsluiting is de rol van de overheid meestal de volgende:

- Het opvolgen en becommentariëren van de ontwerpen, methodiek en operationele procedures die door de private opdrachtnemer worden ontwikkeld. Indien daartoe noodzaak bestaat: het formuleren van wijzigingen aan de outputspecificaties of de contractvoorwaarden of het opvolgen en beheren van verzoeken van de overheid tot wijziging van die specificaties en voorwaarden. Het weze duidelijk dat hiermee voorzichtig moet tewerk gegaan worden zodat het luik "design" niet verdwijnt.
- Vaststellen of de private opdrachtnemer aan de beschikbaarheids of openstellingsvoorwaarden al dan niet voldoet. Indien de private opdrachtnemer voldoet wordt de infrastructuur beschikbaar en nemen de gebruiksfase en de betalingen aan de private opdrachtnemer een

aanvang. Zoals men onder onderdeel 5.3. van deel II van het DBFM-handboek zal lezen, verschilt dit wezenlijk van de “oplevering” bij klassieke overheidsopdrachten.

- Verifiëren of de infrastructuur beschikbaar blijft, dit wil zeggen of de private opdrachtnemer gedurende de gebruiksfase aan de beschikbaarheidseisen blijft voldoen. Indien de private opdrachtnemer niet voldoet zal de overheid de daartoe contractueel voorzien maatregelen nemen (financiële sancties of, in uitzonderlijke gevallen, de verbreking van de overeenkomst of het nemen van andere maatregelen).
- De uitbetaling van de vergoeding van de private opdrachtnemer in de vorm van beschikbaarheidsvergoedingen
- Op het einde van de overeenkomst: verifiëren of de infrastructuur aan de overdrachtseisen voldoet en het terug in bezit nemen van de infrastructuur.

67. De essentiële rol van de overheid na de sluiting van de DBFM-overeenkomst ligt dus 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 timing van de informatieverstrekking duidelijk in de overeenkomst is omschreven en de overheid, wanneer de informatieverstrekking te kort schiet onmiddellijk reageert. Als dit niet gebeurt, is de kans op ellenlange juridische procedures reëel.

68. In de mate van het mogelijke is te vermijden dat de overheid gedurende de bouwfase tot de gedeeltelijke oplevering van de infrastructuur overgaat. Dit heeft immers tot gevolg dat risico's opnieuw bij de overheid gealloceerd worden. Indien een gedeeltelijke tussentijdse oplevering niet kan vermeden worden, moet in de overeenkomst de gevolgen ervan inzake risicospreiding duidelijk bepaald worden.

69. De overeenkomst moet de private opdrachtnemer voldoende garanties geven dat de overheid de DBFM-overeenkomst niet zonder toestemming van de overheid kan overdragen. Ook andere beperkingen zijn mogelijk. Zo kan de overeenkomst bepalen dat de overheid het project enkel aan een overnemer die een vergelijkbaar kredietprofiel heeft kan overdragen 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.

2.3. De samenwerking met andere overheden

70. In de praktijk zijn vaak meerdere overheden bij het uitwerken van het project betrokken. 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.

71. Het is belangrijk dat vóór de uitvoering een succesvol afsluiten en opvolgen van een DBFM-overeenkomst, 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 vooraleer het proces wordt opgestart, een “publiek-publieke afstemmingsfase” wordt ingebouwd. Indien 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.

72. De afspraken die in een publiek-publieke overeenkomst worden gemaakt zijn zowel van publiekrechtelijke, als van privaatrechtelijke aard. Van publiekrechtelijke aard zijn bijvoorbeeld afspraken inzake bevoegdheidsoverdracht, de structuur en de organisatie van het project. In een publiek-publieke overeenkomst wordt ook een duidelijke taakverdeling tussen de verschillende overheidsactoren overeengekomen. De privaatrechtelijke afspraken omvatten ondermeer de overdracht of vestiging van zakelijke rechten.

Als meerdere overheden optreden is een samenwerkingsprotocol, waardoor de overheid uit één mond kan spreken, erg belangrijk.

2.4. De private opdrachtnemer

2.4.1. Het consortium als tijdelijke handelsvennootschap

73. 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, zal de private opdrachtnemer in vele gevallen een consortium zijn, bestaande uit aannemers, onderhoudsfirma's, ontwerpers en financiers.

74. Het consortium neemt in de gunningsfase meestal de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap aan. De tijdelijke handelsvennootschap is overeenkomstig artikel 47 W. Venn. een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, die zonder een gemeenschappelijke naam te voeren, één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel heeft. Wanneer de kandidaat voor de gunning van een DBFM-overeenkomst bestaat uit een combinatie (meestal in de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap) van aannemers, zijn deze persoonlijk en hoofdelijk tot de verbintenissen van de tijdelijke handelsvennootschap gehouden.

2.4.2. Is een projectvennootschap een aanvaardbaar alternatief?

2.4.2.1. Wat is een projectvennootschap?

75. Private opdrachtnemers zullen er op 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 "value for money" opleveren. De deelname in een tijdelijke handelsvennootschap die een langdurige overeenkomst sluit, bezwaart bovendien de balans van de deelnemende vennootschappen gedurende een lange periode (15 tot 30 jaar) en miskent de verschillen in betrokkenheid van de deelgenoten: de bouwfirma moet mee instaan voor de verbintenissen van de onderhoudsfirma en de ontwerper moet mee instaan voor verbintenissen van de financier. In vele gevallen is het niveau van financiering vereist voor een DBFM-overeenkomst van dien aard dat de balans van de betrokken ondernemingen die graad van betrokkenheid niet kan dragen.

76. Bij een DBFM-project wordt daarom vaak voorgesteld dat het consortium zich bij de gunning tot een SPV omvormt en dat de DBFM-overeenkomst met een SPV wordt gesloten.

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

78. De aandeelhouders van de SPV bestaan in de regel uit de ondernemingen die deel van het consortium uitmaken en aan wie, in het kader van de uitvoering van de opdracht, specifieke taken zijn toevertrouwd (bouw, onderhoud, ...). In bepaalde gevallen kunnen ook institutionele beleggers aandelen in de SPV bezitten. Indien de SPV aan de outputspecificaties van het contract voldoet en de beschikbaarheid van de infrastructuur op afdoende wijze garandeert, 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.

79. In de praktijk is de SPV niettemin in zekere mate een “lege doos”. Het is immers 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 tot bijvoorbeeld 10%. Daarenboven heeft de SPV, anders dan bij een tijdelijke handelsvennootschap, geen of weinig eigen middelen om de opdracht uit te voeren. Zij zal daarvoor op haar aandeelhouders beroep doen.

2.4.2.2. Hoe gaat de overheid er mee om?

80. In sommige gevallen zal de overheid voor een tussenoplossing kiezen. Zij zal eisen dat een tijdelijke handelsvennootschap de bouwwerken uitvoert maar toelaten dat een SPV de verbintenissen van de tijdelijke handelsvennootschap kan overnemen van zodra de bouwfase beëindigd is (en de gebruiksfase een aanvang neemt).

81. In andere gevallen zal de overheid een aantal waarborgen vragen dat 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. Daarenboven zal de SPV een garantie op goede uitvoering moeten verschaffen.

82. In een aantal bestaande 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 evenwel niet aan te bevelen. Opdrachtnemers menen immers 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 *special purpose vehicle (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. Zij kan, indien die inkomsten voldoende groot zijn, zelfs de insolventie van haar aandeelhouders overleven. Er zijn dan ook voorbeelden bekend waarin de financieringsvoorwaarden de SPV heeft bekomen beter zijn dan de financieringsvoorwaarden die de aandeelhouders zouden hebben bekomen.

2.5. De (onder)aannemers

83. 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 vele gevallen de aandeelhouders van de SPV maar dat is niet steeds het geval. De structuur en de inhoud van de contracten tussen de SPV en de (onder)aannemers zal zoveel als 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-back-contracten genoemd. De SPV zal door het sluiten van dergelijke contracten de verplichtingen en risico's die zij onder de DBFM-overeenkomst heeft zoveel als mogelijk aan 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-bouwer worden doorgeschoven. Risico's die verband houden met het onderhouds-contract zullen naar de onderhoudsaannemer worden doorgeschoven. Verzekerbare risico's zullen aan de verzekeraar worden doorgeschoven.

84. 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, dit wil zeggen dat geen enkele onderaannemer bereid is dat risico gedurende de duurtijd van de overeenkomst te dragen of risico's die enkel door de SPV kunnen worden gedragen. Een voorbeeld van de eerste categorie is de prijs voor het onderhoud van bepaalde infrastructuuronderdelen. Het is mogelijk dat geen enkele onderaannemer in staat zal zijn een vaste prijs voor het onderhoud van dat onderdeel gedurende 15 of 20 jaar te garanderen terwijl de SPV de overheid een vaste prijs moet geven. Dergelijke situaties zijn te vermijden. Het risico zal dan immers bij de SPV blijven en die zal daarvoor een onevenredig hoge risicopremie aanrekenen. Risico's die doorgaans bij de SPV blijven zijn risico's die met de financiering verband houden.

2.6. De financiers

85. 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 niet langer infrastructuur, maar het ter beschikking stellen van die infrastructuur "koopt", betekent 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.

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

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

87. De reden waarom het eigen vermogen van een SPV relatief beperkt is vindt niet alleen grondslag in de beperkingen van de aandeelhouders om in te staan voor belangrijke kapitaalsinjecties maar ook in de hoge rendementseisen (IRR of internal rate of return) die traditioneel aan het eigen vermogen worden gesteld. Die rendementseisen kunnen makkelijk tussen de 10 en 20% bedragen, hetgeen tot gevolg heeft dat kapitaalsfinanciering (corporate finance) erg duur is en dus een belangrijk prijsverhogend effect heeft.

88. 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 de 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 wordt een dergelijke financiering een “no-recourse” of “limited-recourse”-financiering genoemd. 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 dan ook het project aan een grondig onderzoek of due diligence onderwerpen. Zij zullen het consortium, in zijn onderhandelingen met de overheid, ertoe aanzetten risico's ofwel terug bij de publieke partner te brengen ofwel aan derden (onderaannemers of verzekeraars) door te schuiven. Indien risico's succesvol worden doorgeschoven kunnen de risico's voor de SPV relatief beperkt blijven en zullen de financieringsvoorwaarden gunstiger zijn.

89. Gelet op het belang van de financieringsvoorwaarden voor het welslagen van het project is het wenselijk van de financiers zo vroeg als mogelijk bij het project te betrekken. Als de private opdrachtnemers pas op zoek naar financiering gaan, indien zij als voorkeursbieder zijn aangewezen of indien de overeenkomst 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. De overheid heeft een marge om bijkomende voorwaarden van de financiers te aanvaarden maar die marge is niet onbeperkt. Indien 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.

90. Het verdient daarom aanbeveling dat de financiers van bij de eerste offerte van de private opdrachtnemer reeds de (directe of indirecte) verbintenis moeten aangaan het project te financieren. De opdrachtnemer voegt dan aan de bieding een termsheet van zijn financiers toe, dit wil zeggen een document dat de voorwaarden en de bepalingen van de projectfinanciering in hoofdlijnen weergeeft. Vaak verbinden financiers aan hun verbintenis voorwaarden of voorbehouden. Strikt genomen conditioneren die voorwaarden of voorbehouden de bieding van de private opdrachtnemer. Ze maken er deel van uit. Dit maakt het moeilijk de biedingen van verschillende kandidaten te vergelijken, zeker met biedingen die geen voorwaarden bevatten. Dit nadeel verhindert niet dat het binden aan het aanbod een duidelijke financiële verbintenis, aanbeveling verkiest. Om die reden wordt soms de verplichting een biedingsgarantie te stellen gecombineerd met de eis een (directe of indirecte) verbintenis van de financiers te bekomen.

Het verdient aanbeveling dat de financiers van bij de eerste offertes een verbintenis tot financieren aangaan.
--

91. De kredietovereenkomst wordt op maat gesneden van de inkomstenstroom, dit wil zeggen de beschikbaarheidsvergoedingen, die het project zal genereren. Wanneer deze 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 met de SPV gesloten.

92. Een directe overeenkomst is een driepartijen-overeenkomst 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.

93. Vanuit financieringsoogpunt heeft PPS een aantal nadelen die ervoor zorgen dat de financiering relatief duur is en in elk geval duurder dan overheidsfinanciering. De rentevoet op het vreemd vermogen binnen de DBFM-vennootschap of de projectvennootschap ligt, zoals gezien, hoger dan de rente op leningen die de overheid zou moeten betalen indien zij zelf de investering zou doen. Om de financieringskost binnen de perken te houden zijn een aantal milderende maatregelen mogelijk:

- De solvabiliteitseisen van de DBFM-vennootschap of de projectvennootschap mogen niet te hoog worden gesteld omdat de private opdrachtnemer, zoals reeds uiteengezet, een zeer hoog rendement voor het eigen vermogen zal verwachten. De reden daarvoor is dat de eigen vermogensverstrekkers het grootste risico nemen. Indien het project in de problemen komt, zullen zij als laatste terugbetaald worden.
- Een tweede milderende maatregel is de toekenning van een overheidswaarborg aan de door de DBFM-vennootschap of projectvennootschap aangegane leningen. Bij het verlenen van deze overheidswaarborg dient de overheid extra aandacht te besteden aan de afdwingbaarheid van de door de private partij aangegane engagementen. Voor meer uitleg over overheidswaarborgen wordt verwezen naar onderdeel 11.8 van deel II van het DBFM-handboek.
- Een derde milderende maatregel kan erin bestaan dat de overheid voor een joint-venture structuur kiest, zelf aandelen in de SPV zal aanhouden en dus zelf een deel van het eigen vermogen inbrengen. Op die manier beperkt de overheid het eigen vermogen dat door de private aandeelhouders van de SPV moet worden geleverd en de daaraan verbonden kosten en geniet hij op het door haar ingebrachte eigen vermogen van een rendement dat gelijk is aan het rendement van de private aandeelhouder.
- Een andere milderende maatregel kan erin bestaan dat de private partner slechts een laag eigen vermogen tot aan het einde van de bouwfase inbrengt, gekoppeld aan een overbruggingskrediet (of een zgn. “equity bridge”) dat na afloop van de bouwfase door achtergestelde leningen wordt terugbetaald. Dit leidt tot een zelfde resultaat als in het geval de private opdrachtnemer een hoger eigen kapitaal in de SPV zou brengen, maar met lagere kosten.

2.7. De adviseurs

94. 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 dienen te beoordelen of zij deze competenties voldoende in huis hebben en/of bijkomende externe expertise dient te worden ingehuurd. Externe adviseurs kunnen niet alleen tot taak hebben bepaalde know-how aan te leveren die voor de beoordeling van het project vereist is. Zij kunnen onder nauwe aansturing van hun opdrachtgever ook voor de voorbereiding van het project talrijke materiële taken uitvoeren waarvoor de overheid of de private opdrachtnemer onvoldoende of onvoldoende gespecialiseerd personeel heeft (opstellen van overeenkomsten, outputspecificaties, financiële modellen....).

95. Traditioneel zijn, in het kader van dergelijk project, drie categorieën competenties noodzakelijk: de juridische expertise, de financiële expertise en de technische expertise.

96. Juridisch experten helpen de overheid met het maken van strategische, juridische keuzes, zoals de keuze voor en het motiveren van de gunningswijze. Indien problemen inzake de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering rijzen, zal de juridisch adviseur de overheid helpen 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 traditioneel een taak voor de juridische adviseur. Het is gebruikelijk dat juridische experten de overheid bijstaan bij de onderhandelingen met de partijen en het opstellen en motiveren van de voornaamste beslissingen die, in het kader 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 projectfinanciering). Ook aspecten van fiscaal recht kunnen voor bepaalde projecten relevant zijn. Daartoe wordt best specifieke expertise ingehuurd wanneer het probleem zich stelt.

97. De financiële experten van de overheid moeten erover waken dat het project en de DBFM-overeenkomst gestructureerd is op een wijze die de financiering van het project aan gunstige voorwaarden mogelijk maakt. Hun advies zal vereist zijn voor een aantal specifieke bepalingen uit de DBFM-overeenkomst, zoals de bepalingen inzake betaling of prijsherziening. Zij zullen de overheid wijzen op keuzes die een negatieve impact op de financiering en de financieringsvoorwaarden hebben. Gedurende de gunningsprocedure zal hij de overheid over de financiële voorstellen van de kandidaten en de betrouwbaarheid van hun financiële projecties adviseren .

98. De technische experten van de overheid adviseren over het maken van technische keuzes. De rol van de technische experten is verschillend van de rol die hij bij een traditionele overheidsopdracht vervult. De technische experten zullen immers geen gedetailleerd (technisch) bestek opmaken maar de minimumvoorwaarden en de outputspecificaties omschrijven waaraan het project, gedurende de beschikbaarheidsfase, moet beantwoorden. Technische experten moeten erover waken dat de overeenkomst voldoende garanties bevat dat het project aan die voorwaarden en specificaties voldoet. De technisch experten zullen dan ook adviseren over de sanctiemechanismen die gelden indien het project niet zou voldoen.

99. Bij de overheid is een korps ingesteld, met name de Inspectie van Financiën, die de gevolgen van beslissingen op de begroting beoordeelt. Zij bezitten bovendien specifieke expertise inzake de ESR-methodiek. Het verdient de aanbeveling de Inspectie van Financiën gedurende heel de procedure goed te informeren.

100. De overheid moet er rekening mee houden dat niet alleen de overheid maar ook de Private opdrachtnemer zich door juridische, financiële en technische experts zullen laten bijstaan.

De overheid moet zich omringen door externe experts. Klassiek zijn dit juridische, financiële en technische experts. Het verdient de aanbeveling voldoende en tijdige informatie-uitwisseling te voorzien tussen alle betrokken experts en meer in het bijzonder met de Inspectie van Financiën. Bovendien wordt de traditionele triptiek best aangevuld met een expert die de risicoanalyse uitvoert.

2.8. Risicoanalyse

101. De meeste grote projecten bij de overheid kennen aanzienlijke budgetoverschrijdingen. Dit heeft te maken met de inflatie, die zorgt voor hogere prijzen en loonkostenstijgingen, te optimistische inschattingen van de kosten en de opbrengsten, dan wel het strategisch laag inschatten van de kosten en met scopewijzigingen die leiden tot veranderingen tijdens de uitvoering of de functionaliteit van het project doen veranderen. Het overschrijden van het voorziene budget bij grote projecten is maar één van de mogelijke gevolgen van het zich voordoen van niet beheerste risico's tijdens de uitvoering. Risico's bij projecten zijn immers alle gebeurtenissen die ertoe kunnen leiden dat het uiteindelijke resultaat afwijkt van de oorspronkelijke verwachtingen. De impact van risico's bij een project kan er ook voor zorgen dat de vooropgestelde timing niet gehaald wordt.

Goede beslissingen van de overheid over de organisatie van het project vergen daarom voldoende kennis en inzicht. Daartoe moet zij aandacht besteden aan een vorm van riskmanagement. Elke vorm van riskmanagement bestaat uit de identificatie, analyse, de evaluatie en het beheren van de bestaande risico's.

De identificatie van de risico's van een DBFM-project kan gebeuren aan de hand van een risicomatrix.

De risicomatrix is een ontwikkelde analysemethode die een concrete houvast biedt om de risico's op een systematische wijze in kaart te brengen. Het gaat bij deze methode voornamelijk om een globale kwalitatieve inventarisatie van risico's, die in een tabelvorm (matrix) wordt weergegeven. Een dergelijke matrix geeft een houvast om een volledige risico-inventarisatie te krijgen. Inzicht in de risico's helpt de overheid bij het concretiseren van de plannen, de keuze van de samenwerkingsvorm en de partnerselectie.

HOOFDSTUK 3: HOE REALISEREN WE EEN DBFM – OVEREENKOMST ?

3.1. Hoe stellen we een DBFM-bestek op ?

102. Een "DBFM-bestek" zal doorgaans grondig van een traditioneel bestek verschillen. Een traditioneel bestek is in twee onderdelen opgedeeld: de administratieve en de technische bepalingen,

waarbij de administratieve bepalingen in hoofdzaak verwijzen naar de Algemene Aannemingsvoorwaarden. Bij een DBFM-bestek bestaat meestal een onderscheid tussen drie onderdelen: (1) de selectie- en gunningsleidraad, (2) de DBFM-overeenkomst en de contractuele bijlagen en (3) de outputspecificaties of de technische bijlagen:

- De selectie- en de gunningsleidraad stelt de regels vast die de overheid zal toepassen voor de keuze van haar mede-contractant (selectie-en gunningscriteria), 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,
- De DBFM-overeenkomst bevat meestal een grondig uitgewerkt ontwerp van DBFM-overeenkomst en de contractuele bijlagen.
- De outputspecificaties bevatten, tenslotte, 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 moet voldoen.

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

3.2. De keuze van de gunningswijze

103. De toepasselijkheid van de Overheidsopdrachtenwet heeft tot gevolg dat de overheid, een gunningswijze moet kiezen. De gunningswijze legt de spelregels vast die de overheid tijdens de gunningsprocedures moet volgen. Aangezien de traditionele gunningswijzen (aanbesteding, offerteaanvraag, ...) elke onderhandeling met de kandidaten uitsluiten zal de overheid doorgaans geen andere keuze hebben dan voor de onderhandelingsprocedure te kiezen. Het is inderdaad nagenoeg ondenkbaar dat een overheid zonder onderhandelingen met de kandidaten een bestek kan opstellen dat voor alle aspecten van de DBFM-overeenkomst (ontwerp, bouw, financiering en onderhoud) voldoet. Om die reden doet de overheid voor het gunnen van DBFM-overeenkomsten doorgaans op de onderhandelingsprocedure mét bekendmaking beroep. In de Belgische praktijk zijn geen DBFM-overeenkomsten bekend die na een aanbesteding of een offerteaanvraag werden gegend.

104. Binnen het kader van de Overheidsopdrachtenwet neemt de onderhandelingsprocedure een uitzonderingsstatuut in. Van die procedure mag slechts in uitzonderlijke, door de wet bepaalde, gevallen gebruik worden gemaakt⁴. Is het conform de wet dat voor DBFM-overeenkomsten deze procedure als standaard wordt gebruikt?

⁴ De meest gebruikte bepalingen zijn artikel 17, § 3, 2° en 4° van de Overheidsopdrachtenwet. Overeenkomstig artikel 17, § 3, 2° van de Overheidsopdrachtenwet is het voor overheidsopdrachten voor de aanneming van werken en diensten “in uitzonderlijke gevallen” mogelijk beroep op een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te doen wanneer “het gaat om werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen”. Overeenkomstig artikel 17, § 3, 4° is het voor overheidsopdrachten voor de aanneming van

105. DBFM-overeenkomsten wijken, zoals al vermeld, in grote mate af van de klassieke overheidsopdrachten. DBFM-projecten zijn grote, complexe projecten waarvan het moeilijk op voorhand is vast te stellen wat de uiteindelijke kostprijs zal zijn. Daarom mogen we zonder legaliteitsprobleem als stelregel aanhouden dat de onderhandelingsprocedure de beste formule is voor de gunning van DBFM-overeenkomsten.

106. De Europese wetgever, specifiek voor wat PPS-projecten betreft, de zogenaamde concurrentiedialoog ingevoerd. Die procedure bestaat erin dat de overheid en de kandidaten eerst over de inhoud en specificaties van het bestek en de overeenkomsten onderhandelen. Gedurende die onderhandeling is het reeds mogelijk een aantal kandidaten te elimineren. Pas nadat dit is uitgeklaard dienen de overgebleven kandidaten offertes in. Het bestek mag vanaf dan niet langer het voorwerp van wijzigingen uitmaken. Alle buurlanden maken voor de gunning van PPS-projecten inmiddels van die gunningswijze gebruik. De federale wetgever heeft tot op heden echter nagelaten de bepalingen van de nieuwe Overheidsopdrachtenwet die de procedure in het intern, Belgisch, recht omzetten in werking te doen treden⁵. tot zolang is de onderhandelingsprocedure de meest aangewezen procedure. In wat volgt is de beschrijving van de gunningsprocedure op die gunningswijze afgestemd.

107. De onderhandelingen die tussen de overheid en de kandidaten gevoerd worden zullen op elk van de drie documenten die het DBFM-bestek uitmaken (de selectie- en gunningsleidraad, de DBFM-overeenkomst en de outputspecificaties) betrekking hebben. De kandidaten zullen immers wijzigingen aan elk van die documenten voorstellen. Bijvoorbeeld zullen zij proberen de financiële randvoorwaarden die in de gunningsleidraad zijn omschreven te doen aanpassen. Zij zullen ook pogen aanpassingen aan de contractuele voorwaarden, in het bijzonder de risico-verdeling te bekomen. De overheid kan niet toelaten dat die voorstellen aan haar doelstellingen (bijvoorbeeld de ESR-neutraliteit van het project) of aan bepaalde kwaliteitsnormen afbreuk doen. Toch is een zekere openheid aangewezen. De overheid moet immers beseffen dat elke besteksbepaling of voorwaarde die aan de kandidaten wordt gesteld een kost heeft. Constructieve onderhandelingen met de kandidaten kunnen de overheden toelaten die besteksbepalingen te wijzigen waarvan, in het licht van de opmerkingen van de kandidaten en de eerste biedingen die werden ontvangen, de kosten-batenanalyse negatief uitvalt. Dit is alleszins het geval wanneer de signalen die kandidaten over bepaalde voorwaarden geven dezelfde richting uitgaan omdat alle kandidaten dezelfde opmerking hebben. Soms kunnen de kandidaten ook gewoon incoherenties of ongerijmdheden in het DBFM-bestek vaststellen. Het is wenselijk dat de overheid gedurende de onderhandelingen het bestek optimaliseert en incoherenties of ongerijmdheden uit de wereld helpt. De doelstelling van de overheid bestaat er immers in zo weinig mogelijk te betalen voor de beschikbaarheid van infrastructuur van hoge kwaliteit. Daarbij is het wel belangrijk dat het gelijkheidsbeginsel gerespecteerd wordt en alle kandidaten dezelfde informatie krijgen.

Voor DBFM-overeenkomsten wordt best via de onderhandelingsprocedure gewerkt. De overheid moet open staan voor wijzigingen die de overeenkomst verbeteren (iedere bepaling heeft finaal een bepaalde kost) maar moet daarbij wel het gelijkheidsbeginsel respecteren.

diensten mogelijk op die procedure een beroep te doen wanneer “*de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag*”.

⁵ Art. 3, 9° en 27 van de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, *B.S.*, 15 februari 2007;

3.3. De aankondiging

108. Een aankondiging van de DBFM-overeenkomst in het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen zal in de regel verplicht zijn. De aankondiging moet worden ingevuld op grond van een model dat als bijlage aan de Overheidsopdrachtenreglementering is gevoegd.

109. Voor DBFM-overeenkomsten zal bovendien, voorafgaand aan die aankondiging, nagenoeg steeds een vooraankondiging of enuntiatieve aankondiging verplicht zijn⁶. Die verplichting wordt meestal uit het oog verloren. De overheidsopdrachtenreglementering bevat echter geen uitdrukkelijke sanctie voor de niet-naleving van de verplichting een vooraankondiging te publiceren.

110. De overheid moet reeds in de aankondiging vermelden of zij het aantal kandidaten dat zij zal selecteren en tot de gunningsfase toelaten om een offerte in te dienen zal beperken. In de regel moet de overheid minimum drie kandidaten tot de onderhandelingen toelaten, tenzij er geen drie kandidaten zijn die aan de voorwaarden voldoen om aan de onderhandelingen deel te nemen.

DBFM-overeenkomsten moeten aangekondigd en in principe ook vooraangekondigd worden. Op de niet-naleving van de vereiste een vooraankondiging te publiceren staat evenwel geen sanctie.

3.4. De selectieleidraad

111. De overheid kan strikt genomen beslissen de kandidaten te selecteren aan de hand van de gegevens die in de aankondiging zijn opgenomen. De overheid zal echter, gelet op het belang en/of de complexiteit van de opdracht, de inschrijvers meer informatie over de opdracht willen geven. Daarom zal zij een Selectieleidraad opstellen. De voornaamste, praktische doelstelling van de Selectieleidraad bestaat erin die kandidaten te selecteren die, gelet op hun betrouwbaarheid, technische bekwaamheid en economische en financiële draagkracht, voor de tweede fase van de gunningsprocedure, in aanmerking komen. Enkel die kandidaten worden uitgenodigd een offerte in te dienen.

De selectieleidraad heeft als bedoeling de criteria vast te stellen die toelaten de kandidaten te selecteren, die het best in aanmerking komen om toegelaten te worden voor een gedetailleerde discussie over de toewijzing van de opdracht.

⁶ Een enuntiatieve aankondiging betekent dat, van zodra de overheid weet dat zij een overheidsopdracht zal gaan uitschrijven en min of meer weet hoe die overheidsopdracht er uit gaat zien, zij al de basisgegevens publiceert zodanig dat geïnteresseerden zich al kunnen voorbereiden op een mogelijke kandidatuurstelling op het ogenblik dat de effectieve publicatie zal gebeuren. Let wel, wanneer dergelijke enuntiatieve aankondiging is gebeurd, dan betekent dat niet dat de overheid achteraf ook verplicht is van effectief de procedure te starten. Deze enuntiatieve aankondiging gebeurt maximaal 12 maanden of ten minste 52 dagen voor de officiële aankondiging van de eigenlijke overheidsopdracht. Een enuntiatieve aankondiging zal in principe zo snel mogelijk na het begin van het begrotingsjaar gepubliceerd worden.
Enuntiatieve aankondigingen zijn verplicht voor werken wanneer het totale bedrag van de aanbesteding groter of gelijk is aan 5.150.000 EUR.

3.5. De selectie

112. De selectie van de kandidaten zal meestal in twee bewegingen gebeuren. In een eerste beweging wordt nagegaan welke kandidaten op grond van een pass-or-fail test 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. Enkel de kandidaten die het best aan de selectiecriteria voldoen worden tot de gunningsfase toegelaten. Zij zullen een Gunningsleidraad, een ontwerp van overeenkomst en de outputspecificaties ontvangen.

113. De overheid licht, onmiddellijk na de selectiebeslissing, de niet-geselecteerde kandidaten in over hun niet-selectie en voegt er de motieven voor hun niet-selectie aan toe. Daarenboven dient de overheid een wettelijke termijn van 15 dagen, een zgn. standstill, te respecteren waarbinnen de niet-geselecteerde kandidaten een procedure voor de Raad van State kunnen starten alvorens zij de onderhandelingsprocedure verder zet.

Enkel de geselecteerde kandidaten worden tot de gunningsfase toegelaten.

3.6. De gunningsleidraad

114. De Gunningsleidraad zal de verdere procedure en het verloop van de onderhandelingsprocedure (cfr. infra) beschrijven. De Gunningsleidraad bepaalt hoe de overheid moet vaststellen welke kandidaat de voordeligste bieding heeft ingediend. Die kandidaat zal als voorkeursbieder en, vervolgens, als mede-contractant van de overheid worden aangewezen. De aanwijzing van de voordeligste bieding gebeurt aan de hand van de gunningscriteria. De overheid heeft de verplichting de weging van elk gunningscriterium in de Gunningsleidraad te specificeren. De weging kan eventueel in een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum worden uitgedrukt⁷. In sommige gevallen bepaalt de Gunningsleidraad ook gedetailleerd de quoteringsmethodiek, dit wil zeggen de wijze waarop de gunningscriteria gecompareerd en de quoteringsmethodiek samengevat worden. Als dat mogelijk is, verdient deze werkwijze de voorkeur, omdat het de toewijzing sterk objectiviseert.

De aanwijzing van de voordeligste bieding gebeurt op basis van de gunningsleidraad. Ieder gunningcriterium moet een weging krijgen.

115. De keuze van adequate gunningscriteria is één van de belangrijkste maar ook van de moeilijkste keuzes die de overheid moet maken. Meestal komen 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). Hierna volgen een aantal voorbeelden van de meest weerkerende gunningscriteria:

De beschikbaarheidsvergoeding

116. Een gunningscriterium dat in de meeste projecten terugkomt is (de hoogte van) de beschikbaarheidsvergoedingen. Het totaal van die beschikbaarheidsvergoedingen levert dan de

⁷ De overheid is van die verplichting ontslagen indien zij “om passende redenen” kan aantonen dat een dergelijke weging niet mogelijk is. In dat geval worden de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid vermeld (art. 115 van het Overheidsopdrachten-K.B.).

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 doen. Het is belangrijk dat de gunningsleidraad bepaalt aan welke voorwaarden de beschikbaarheidsvergoeding voldoet om ervoor te zorgen dat die vergoedingen vergeleken kunnen worden. De beschikbaarheidsvergoeding wordt ook meestal tot een netto contante waarde (NCW) verdisconteerd.

De architecturale en technische waarde van het ontwerpgedeelte

117. De toepassing van een gunningscriterium architecturale en technische waarde van het ontwerpgedeelte is slechts wenselijk indien de aard van het project dat vereist. Indien de DBFM-overeenkomst betrekking heeft op de aanleg van een weg is het weinig relevant aan de architecturale waarde daarvan aandacht te besteden. Indien de DBFM-overeenkomst betrekking heeft op een belangrijke brug of op een gebouw kan die waarde wel relevant zijn. Ook indien het gaat om technisch complexe ontwerpen kan een dergelijk criterium relevant zijn. Een probleem met de toetsing van een criterium architecturale waarde is dat een dergelijk criterium reeds een gedeeltelijke uitvoering van het ontwerp-gedeelte van de opdracht veronderstelt. De kandidaten zullen beroep moeten doen op architecten en ingenieurs om hun bieding voor te bereiden. Zij zullen (betekenisvolle) kosten moeten maken om aan de gunningsprocedure deel te nemen op een ogenblik terwijl zij geen enkele zekerheid hebben dat de DBFM-overeenkomst 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 kan er wel voor kiezen die kosten (geheel of gedeeltelijk) te vergoeden. Het gebruik van dit gunningscriterium heeft voorts als nadeel dat de beoordeling van een ontwerp door een belangrijke graad van subjectiviteit wordt gekenmerkt. Private opdrachtnemers zullen daarom erop aandringen dat vermeden wordt aan dit criterium een doorslaggevende waarde te geven.

De technische kwaliteit van de bouw- en onderhoudsgedeelten

118. De toetsing van de technische kwaliteit van de bouw- en onderhoudsgedeelten gebeurt vooral aan de hand van een toetsing van de overeenstemming van de voorstellen van de kandidaten met de Outputspecificaties. Veel aandacht zal worden besteed aan de materialen en de technische methodes die zij toepassen.

Plan van aanpak

119. In het plan van aanpak verduidelijkt de private partner welke managementvaardigheden hij beheerst. Van de private partner wordt verwacht dat hij de verschillende onderdelen van zijn projectorganisatie en aanpak voor de voorliggende opdracht verduidelijkt. Hij moet een gedetailleerde opgave van garanties, engagementen en maatregelen die hij zal nemen om de door hem aangevane 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 risicobeheer en risicoallocatie, etc.

120. Voorts zal veel aandacht naar procesbeheersing gaan: 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 zal worden gehecht aan kwaliteits- en managementplannen. In bepaalde projecten wordt de technische kwaliteit van de offertes aan een risico-allocatiematrix (RAM) getoetst. De partijen beschrijven daarin de voornaamste risico's en de wijze waarop zij met die risico's omgaan. Het is aan te bevelen dat de overheid zelf een model van risico-allocatiematrix ter beschikking stelt om te vermijden dat de matrixen van de inschrijvers onvergelijkbaar zijn. De Overheid moeten er wel over waken dat een offerte er op papier geweldig uitziet maar dat geen enkele reële garantie op een kwaliteitsvolle uitvoering wordt geboden. Natuurlijk is het wel zo dat de overeenkomst doorgaans adequate sanctiemechanismen bevat die elke niet-conforme uitvoering (in tegenstrijd met de overeenkomst of de Outputspecificaties) bestraft.

De uitvoeringstermijn

121. De uitvoeringstermijn zal bij DBFM-overeenkomsten eerder zelden een gunningscriterium zijn. De reden daarvoor is dat de private opdrachtnemer pas vanaf de beschikbaarheid van de infrastructuur een vergoeding zal ontvangen. De private opdrachtnemer heeft er dus alle belang bij de infrastructuur zo snel als mogelijk aan de beschikbaarheidseisen te laten voldoen. In sommige contracten wordt dit mechanisme aan een vaste contractsduur gekoppeld. Indien de Opdrachtnemer de infrastructuur te laat oplevert zal hij twee keer gestraft worden: hij zal pas later een eerste beschikbaarheidsvergoeding ontvangen. Hij zal bovendien minder beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen omdat het contract een vaste duurtijd heeft en nog steeds op het initieel vastgestelde moment zal aflopen. Omgekeerd zal, indien de private opdrachtnemer de infrastructuur vroeger ter beschikking stelt, hij vroeger beschikbaarheidsvergoedingen en ook meer vergoedingen ontvangen. 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 als mogelijk beschikbaar te stellen.

De financiële kwaliteit van de offerte

122. Aangezien de kandidaten voor de financiering van de overeenkomst moeten instaan wordt steeds van de kandidaten een financieel model verwacht. De overheid zal dan de zogenaamde robuustheid van dat financieel model 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. Er wordt rekening gehouden met de kosten, opbrengsten, investeringen, prijsstijgingen, rentestijgingen en belastingen. Een financieel model moet verschillende veronderstellingen en scenario's bevatten. Die scenario's bevatten alleszins een “base case” en een “worst case” scenario. De kandidaten moeten kunnen aantonen dat de SPV in elk van die scenario's haar verplichtingen kan honoreren. Uit het financieel model zal, bijvoorbeeld, moeten blijken hoe de SPV met het overschrijden van de beschikbaarheidsdatum, het overschrijden van de realisatieprijs, hoger oplopende onderhoudskosten, boetes en sancties of zelfs met de verbreking van de overeenkomst omgaat. Een financieel model kan worden gekoppeld aan een zogenaamde risico-allocatiematrix waarin de kandidaten aantonen hoe zij risico's beheersen (verzekeren, afwentelen op onderaannemers, bijzondere maatregelen, ...). De financiële adviseurs van de overheid zullen dat model zelf testen en beoordelen. Het is aan te bevelen dat de overheid aan het financieel model 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 zowel de jaarlijkse aflossing van de hoofdsom en de rente (debt service) kan voldoen. Hoe hoger de ratio is, hoe hoger de marge die is genomen en hoe hoger het comfort van de

financiers is. 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.

Lijstrisico's

123. Sommige overheden hebben ervoor gekozen om met een systeem van zogenaamde lijstrisico's te werken. Lijstrisico's zijn risico's waarvan de overheid nog niet definitief heeft uitgemaakt of die risico's door de private opdrachtnemer of haarzelf zullen worden gedragen. De overheid heeft die risico's voor zichzelf beprijsd en vraagt de inschrijvers dat eveneens te doen. De prijs van de lijstrisico's, zoals beprijsd door de kandidaten, wordt dan bij de basisprijs geteld. Indien de beprijzing van het lijstrisico van de kandidaat hoog is zal de totale prijs voor die kandidaten meer stijgen dan voor zijn concurrenten het geval is. Indien het laag is zal de totale prijs van die kandidaat minder stijgen dan de concurrentie. Een lijstrisico zal uiteindelijk enkel door de private opdrachtnemer worden gedragen indien zijn prijs lager is dan de prijs die door de overheid was vastgesteld. Indien de prijs hoger is zal de overheid ervoor kiezen het lijstrisico zelf te dragen.

3.7. Contacten tussen de overheid en de kandidaten vóór de indiening van de offertes

124. Noch de Europese richtlijnen, noch de Belgische overheidsopdrachtenwetgeving bepalen hoe het verloop van de onderhandelingen concreet gestructureerd moet worden. De overheid heeft dus een grote vrijheid in de wijze waarop zij de onderhandelingen zal structureren. Toch kunnen uit de overheidsopdrachtenreglementering een aantal algemene regels worden afgeleid.

125. We gaan er vanuit dat het nuttig is voor de indiening van de offertes de mogelijkheid voor verduidelijking te geven. Daarom is het aangewezen dat nog voor de eerste offertes worden ingediend contacten de eerste contacten tussen de overheid en de kandidaten reeds hebben plaatsgevonden. De bedoeling van deze contacten is dat de verschillende kandidaten een duidelijker zicht krijgen van wat de overheid juist wil, wat onder andere vorm kan krijgen door nadere specificaties te verstrekken op puur informatieve vragen van de kandidaten. Het is aan te bevelen dat in deze fase van de gunningsprocedure nog niet effectief onderhandeld wordt.

126. Het is uiterst belangrijk dat alle kandidaten steeds op gelijke basis worden behandeld en over alle informatie beschikken. Dit betekent dat de kandidaten tijdens deze fase duidelijk wordt gemaakt dat iedere vraag en ieder antwoord op die vraag aan iedere kandidaat wordt ter beschikking wordt gesteld. Alhoewel dat juridisch niet altijd nodig is, is het best toch altijd deze openheid toe te passen en daar de kandidaten van te verwittigen. Dit wil zeggen dat iedere mogelijke kandidaat wordt verwittigd dat alle vragen en antwoorden aan iedereen zullen worden toegestuurd. Alhoewel juridisch evenmin verplicht, verdient het aanbeveling dat de overheid er voor kiest om de contacten met de kandidaten voorafgaand aan het indienen van de eerste offertes tot vragen en antwoorden te beperken.

Contacten tussen overheid en kandidaten, vóór de indiening van offertes kunnen aangewezen zijn. Het verdient aanbeveling de contacten tot vragen en antwoorden te beperken. Openheid en gelijkheid ten opzichte van de kandidaten is essentieel.

3.8. De indiening van een offerte en de onderhandelingen

127. Vervolgens dienen de Kandidaten hun eerste offertes in. De overheidsopdrachtenreglementering bepaalt dat bij de onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure het aantal kandidaten, dit wil zeggen geselecteerde kandidaten, dat tot de *onderhandelingen* wordt toegelaten niet kleiner mag zijn dan drie⁸, voor zover er voldoende geschikte kandidaten zijn. De mate waarin de overheid het aantal kandidaten reeds kan beperken zal dus afhangen van de vraag of voorafgaand aan de eerste offertes reeds echte onderhandelingen tussen de partijen hebben plaatsgevonden.

128. De overheid kan er ook voor kiezen om met alle kandidaten meerdere onderhandelingsrondes te voorzien. Op die wijze kunnen diverse onderhandelingsrondes elkaar opvolgen tot de overheid de kandidaten uitnodigt hun beste en finale bod in te dienen. Het voorzien van meerdere onderhandelingsrondes laat wel toe dat die kandidaten vroeger worden geëlimineerd en zij hun deelnamekosten kunnen beperken.

129. De mogelijkheid om alle kandidaten bij meerdere onderhandelingsrondes te betrekken is intensief en tijdrovend. De overheid zal immers geen andere keuze hebben dan het resultaat van elke onderhandelingsronde met de kandidaten in verslagen, documenten of terechtwijzende berichten te formaliseren. Het respecteren van het gelijkheidsbeginsel is in deze optie zeker niet eenvoudig.

130. Het lijkt ons aangewezen, na een diepgaand onderzoek van de eerste offertes, vrij vroeg de onderhandelingen tot een drietal kandidaten te beperken. Deze beslissing sluit de fase van de eerste offerte af en geeft aanleiding tot het starten van de echte inhoudelijke onderhandelingen.

131. In de meeste gevallen houdt de overheid een strikte controle over de agenda en de timing van de onderhandelingen aan. Overheden laten het weliswaar aan de kandidaten 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. Meestal maken overheden van de mogelijkheid om onderwerpen uit te sluiten met redelijkheid gebruik. Veelal legt de overheid bovendien een strikt tijdschema op waaraan de kandidaten zich dienen te houden. Onderwerpen die de deelnemers aan de onderhandelingen wensen te behandelen moeten schriftelijk en voor de start van de onderhandelingen door de deelnemer aan de overheid worden overgemaakt. Daarenboven is het gebruikelijk dat het beginsel wordt vastgelegd dat, afgezien van geformaliseerde onderhandelingsmomenten, géén contacten tussen de deelnemers en de overheid plaatsvinden.

Het verdient de voorkeur, na een diepgaand onderzoek van de eerste offertes, vrij vroeg de onderhandelingen tot een drietal kandidaten te beperken.

3.9. De aanduiding van een voorkeursbieder en de finale contractsonderhandelingen

132. Na het indienen van de BAFO's (dit zijn de *Best and Final Offers* en m.a.w. een nieuwe offerte aangepast aan de resultaten van de onderhandelingen) kan de overheid beslissen tot gunning over te

⁸ Art. 16, 5^{de} lid van het K.B. van 8 januari 1996;

gaan aan de gegadigde die de meest voordelige BAFO heeft ingediend. Zij kan echter ook beslissen om de gegadigde die de laagste of meest voordelige BAFO heeft ingediend als voorkeursbieder of preferred bidder te beschouwen en met die gegadigde verder over de bepalingen van de overeenkomst te onderhandelen. De complexiteit van een DBFM-overeenkomst zal meestal vereisen dat voor die tweede mogelijkheid wordt gekozen. De kandidaat-opdrachtnemers geven er de voorkeur aan dat, wanneer de overheid de principiële keuze voor een gegadigde heeft gemaakt, van de andere kandidaten geen overbodige inspanningen meer worden gevraagd. De overheid kan dan haar inspanningen op het verder uitonderhandelen van de tussen de partijen te sluiten overeenkomst concentreren.

133. Juridisch is er geen bezwaar dat niet weerhouden kandidaten, “on hold” worden gezet (de zgn. wachtkamerpositie). Dit heeft tot voordeel dat de voorkeursbieder tijdens de finale contractbesprekingen toch onder competitieve druk staat. De kandidaten zijn meestal niet zo gelukkig met het “on hold” houden van een kandidatuur, zonder dat er op dat ogenblik met hen onderhandeld wordt. Dat is niet onbegrijpbaar, maar voor de overheid niet relevant.

134. Tijdens de finale contractbesprekingen met de voorkeursbieder worden meestal een aantal optimalisaties en preciseringen doorgevoerd. Soms hebben de finale contractbesprekingen ook nog betrekking op een verdere optimalisatie van de verhouding prijs-kwaliteit.

Het verdient aanbeveling, ook na de aanduiding van de voorkeursbieder, de geselecteerde kandidaten “on hold” te houden.

3.10. De closing

135. Finaal wordt het contract ondertekend. Dit is de Contractual Close. Het is de bedoeling zelf van de onderhandelingsprocedure om tot een uitgewerkte en uitonderhandelde overeenkomst te komen waarop beide partijen hun opmerkingen hebben kunnen doen gelden.

136. Na de Contractual Close krijgt de private opdrachtnemer nog een periode om tot Financial Close te komen. Deze periode kan hij gebruiken om de financieringsovereenkomsten te finaliseren. Omwille van het belang van deze Financial Close, kan de overheid een forfaitaire sanctie bedingen die door de private opdrachtnemer moet worden betaald als hij geen Financial Close bereikt. Het verdient aanbeveling dat de overheid de als tweede gerangschikte kandidaat achter de hand houdt. Indien de Financial Close om welke reden dan ook niet bereikt kan worden, kan de aanbestedende overheid met die inschrijver tot een overeenkomst komen zonder de gehele gunningsprocedure te moeten overdoen.

3.11. Het voortraject

137. Het is mogelijk dat 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 de private opdrachtnemer bij het bekomen van de voornaamste vergunningen betrokken is en er zelfs in ruime mate verantwoordelijkheid voor draagt.

138. Toch zijn private opdrachtnemers in de regel huiverachtig over het risico op het niet-bekomen van een vergunning te dragen. De reden daarvoor is dat aan de vergunningen voor grote projecten

altijd een belangrijk politiek risico is verbonden. De vergunning kan geweigerd worden, 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 best in eigen naam aanvragen. Daarenboven kunnen ook omwonenden of tegenstanders van het project de vergunning voor de burgerlijke of administratieve rechter aanvechten waardoor onzekerheid over het voortbestaan van de vergunningen en dus van het project ontstaat. Dat politiek risico wordt door private opdrachtnemers en hun financiers bijzonder ernstig genomen.

139. Om aan die bekommernissen tegemoet te komen is een praktijk ontstaan waarbij de zogenaamde basisvergunningen, in de praktijk de stedenbouwkundige vergunning en de milieuvergunning die voor de exploitatie van het project nodig zou zijn, door de private opdrachtnemer worden voorbereid maar door de overheid wordt ingediend. De contacten met de vergunningverlenende overheid verlopen dan via de overheid. Het risico dat de vergunningen niet of laat worden verkregen of succesvol worden aangevochten is in dat scenario een overheidsrisico. De zogenaamde secundaire vergunningen, dit zijn (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 opdrachtnemer.

140. De omstandigheid dat het bekomen van de primaire vergunningen een overheidsrisico is doet dus geen afbreuk aan het feit dat het voorbereiden en opstellen van de vergunningsaanvragen meestal toch aan de private opdrachtnemer wordt toevertrouwd. De overheid draagt weliswaar het politiek risico maar in werkelijkheid voert de private opdrachtnemer de pen.

Stedenbouwkundige vergunningen en milieuvergunningen worden vaak door de overheid aangevraagd, die er ook het risico voor draagt.

141. Overheden hebben het risico dat aan de primaire vergunningen verbonden is, proberen te verkleinen door private opdrachtnemers die als voorkeursbieder worden aangewezen ertoe verplichten reeds met de voorbereiding van de vergunningsaanvraag een aanvang te nemen. De overeenkomst wordt dan niet gesloten alvorens de vergunning is bekomen of wordt onder opschortende voorwaarde van het bekomen van die vergunning bekomen. De overheid hoopt op die wijze de private opdrachtnemer maximaal te responsabiliseren. Indien de vergunning niet wordt bekomen, krijgt de private opdrachtnemer het project niet. Soms worden daaraan zelfs financiële sancties verbonden omdat voor de private opdrachtnemer een biedingsgarantie werd gevraagd. Indien de vergunning wordt geweigerd, kan de overheid de biedingsgarantie afroepen. Opdrachtnemers hebben veel moeite met dergelijke bepalingen omdat aan het voorbereiden van de vergunningsaanvraag belangrijke kosten verbonden kunnen zijn. Indien de vergunning niet wordt bekomen kunnen al die kosten voor niets blijken te zijn. Overheden proberen de gevolgen daarvan te milderen door forfaitair vastgestelde ontwerpvergoedingen toe te kennen. Die vergoedingen dekken echter meestal een fractie van de kost.

Het verdient aanbeveling dat de overheid in de gevallen waar belangrijke vergunningsdiscussies kunnen ontstaan, deze DBFM-overeenkomsten als een opdracht met een vast en met een voorwaardelijk gedeelte gunnen. De gunningsbeslissing heeft dan betrekking op de volledige opdracht maar de overheid is enkel door de vaste gedeelten verbonden. De private opdrachtnemer kan een bepaalde, contractueel toegewezen periode krijgen om een vergunning te bekomen. Indien de vergunning wordt geweigerd, wordt de private opdrachtnemer voor zijn kosten vergoed. Indien de vergunning wordt toegekend kan het voorwaardelijke gedeelte van de opdracht een aanvang nemen. De overheid kan bepalen dat indien de vergunning wordt geweigerd de tweede gerangschikte bieder de mogelijkheid krijgt een vergunning aan te vragen.

DEEL II – DBFM VAN BINNENUIT BEKEKEN

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

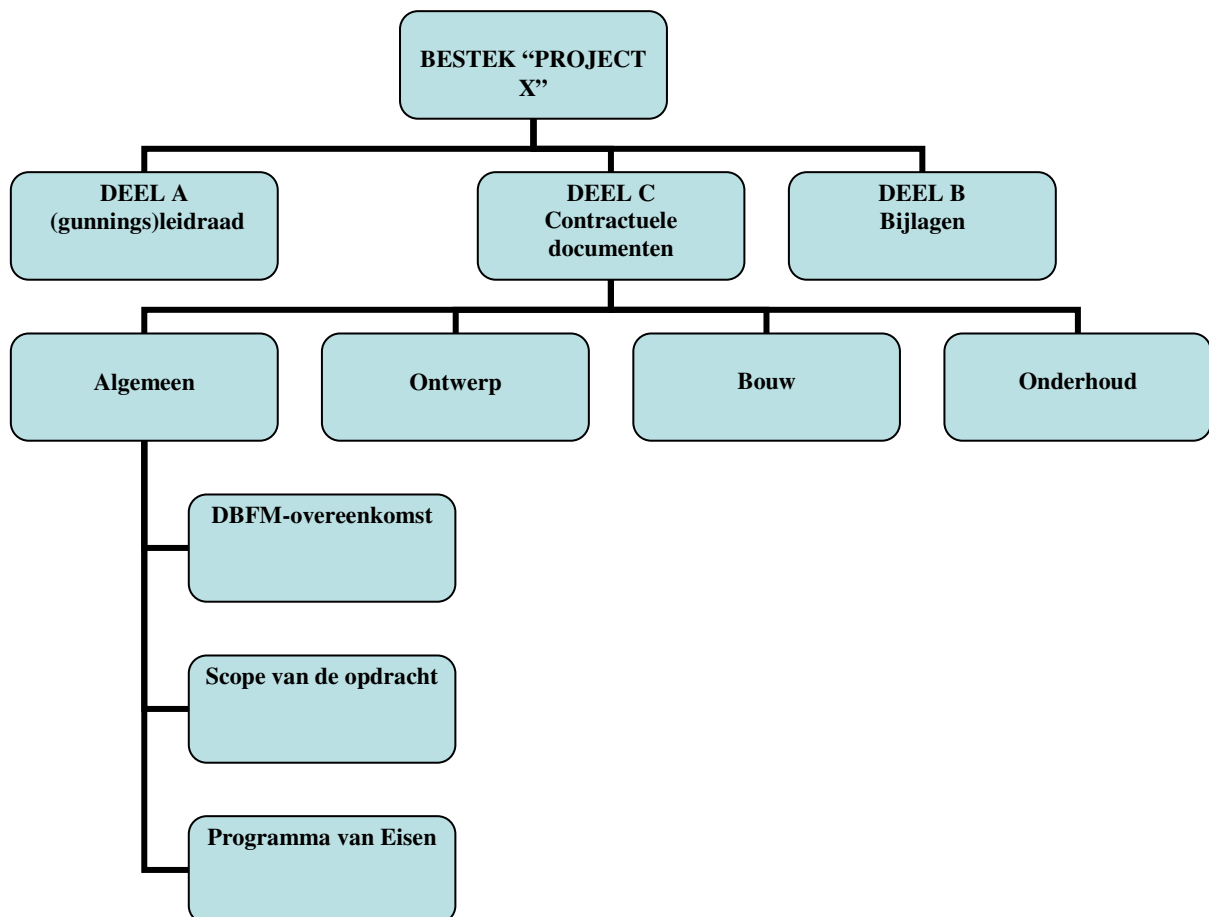
142. Een bestek voor een DBFM-project bestaat, zoals hierboven is uiteengezet, meestal uit een gunningsleidraad, een ontwerp van DBFM-overeenkomst en de outputspecificaties.

143. De gunningsleidraad bevat de regels die de Overheid, overeenkomstig de overheidsopdrachtenreglementering heeft vastgesteld om haar mede-contractant aan te duiden. Het bevat de spelregels die de gunningsprocedure zullen beheersen: de keuze en de verantwoording van de gunningswijze en de selectie- en gunningscriteria, de wijze waarop de offertes moeten worden ingediend, de rechten en plichten van de partijen tijdens de gunningsprocedure.

144. De DBFM-overeenkomst bevat de contractuele voorwaarden die gedurende de uitvoering van de overeenkomst zullen gelden, dit wil zeggen vanaf het ogenblik van contractssluiting tot de overdracht van de infrastructuur bij afloop van de overeenkomst.

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

146. Sterk vereenvoudigd ziet het bestek voor een DBFM-project er als volgt uit:



147. Overheden streven in toenemende mate naar het gebruik van eenvormige DBFM-overeenkomsten. Deze evolutie naar standaardisering van DBFM-overeenkomsten komt de praktijk ten goede. Door uniforme overeenkomsten en procedures te hanteren worden de transactiekosten geminimaliseerd. Zo wordt het gebruik van DBFM-overeenkomsten ook aantrekkelijk voor kleinere, lokale projecten. De modulaire opbouw van standaard DBFM-overeenkomsten vereist niettemin dat met de eigenheid en de diversiteit van het project en de betrokken spelers rekening wordt gehouden.

148. Het model dat vandaag in Vlaanderen vaak wordt gebruikt is een aangepaste versie van het Nederlandse model voor DBFM-overeenkomsten. Dat Nederlandse model is op haar beurt gebaseerd op Britse overeenkomsten. Het model gaat uit van een beperkt opgevatte kernovereenkomst waarvan de voornaamste bepalingen in de vorm van gedetailleerde bijlagen zijn uitgewerkt. De kernovereenkomst geeft op die manier een volledig overzicht van de rechten en plichten van partijen, maar verwijst naar een aantal detailbepalingen die in bijlage zijn uitgewerkt. Andere varianten zijn op dat model gebaseerd, maar zijn meer geïntegreerd in één geheel.

149. Uit de diverse overeenkomsten die, op basis van dat model de voorbije maanden in de markt zijn geplaatst, kunnen een aantal vast markerende onderwerpen worden afgeleid. Die onderwerpen beantwoorden aan een mechanisme of een clause in de DBFM-overeenkomst. De volgende onderwerpen krijgen daarbij doorgaans de meeste aandacht:

1. De definities
2. De kernverplichtingen van de Opdrachtnemer
3. De contractduur
4. De outputspecificaties
5. De fasering van het projectverloop
6. Het betalingsmechanisme
7. Prijsherziening, bench marking en market testing
8. Mechanismen om ondermaats presteren te sanctioneren
9. De bijzondere omstandigheden
10. De waarborgen en garanties
11. De waarborgtermijn
12. De gronden van onmiddellijke beëindiging en de beëindigingsvergoedingen
13. De overlegstructuur en de geschillenbeslechting
14. De directe overeenkomst
15. Het verzekeringspakket
16. Intellectuele rechten
17. De overdracht van de overeenkomst

Hierna wordt nader op die onderwerpen ingegaan.

150. De bovenstaande opsomming toont aan dat DBFM-overeenkomsten integrale overeenkomsten zijn. Hiermee wordt bedoeld dat de opstellers van een DBFM-overeenkomst pogen alle mogelijke rechten en verplichtingen in de DBFM-overeenkomst vast te leggen en daarnaast mechanismen te voorzien die quasi-exhaustief alle mogelijke voorvallen die op die rechten en verplichtingen een invloed hebben regelen. De bedoeling hiervan is dat de partijen bij een DBFM-overeenkomst zo

weinig mogelijk op het suppletief recht terug moeten vallen, namelijk de Algemene Aannemingsvoorwaarden en/of het burgerlijk recht. Een DBFM-overeenkomst is dus opgesteld via een eigen logica, die alomvattend poogt te zijn. Het suppletieve recht is dikwijls niet aangepast aan de noden van de Overheid en de Opdrachtnemer in het kader van een DBFM-overeenkomst. Nochtans betekent dit niet dat alle bepalingen van de DBFM-overeenkomst afwijken van de Algemene Aannemingsvoorwaarden of het Burgerlijk Wetboek. Vaak is de contractuele bepaling gewoon een overname hiervan.

HOOFDSTUK 2: DEFINITIES

151. Op basis van de in Nederland en het Verenigd Koninkrijk opgedane inspiratie is voor DBFM-overeenkomsten geleidelijk aan een eigen begrippenapparaat ontwikkeld. Het is belangrijk die begrippen, in de overeenkomst, goed te definiëren. Het gebruik van wel gedefinieerde begrippen voorkomt dat de bepalingen van de DBFM-overeenkomst te lang en dus onleesbaar worden. Door gedefinieerde begrippen, aangeduid door het gebruik van een hoofdletter, te gebruiken worden interpretatiegeschillen uitgesloten. Het belang van een aangepaste definitie is niet te onderschatten. Een juist begrip van een bepaling zal in een belangrijk geval van de precisie en de juistheid van de definitie afhangen.

152. Typische begrippendefinities voor een DBFM-overeenkomst zijn onder meer (maar niet uitsluitend):

- *Aanvangsbevel* (zie hierover onderdeel 6.1. van deel II van het DBFM-handboek): een schriftelijke kennisgeving van de Overheid aan de Opdrachtnemer waarin wordt bevestigd dat aan de voorwaarden voor de afgifte van het Aanvangsbevel is voldaan
- *Aanvangsdatum* (zie hierover onderdeel 6.1. van deel II van het DBFM-handboek): de datum waarop het Aanvangsbevel door de Overheid wordt getekend
- *Beschikbaarheidscertificaat* (zie hierover onderdeel 6.3. van deel II van het DBFM-handboek): een schriftelijke kennisgeving van de Overheid aan de Opdrachtnemer waarin de opdrachtgever bevestigt dat aan de openstellingseisen is voldaan.
- *Beschikbaarheidsdatum* (zie hierover onderdeel 6.3. van deel II van het DBFM-handboek): De datum waarop het Beschikbaarheidscertificaat wordt afgeleverd.
- *Beschikbaarheidseisen* (zie hierover onderdeel 5.3. van deel II van het DBFM-handboek): De eisen geformuleerd onder een bepaalde afdeling van de Outputspecificaties.
- *Bijzondere Omstandigheid* (zie hierover hoofdstuk 9 van deel II van het DBFM-handboek): een Geval van Overmacht, een Geval van Vergoeding, een Geval van Uitstel of een Geval van Uitgestelde Voltooiing.
- *Voltooiingscertificaat* (zie hierover onderdeel 5.4 van deel II van het DBFM-handboek): Schriftelijke kennisgeving van de Overheid aan de Opdrachtnemer waarin de Opdrachtgever bevestigt dat aan de Voltooiingseisen is voldaan.

- *Voltooiingsdatum en – eisen* (zie hierover onderdeel 5.4 van deel II van het DBFM-handboek): de datum waarop het Voltooiingscertificaat wordt afgeleverd.
- *Geval van Overmacht* (zie hierover onderdeel 9.3 van deel II van het DBFM-handboek):
- *Geval van Uitstel* (zie hierover onderdeel 9.4 van deel II van het DBFM-handboek),
- *Geval van Vergoeding* (zie hierover onderdeel 9.5 van deel II van het DBFM-handboek),
- *Grond voor Onmiddellijke beëindiging* (zie hierover onderdeel 13.2 van deel II van het DBFM-handboek),
- *Incident* (in het geval van wegenisprojecten, zie hierover onderdelen 9.4 en 9.5 van deel II van het DBFM-handboek): elke gebeurtenis (zoals ondermeer een ongeval, pechgeval, afgevalen lading, gestrand voertuig) die de capaciteit van de [weg] nadelig kan beïnvloeden en als zodanig de doorstroming van het verkeer belemmert of kan belemmeren, uitgezonderd pechgevallen op de vluchtstrook voorzover sprake is van een aanvaardbaar risico ten aanzien van de doorstroming en de veiligheid van het overige verkeer.
- *Relevante Wetswijziging* (zie hierover onderdeel 10.2.3 van deel II van het DBFM-handboek),
- *Tekortkoming Overheid* (zie hierover onderdeel 13.4 van deel II van het DBFM-handboek): een tekortkoming door de Overheid in de nakoming van één of meer van zijn verplichtingen op grond van de DBFM-Overeenkomst (waaronder begrepen de omstandigheid dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn) voorzover die tekortkoming niet het gevolg is van een Geval van Overmacht.
- *Tekortkoming Opdrachtnemer* (zie hierover onderdeel 13.3 van deel II van het DBFM-handboek): een tekortkoming door de Aannemer van één of meer van zijn verplichtingen op grond van deze Overeenkomst (waaronder begrepen de omstandigheid dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn) voorzover die tekortkoming niet:
 - (a) het gevolg is van een Geval van Uitstel, een Geval van Vergoeding of een Geval van Overmacht; of
 - (b) een Grond voor Onmiddellijke Beëindiging is.
- *Wijziging Opdrachtnemer* (zie hierover onderdeel 10.2.2 van deel II van het DBFM-handboek)
- *Wijziging Overheid* (zie hierover onderdeel 10.2.1 van deel II van het DBFM-handboek)

153. De betekenis van deze begrippen wordt hieronder in het overeenstemmende deel besproken. De begrippen zijn echter afhankelijk van de aard het project en kunnen dus nog gewijzigd worden.

HOOFDSTUK 3: DE VERPLICHTINGEN VAN DE PROJECTVENNOOTSCHAP: D, B, F, M

3.1. Algemeen

154. Hierboven is reeds uiteengezet dat de kernverplichtingen van de projectvennootschap in een DBFM-formule uit het ontwerpen, het bouwen, het financieren en het onderhouden van een bepaalde infrastructuur bestaan.

155. Met een DBFM-overeenkomst “koopt” de overheid beschikbaarheid van publieke infrastructuur in bij de Opdrachtnemer. De prestatie is volledig door de Opdrachtnemer beïnvloedbaar, maar wordt gespecificeerd in het Programma van Eisen, waarin de functionele specificaties zijn vastgesteld.

156. 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 de infrastructuur gedurende de volledige duurtijd van de overeenkomst tegen een minimale kost aan de beschikbaarheidsvoorwaarden blijft beantwoorden. De ontwerpopdracht vangt overigens meestal in de aanbestedingsfase aan. Niet zelden worden offertes van gegadigde kandidaten ook op basis van de kwaliteit van het ontwerp beoordeeld.

157. Door de ontwerp- en bouwverantwoordelijkheid in handen van de Opdrachtnemer te bundelen, staat de Opdrachtnemer ook in voor de veiligheids- en arbeidsomstandigheden⁹, 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 de verantwoordelijkheid niet alleen de financiering te voorzien, maar ook 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.

3.2. De onderhoudsverplichting van de Opdrachtnemer

158. De onderhoudsverplichting van de Opdrachtnemer vergt bijzondere aandacht.

159. In DBFM-overeenkomsten wordt bedongen 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 10 jaar tot zelfs 40 jaar variëren. Dit onderhoud behelst zowel het gewoon onderhoud, als het groot onderhoud waarbij vervangingsinvesteringen moeten worden gemaakt. Hierin verschillen DBFM-projecten fundamenteel van de klassieke overheidsopdrachten voor werken. In dat geval is de Opdrachtnemer gedurende de waarborgtermijn (meestal 1 of 2 jaar) verplicht het werk in goede staat of in goede werking te herstellen of te houden.

⁹ Deze verplichtingen zijn, minstens in hun principe, ook terug te vinden in de Algemene Aannemingsvoorwaarden;

160. Zowel aan overheidszijde als aan private zijde is de ervaring met onderhoudscontracten over een lange periode beperkt. Het vereiste onderhoudsniveau zoals bepaald in de outputspecificaties ligt vaak heel hoog. Zo wordt van de Opdrachtnemer verwacht dat hij heel snel tot vervanging van bepaalde onderdelen overgaat, dat de onderhoudsinspecties met een heel hoge frequentie gebeuren, etc. Dit streven naar kwaliteit betekent dat de onderhoudsaannemer van het consortium een onderhoudsniveau moet garanderen dat in wezen vaak veel hoger ligt dan het onderhoud dat door de Overheid zelf zou zijn uitgevoerd. Het spreekt voor zich dat dit een prijsverhogend effect heeft. Het is dus belangrijk dat de onderhoudsbehoeften van de Overheid om de beschikbaarheid van de infrastructuur te garanderen met zin voor realiteit gedefinieerd worden. Daarbij moet specifieke aandacht worden besteed aan het voorwerp van het onderhoud (vb. eigenaars- of huurdersonderhoud), de duurtijd van de onderhoudsperiode, de service levels, de verantwoordelijkheden met betrekking tot inspecties en controles, de mechanismen voor prijssherziening en de overdrachtseisen, etc.

161. 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 dit moet gebeuren en (4) hoeveel dit zal kosten is een risico dat bij de Opdrachtnemer ligt. Het is in beginsel niet aan de Overheid om hierin tussen te komen. Alhoewel de Overheid het gewenste dienstverleningsniveau als een outputspecificatie omschrijft, moet een Overheid zich voldoende ruimte voor onderhandeling en alternatieven met betrekking tot het onderhoud aan de Opdrachtnemer laten. Vooral het onderhoudsonderdeel van de DBFM-overeenkomst laat de Opdrachtnemer toe een optimale prijs-kwaliteitsverhouding na te streven.

De Overheid moet het onderhoudsniveau vastleggen. Hoge onderhoudseisen werken sterk kostenverhogend. Een open onderhandeling over het onderhoudsniveau, rekening houdend met de kostprijs, is zeker aan te raden.

HOOFDSTUK 4: DE CONTRACTDUUR

162. De DBFM-overeenkomst moet de contractduur specificeren. Doorgaans valt de totale contractduur uiteen in een bouw en een beschikbaarheids of – onderhoudsfase. De keuze voor de contractduur ligt bij de Overheid. De Overheid zal daarbij haar kosten principieel over de normale levensduur van de infrastructuur (*whole life cost*) spreiden. Meestal wordt daarbij gewerkt met een periode van 25 à 30 jaar. De realisering van infrastructuur die vlugger aan vervanging toe via DBFM-projecten, is daarom minder geschikt. Ook andere elementen zoals de restwaarde, de financieringsmogelijkheden voor de Opdrachtnemer of andere beleidsdoelstellingen worden bij het bepalen van de duurtijd van de overeenkomst in acht genomen. Bovendien wordt er meestal van uitgegaan dat –door het frequent groot en extern onderhoud– na de contractduur de infrastructuur nog goed bruikbaar is.

163. De Overheid moet vooraf bepalen of de contractduur van de beschikbaarheidsfase vast en invariabel is, dan wel variabel of flexibel is. In het eerste geval houdt de Overheid geen rekening met de werkelijke datum van aanvang van de beschikbaarheidsfase. Indien 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 vanaf de werkelijke datum van beschikbaarheid van de infrastructuur een aanvang. Een vaste of inflexibele contractsduur zet dus een zeer grote druk op de Opdrachtnemer om de infrastructuur tijdig beschikbaar te stellen. Indien de infrastructuur niet tijdig ter beschikking is, zal de Opdrachtnemer niet alleen geen beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen, maar zal bovendien de contractsduur de facto verminderen. De Opdrachtnemer zal in het totaal niet alleen later, maar ook minder beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen.

Een eenvoudig voorbeeld illustreert dit. Indien een DBFM-overeenkomst in een bouwphase van drie jaar en een beschikbaarheidsfase van 15 jaar met jaarlijkse vergoedingen voorziet, kan de Opdrachtgever vanaf het jaar $N + 3$ in het totaal 15 beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen. Indien de bouwphase een jaar extra in beslag neemt, zal de Opdrachtgever pas vanaf het jaar $N + 4$ betaald worden. Aangezien de Contractsduur 15 jaar blijft, zal de Opdrachtnemer bovendien slechts 14 i.p.v. 15 beschikbaarheidsvergoedingen ontvangen. De duur van de bouwphase bij contracten met een vaste of inflexibele duur van de beschikbaarheidsfase zal daarom het voorwerp van harde onderhandelingen tussen de Overheid en de kandidaten uitmaken. De kandidaten zullen argumenteren dat, aangezien een late beschikbaarheid reeds zwaar gesanctioneerd wordt door de verminderde ontvangst van beschikbaarheidsvergoedingen, de Overheid niet nog eens boetes voor late beschikbaarheid kan voorzien¹⁰. Dat zou immers een dubbele sanctie (*double indemnity*) uitmaken. In sommige gevallen heeft de Overheid dit soort discussies uitgeschakeld door de kandidaten zelf de uitvoeringstermijn van de bouwphase te laten bepalen, zonder dat dit een gunningscriterium is. De Overheid gaat er dan van uit dat het prijsverlagend effect van een lange bouwphase en het vaste of invariabel karakter van het aantal beschikbaarheidsvergoedingen dat gedurende de beschikbaarheidsfase wordt betaald, een voldoende garantie bieden dat de Opdrachtnemer een optimale uitvoeringstermijn (niet te kort, niet te lang) zal voorstellen. De Overheid zal ook moeten beslissen of zij, in geval van vervroegde beschikbaarheid, een bonus zal aanbieden doordat de Opdrachtnemer reeds vanaf dat ogenblik aanspraak op een (bijkomende) beschikbaarheidsvergoeding kan maken.

De contractduur wordt hoofdzakelijk bepaald door de normale levensduur van de infrastructuur. Of de duurtijd van de beschikbaarheidsfase vast of variabel is, wordt project per project vastgelegd.

HOOFDSTUK 5: DE OUTPUTSPECIFICATIES: BESCHIKBAARHEIDSEISEN, VOLTOOIINGSEISEN EN OVERDRACHTSEISEN

5.1. Inleiding

164. De Overheid betaalt gedurende de duurtijd van de overeenkomst voor de beschikbaarheid van de gebouwde infrastructuur. Die infrastructuur wordt als beschikbaar beschouwd indien zij aan vooraf door de Overheid vastgestelde eisen voldoet. De Opdrachtnemer heeft gedurende de bouwphase in beginsel een grote vrijheid om de wijze te kiezen waarop die beschikbaarheid wordt gegarandeerd. De integratie ontwerp, bouw, financiering en onderhoud in één DBFM-overeenkomst moet er toe 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.

¹⁰ Zie hierover onderdeel 6.3.2. van deel II van het DBFM-handboek;

165. Die werkwijze verschilt heel erg van de werkwijze bij klassieke overheidsopdrachten. In de klassieke overheidsopdrachten legt de Overheid in een technisch lastenboek op gedetailleerde wijze aan de Opdrachtnemer op hoe de infrastructuur gebouwd moet worden. Bij DBFM-projecten legt de Overheid enkel eisen op waaraan de infrastructuur moet voldoen. Binnen de grens van die eisen wordt aan de Opdrachtnemer een belangrijke vrijheid gelaten. Meer bepaald moet 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* dit moet worden bereikt. Het verschil met de klassieke overheidsopdrachten heeft als gevolg dat de DBFM-overeenkomst op heel wat vlakken van de Algemene Aannemingsvoorwaarden afwijkt. Zo moet bijvoorbeeld geen opmetingsstaat bij de offerte worden opgemaakt en moeten ook geen verrekeningen worden doorgevoerd omwille van zgn. regularisaties van vermoedelijke hoeveelheden, meerwerken of minwerken. De outputgerichte aanpak van DBFM-projecten zorgt ervoor dat de Overheid zich niet in detail met de bouwpreis mengt. Enkel de in de DBFM-overeenkomst contractueel voorziene mechanismes zoals de prijsherzieningsformule, de wijzigingsprocedure etc. zijn nog van tel.

166. Het voorschrijven van het vereiste outputniveau 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.

167. De outputspecificaties omvatten drie soorten eisen: de eisen die de beschikbaarheid definiëren (de beschikbaarheidseisen, soms ook de openstellingseisen genoemd), de eisen die aangeven dat de bouw van de infrastructuur af is (voltooiingseisen) en de eisen waaraan de infrastructuur moet voldoen op het einde van de overeenkomst (de overdrachtseisen). In wat volgt gaan we dieper op deze verschillende outputspecificaties in. .

De beschikbaarheidseisen:	De eisen waaraan de infrastructuur moet voldoen om beschikbaar te worden gesteld. Deze eisen worden soms de “openstellingseisen” genoemd. Het vervullen van deze eisen leidt tot de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding.
De voltooiingseisen:	De eisen waaraan de infrastructuur moet voldoen om als volledig voltooid te worden beschouwd..
De overdrachtseisen:	De eisen waaraan de infrastructuur op het einde van de DBFM-overeenkomst moet voldoen.

5.2. De formulering van de projectdefinitie en de outputspecificaties

168. 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 invulling van de te leveren output in hun offerte (en later in de overeenkomst) gedetailleerd gaan invullen.

169. De opdrachtgevende Overheid moet er over waken dat wijze waarop zij aan outputspecificaties vasthoudt, niet star is en geen afbreuk doet aan de efficiëntiemeerwaarde die de kandidaten kunnen

bieden. In de loop van de gunningsprocedure moeten de private partners daarom de gelegenheid worden geboden, tijdens consultatierondes of onderhandelingsmomenten, om aanmerkingen of alternatieven van de outputspecificaties van de Overheid kenbaar te maken.

170. Uiteraard is een volkomen outputgericht sturen niet altijd haalbaar. De dienstverlening in het kader van PPS-projecten is immers vaak een uitoefening van 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 van de outputspecificaties.

5.3. De beschikbaarheidseisen

171. 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 definiëren wat onder beschikbaarheid en onbeschikbaarheid wordt begrepen.

172. De realisatie van het bouwproject moet door de Opdrachtnemer in overeenstemming met de beschikbaarheidseisen gebeuren. De Overheid zal, na afloop van de bouwwerkzaamheden, aan de hand van de beschikbaarheidseisen beoordelen of de infrastructuur beschikbaar is. Wanneer de Overheid oordeelt dat aan de beschikbaarheidseisen is voldaan, wordt een beschikbaarheidscertificaat afgeleverd. De dag waarop het beschikbaarheidscertificaat wordt afgeleverd is de beschikbaarheidsdatum. De afgifte van het beschikbaarheidscertificaat 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 eens de openstellingseisen genoemd.

173. In de DBFM-overeenkomst of in één van de bijlagen wordt een gedetailleerde procedure voorgeschreven om na te gaan of de infrastructuur aan de beschikbaarheidseisen voldoet. Deze controleprocedure vertoont gelijkenissen met bij de klassieke opleveringsprocedure in de bouw maar de rechtsgevolgen ervan zijn verschillend. Voor de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat aan de Opdrachtnemer, moet de Opdrachtnemer aan de Overheid een rapport overhandigen waaruit blijkt dat aan de beschikbaarheidseisen is voldaan. De Opdrachtnemer moet de Overheid ook alle andere documenten die vereist zijn alvorens de infrastructuur open te stellen overhandigen. De Overheid en de Opdrachtnemer doen daarna samen een rondgang, waaruit moet blijken of de infrastructuur conform de eisen werd gebouwd. Na de rondgang wordt ofwel het beschikbaarheidscertificaat afgeleverd, ofwel een proces-verbaal van weigering opgemaakt. In het laatste geval dient de Opdrachtnemer ervoor zorgen dat de infrastructuur binnen de hiertoe door de Overheid vastgestelde of contractueel bepaalde termijn, alsnog aan de beschikbaarheidseisen voldoet.

174. De rechtsgevolgen van de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat verschillen van de gevolgen van de oplevering die in de Algemene Aannemingsvoorwaarden 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 de Opdrachtnemer gedurende de volledige contractsduur voor de beschikbaarheid van de infrastructuur instaat, staat de Opdrachtnemer ook voor de daaraan verbonden risico's in. Zijn aansprakelijkheid zal zich over de volledige contractsduur uitstrekken. Vanuit die gedachte wil men zoveel als mogelijk interferentie tussen de begrippen beschikbaarheidscertificaat en voorlopige oplevering vermijden. Dit verklaart het onderscheid tussen een beschikbaarheidscertificaat en proces-verbaal van voorlopige oplevering in de zin van de Algemene Aannemingsvoorwaarden.

Het realiseren van de beschikbaarheidseisen leidt de start van de beschikbaarheidsperiode in. Alhoewel gelijkend, is er een duidelijk verschil met de voorlopige oplevering, vooral qua rechtsgevolgen.

175. Gedurende de looptijd van het contract moet de Opdrachtnemer aan de beschikbaarheidseisen voldoen. Dit impliceert dat de Opdrachtnemer zijn onderhoud zo moet realiseren dat de beschikbaarheid van de infrastructuur voortdurend wordt gegarandeerd. Het betalingsmechanisme stuurt die garantie. Wanneer de gebouwde infrastructuur niet beschikbaar is, legt de Overheid aan de Opdrachtnemer boetepunten op. Dit leidt tot prestatiekortingen of onbeschikbaarheidsvergoedingen die op de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding worden afgehouden. Hierover is te verwijzen naar onderdelen 6.3. en 6.4. van dit deel van het DBFM-handboek. Aangezien de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding zal afhangen van de mate waarin aan deze beschikbaarheidseisen zijn tegemoetgekomen, is het voor de Opdrachtnemer van het grootste belang dat de beschikbaarheidseisen objectief, meetbaar en redelijk zijn en geen onbereikbare vereisten stellen.

176. 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. Dit 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.

5.4. De voltooiingseisen

177. Voor bepaalde projecten wordt een onderscheid tussen beschikbaarheidseisen en de voltooiingseisen gemaakt. Het belang van dit onderscheid is eerder van technische aard. Soms is het wenselijker om de infrastructuur voor gebruik open te stellen omdat zij 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 zij als voltooiingseisen omschreven.

178. In de periode tussen de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat en de afgifte van het voltooiingscertificaat kan de Opdrachtnemer daarom aan de voltooiing van de werkzaamheden werken 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 voltooiën. 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 ook in een vertragingsboete wegens laattijdige voltooiing worden voorzien.

179. Zoals het geval met de beschikbaarheidseisen is, 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.

5.5. De problematiek van het “niet-configuratiedeelte”

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

181. Een voorbeeld van die aanpak is een DBFM-overeenkomst voor de aanleg van een autosnelweg. In het traject van de autosnelweg is ook de aanleg van een brug over een kanaal voorzien. 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.

182. Het onderscheid tussen de verplichtingen van de onderaannemer voor de twee onderdelen 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 mogelijks ook niet voor het ontwerp. Daarom maakt de Overheid het onderscheid tussen het configuratiedeelte en het niet-configuratiedeelte. Het configuratiedeelte is het hoofdbestanddeel van de aan te leggen bouwwerken. Het voorwerp van het configuratiedeelte valt onder de eigenlijke DBFM-overeenkomst in haar geheel.

Voor het niet-configuratiedeelte zal het beschikbaarheidscertificaat als proces-verbaal van voorlopige oplevering in de betekenis van de algemene Aannemingsvoorwaarden gelden. Het voltooiingscertificaat geldt dan als de definitieve oplevering van de niet-configuratiedelen.

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

5.6. De overdrachtseisen

183. De Opdrachtnemer moet gedurende de volledige duurtijd van de DBFM-overeenkomst de infrastructuur beschikbaar te houden op een wijze die aan de outputspecificaties 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 zij het hoogste rendement halen berekend op de duur van het contract. De Overheid riskeert dan bij de overdracht van de infrastructuur aan de Overheid grote vervangingsinvesteringen moeten worden uitgevoerd. Zo kan de Opdrachtnemer kiezen voor verwarmingsketels waarvan de levensduur rond de 30 jaar wordt geschat. Indien het schoolgebouw binnen 30 jaar aan de inrichtende macht wordt overgedragen, loopt deze het risico dat zij meteen de verwarmingsketel zal moeten vervangen.

184. Om te voorkomen dat aan het einde van de onderhoudsverplichting van de Opdrachtnemer de Overheid met investeringsbehoeftige infrastructuur wordt opgezadeld, worden door de Overheid zogenaamde overdrachtseisen geformuleerd. De overdrachtseisen worden zo geformuleerd, dat de infrastructuur na afloop van de DBFM-overeenkomst aan een soort “basisonderhoudsniveau” voldoet. Die eisen moeten waarborgen dat de Opdrachtnemer een bouwproject aan de Overheid teruggeeft dat bruikbaar blijft. Hiermee wordt voorkomen dat de Opdrachtnemer het werk verwaarloost eens dat het beoogde rendement behaald werd. De boetepunten die gelden indien de overdrachtseisen niet gehaald werden, moeten voldoende hoog zijn om te garanderen dat de Opdrachtnemer aan die eisen beantwoordt.

185. 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. Indien de overdrachtsgarantie niet zou worden gesteld kan de Overheid de beschikbaarheidsvergoedingen die voor de laatste zes maanden verschuldigd zijn nog inhouden.

186. De Overheid kan de Opdrachtnemer ook verplichten om op het einde van de rit vervangingsinvesteringen te doen. Bijvoorbeeld kan worden opgelegd dat de Opdrachtnemer verplicht is aan het einde van de DBFM-Overeenkomst de centrale verwarmingsinstallaties van een gebouw te vervangen omdat de economische levensduur hiervan is verstreken. Die zware verplichtingen voor de Opdrachtnemer aan het einde van de DBFM-overeenkomst moeten voldoende vergoed worden. De Overheid kan daarvoor een afzonderlijke vergoeding of het betalen van een restwaarde voorzien 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.

187. Met het oog op de overdracht moeten de Overheid en de Opdrachtnemer de infrastructuur opnieuw gezamenlijk inspecteren. Een dergelijk inspectie verloopt in verschillende inspectierondes,

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.

188. Als de infrastructuur op de einddatum aan de overdrachtseisen voldoet, moet de Overheid het overdrachtscertificaat aan de Opdrachtnemer afgeven. In het omgekeerde geval wordt een proces-verbaal van weigering opgesteld.

HOOFDSTUK 6: PROJECTVERLOOP - FASERING

6.1. De periode tot het aanvangsbevel

189. Na de contractsluiting kan de Opdrachtnemer met de bouwwerkzaamheden niet zomaar aanvangen. Tussen de contractdatum en de aanvangsdatum ligt een periode waarin de Opdrachtnemer aan een aantal voorafgaandelijke verplichtingen moet voldoen. Deze voorafgaandelijke verplichtingen nemen meestal (maar niet steeds) de vorm van opschortende voorwaarden aan, dit wil zeggen dat niet het bestaan maar wel de inwerkingtreding van de DBFM-overeenkomst van het vervullen van die verplichtingen afhankelijk wordt gemaakt:

- Een weerkerende verplichting is het bekomen van een sluitende financiering. Dit betekent dat de Opdrachtnemer garanties biedt wat de eigen financiering betreft en met externe financiers financieringsovereenkomsten aangaat (de zgn. Financial Close). Voor het belang van deze voorwaarde wordt verwezen nr. onderdeel 2.6 van Deel I van het DBFM-handboek.
- Meestal moet de Opdrachtnemer voorafgaand aan het aanvangsbevel de nodige bankgaranties stellen, die financieel waarborgen dat de Opdrachtnemer zich tot een goede uitvoering van het project verbindt. Hierover is te verwijzen naar onderdeel 10.2 van dit deel van het DBFM-handboek.
- Doorgaans zal de Opdrachtnemer ook moeten aantonen dat hij aan zijn verzekeringsplicht heeft voldaan, dit wil zeggen 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.

190. In de DBFM-overeenkomst zal eveneens voorzien worden dat de Opdrachtnemer, voorafgaand aan het aanvangsbevel, een aantal andere overeenkomsten voorlegt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de reeds gecontracteerde of bekende onderaannemers, waarvan contractueel zal voorzien zijn dat de getekende overeenkomsten voorgelegd worden. In de DBFM-overeenkomst zal meestal een geschillenbeslechtscommissie voorzien zijn. In de voorfase zullen de leden van de commissie aangeduid worden. De DBFM-overeenkomst zal ook voorzien dat vóór het aanvangsbevel gegeven wordt, de nodige (primaire) vergunningen afgeleverd zijn. Het betreft in hoofdzaak de bouw- en de milieuvergunningen. Of de Overheid zelf dan wel de Opdrachtnemer de vergunningen aanvraagt en

hoe de samenwerking terzake verloopt, wordt best in de DBFM-overeenkomst (of al in de gunningsleidraad) zelf gedetailleerd bepaald (cf. randnummers 137 e.v.).

191. 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. Hierover wordt verwezen naar onderdeel 13.2 van dit deel van het DBFM-handboek over de gronden voor beëindiging van de DBFM-overeenkomst.

192. Ook de Overheid speelt een rol in deze fase. De 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 van een ander zakelijk recht, zoals een opstalrecht of een erfpachtovereenkomst, zijn.

193. Het resultaat daarvan is dat de Overheid moet garanderen over de nodige zakelijke rechten om met de werken te kunnen aanvangen te beschikken. In sommige gevallen heeft de Overheid voorafgaand aan het project nog geen definitieve grondpositie ingenomen. De Overheid moet die grondpositie nog verwerven, daarover afspraken met andere overheden maken of private eigenaars onteigenen.

194. Aangezien de Overheid eigenaar van de gronden is en de Opdrachtnemer op die gronden geen rechten heeft, is het gebruikelijk dat de Overheid zelf de voor het project benodigde vergunningen bekomt, de zogenaamde primaire vergunningen. Deze verplichting vindt men ook terug in artikel 25, §2 van de AAV dat bepaalt dat de “principiële toelatingen” die voor de uitvoering van de opdracht zelf nodig zijn, door de Overheid moeten worden bezorgd. Een voorbeeld hiervan is de stedenbouwkundige vergunning.

195. De Overheid zal in deze fase moeten bepalen of zij twee delicate risico's voldoende onder controle heeft :

- Een eerste risico is het risico dat de basisvergunningen weliswaar verkregen zijn maar de uitvoerbaarheid van die vergunningen nog onzeker is omdat zij door belangengroepen of omwonenden voor de Raad van state of de burgerlijke rechter worden aangevochten.
- Een tweede risico is dat de gunningsbeslissing, dit wil zeggen de beslissing de overeenkomst met de Opdrachtnemer te sluiten, of een daaraan voorafgaande beslissing door een concurrent van de Opdrachtnemer voor de Raad van State of de burgerlijke rechter wordt aangevochten.

196. Het verdient aanbeveling dat de Overheid in elk van die gevallen het recht wordt toegekend, de inwerkingtreding van de DBFM-overeenkomst van een eerste beoordeling door de rechter afhankelijk te maken. Indien die betwisting lang aansleept moet het contract de Overheid de mogelijkheid bieden de DBFM-overeenkomst te sluiten of van de overeenkomst af te zien.

197. Indien de Overheid de DBFM-overeenkomst sluit moet worden bepaald wat er gebeurt indien 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 in het geval de Overheid de overeenkomst ingevolge overmacht moet beëindigen. Zie hierover onderdeel 13.7.3.

Tussen het sluiten van de overeenkomst en de start van de werken, moeten een aantal opschortende voorwaarden vervuld worden. Een deel van deze voorwaarden berusten bij de Opdrachtnemer, andere bij de Overheid. Een duidelijke afspraak ingeval van juridische betwisting is aan te bevelen.

6.2. De periode tussen het aanvangsbevel en beschikbaarheidscertificaat

198. Eenmaal alle voorwaarden zijn vervuld, wordt het aanvangsbevel gegeven en kan de Opdrachtnemer met het ontwerp en/of de bouw van de infrastructuur starten. De Opdrachtnemer krijgt het beheer over het bouwterrein en staat in voor alle bouwtechnische verplichtingen tot aan de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat. De Opdrachtnemer moet bij de uitvoering van de werkzaamheden het managementplan naleven en door zijn onderaannemers doen naleven. Hij moet de nodige maatregelen nemen die noodzakelijk zijn om de veiligheid te kunnen waarborgen van de personen die zich op het bouwterrein bevinden. De Opdrachtnemer moet er bovendien voor zorgen dat hij voldoet aan de wettelijke verplichtingen m.b.t. bouwwerkzaamheden, verkeersveiligheid, arbeidsomstandigheden, het welzijn van de werknemers, etc.

199. Wanneer de Opdrachtnemer meent dat de infrastructuur aan de beschikbaarheidseisen voldoet, moet hij een rapport aan de Overheid overhandigen. De Overheid gaat na of aan de eisen is voldaan. Als blijkt dat de infrastructuur niet aan de noden voldoet, wordt aan de Opdrachtnemer een PV 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 deze afwijkingen binnen een uiterst korte termijn te verhelpen. Deze mogelijkheid bestaat wanneer de Overheid bij zijn rondgang slechts afwijkingen van niet-essentiële voorwaarden van de beschikbaarheidseisen vaststelt.

200. 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.

6.3. De periode vanaf het beschikbaarheidscertificaat tot en met de einddatum

201. Vanaf de beschikbaarheidsdatum, d.i. de datum waarop het beschikbaarheidscertificaat wordt afgeleverd, vangt de onderhoudsfase 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 verbindt om alle herstellings-, onderhouds-, herbouw-, instandhoudings-, vervangings- en andere werken uit te

voeren die vereist zijn, opdat de infrastructuur steeds aan de outputspecificaties en de regelgeving zou voldoen.

202. Afhankelijk van het project kan de Overheid nog een aantal nevenverplichtingen opleggen, dit 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 om vandalisme te voorkomen.

203. 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 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.

6.4. De overdracht

204. Een DBFM-overeenkomst neemt een einde na een periode van 10 tot 40 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.

205. 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. Enkel 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.

206. Aan de definitieve oplevering of overdracht van de niet-configuratiedelen van de infrastructuur gaat aan de overdracht geen onderhoudsperiode vooraf. In dat geval worden deze delen op het moment van de definitieve oplevering. De Overheid legt in dat geval een waarborgperiode van één of twee jaar op. Gedurende de waarborgtermijn moet de Opdrachtnemer, naargelang van de vereisten, aan het buiten-configuratiegedeelte, al de nodige werken 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.

HOOFDSTUK 7: HET BETALINGSMECHANISME

7.1. Algemeen

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

208. 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 zij “meetbaar” zijn. De controleerbaarheid van de outputspecificaties is essentieel nu de naleving ervan de betaling (of niet-betaling) van de beschikbaarheidsvergoedingen als gevolg heeft.

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

- Betalingen gebeuren enkel vanaf de beschikbaarheid (d.i. de verplichting van de Opdrachtnemer om de infrastructuur tijdig ter beschikking te stellen)
- Betalingen gebeuren enkel 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)

210. De beschikbaarheid en het niveau van die beschikbaarheid zijn de twee cruciale aansturingsfactoren. Het betalingsmechanisme moet aan de private Opdrachtnemer voldoende prikkels geven om de beschikbaarheidseisen en het kwaliteitsniveau te halen. Indien 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 aangezet worden om op een attente manier problemen die de beschikbaarheid in het gedrang brengen op te lossen.

211. 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. Zij moeten met de aard van de tekortkoming rekening houden.

212. De Opdrachtnemer wordt periodiek volgens het betalingsmechanisme betaald. Het betalingsmechanisme 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.

213. De Overheid kan in twee soorten situaties de beschikbaarheidsvergoeding verminderen.

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

215. Een tweede situatie die tot een vermindering van de vergoeding kan leiden, is de situatie waarin de Opdrachtnemer zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, zonder de beschikbaarheid van de infrastructuur evenwel in het gedrang te brengen. Deze tekortkomingen worden in boetepunten omgezet, die dan weer de grootte van de korting op de beschikbaarheidsvergoeding bepaalt. 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 van de beschikbaarheidsvergoeding afgehouden.

216. Het toepassen van kortingen resulteert in het bedrag dat de Overheid uiteindelijk aan de Opdrachtnemer moet betalen, de Netto Beschikbaarheidsvergoeding. Dit bedrag komt overeen met de Bruto Beschikbaarheidsvergoeding vermindert met 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.

7.2. Het belang van het opzetten of “calibreren” van het betalingsmechanisme

217. Het opzetten van het betalingmechanisme 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 het “calibreren” genoemd. Het veronderstelt zowel een grondige technische als financiële kennis

218. Het functioneren van het betalingsmechanisme wordt afhankelijk gemaakt van heel wat parameters. De Overheid moet verschillende “variabelen” bij het calibreren van het betalingsmechanisme invullen:

- de outputspecificaties en meerbepaald 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;
- etc.

219. 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. Het opleggen van prestatiekortingen 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 de Opdrachtnemer kan 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 “*ratchet*”-clausules verbonden worden. Dergelijke *ratchets* hebben tot gevolg dat indien een lichte tekortkoming zich herhaaldelijk voordoet, de sanctie telkens verzwakt.

Het gewenste evenwicht wordt – minstens theoretisch – bereikt, wanneer door boetes betalen de Opdrachtnemer slechter uitkomt dan zijn plicht na te komen en wanneer het betalen van onvermijdbare boetes de economische leefbaarheid van de Opdrachtnemer niet hypothekeert.

220. Een aantal aandachtspunten kunnen daarbij niet onbesproken blijven.

221. 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 zij weergeven wat de Overheid verlangt. Indien een sanctie niet zwaar genoeg is, kan een Opdrachtnemer ervoor kiezen niet te presteren. Indien de sanctie niet realistisch en haalbaar 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. Dit geldt alleszins indien 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. Dit leidt voor de Opdrachtnemer tot een hoog risico op sanctionering. De 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.

222. Een tweede aandachtspunt bij het opstellen van een betalingsmechanisme is het belang die de Overheid moet hechten aan een redelijke hersteltermijn wanneer de Opdrachtnemer contractueel in gebreke is gebleven en/of de infrastructuur gebreken vertoont. Bij het herstellen van de tekortkoming binnen die hersteltermijn kan de Opdrachtnemer immers een sanctie voorkomen. Indien zo'n hersteltermijn wordt opgelegd, moet de Overheid er op letten dat de Opdrachtnemer over een uitdagende, maar realistische termijn kan beschikken. Indien een Opdrachtnemer die instaat voor het onderhoud van wegeninfrastructuur 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 moeten een noodoplossing de Opdrachtnemer toelaten zich aan een sanctie te onttrekken wanneer dat

de tekortkoming voorlopig hersteld wordt en dan binnen een bepaalde periode het voorwerp van definitief herstel uitmaakt.

223. Een derde aandachtspunt die de Overheid bij het calibreren van een betalingsmechanisme in acht moet nemen is de “zwaarte” van de sancties die zij oplegt. De zwaarte ligt niet alleen in de hoogte van de sanctie, maar ook in het aantal en de frequentie ervan. In die zin kan de Overheid ervoor kiezen om het maximum aantal 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 het aantal tekortkomingen waarvoor reeds het maximum aantal 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 op basis van “*value for money*” gerechtvaardigd kunnen worden.

224. Het maximumbedrag dat van de beschikbaarheidsvergoeding kan worden afgetrokken is in de regel 100% van dat bedrag. Het betalingsmechanisme zou onevenwichtig zijn opgesteld, indien de mogelijkheid wordt voorzien om de Opdrachtnemer meer dan 100 % van de beschikbaarheidsvergoeding te doen betalen. Dit is wat in het jargon een “*carry forward*” wordt genoemd. Boetes worden, op grond van dat mechanisme, ook van toekomstige beschikbaarheidsvergoedingen afgehouden. Een carry forward kan echter een pervers effect hebben. Indien de Opdrachtnemer het gewicht van tekortkomingen uit het verleden blijft meeslepen kan dit een sneeuwbaaleffect hebben en kan de Opdrachtnemer 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. Het doorschuiven naar volgende periodes (carry forward) wordt afgeraden.

7.3. Betalingen en sancties tot aan de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat

7.3.1. De betaling van mijlpaalvergoedingen of bouwsommen

225. Normaal gezien betaalt de Overheid geen enkel kapitaalsom aan de Opdrachtnemer tot op het moment dat de werkzaamheden beëindigd zijn en het beschikbaarheidscertificaat is afgeleverd. In een DBFM-project betaalt de Overheid enkel voor de beschikbaarheid van de infrastructuur.

226. In uitzonderlijke omstandigheden echter, wil de Overheid niettemin dergelijke kapitaalsommen betalen. Deze vergoedingen kunnen in de vorm van forfaitaire betalingen aan de private Opdrachtnemer gebeuren. Die mijlpaalvergoedingen worden gelinkt aan een bepaald moment, waarbij een deel van de infrastructuur als afgewerkt wordt beschouwd. Zij kunnen ook aan bepaalde stappen in het bouwproces worden verbonden. Mijlpaalvergoedingen zullen door de Overheid bijgevolg op in de

DBFM-overeenkomst te definiëren betaalmomenten verschuldigd zijn. Die betaalmomenten vallen in de praktijk samen met de realisering van een bouwtechnisch geheel, zoals de afwerking van een rondpunt, een brug, de ruwbouw van een schoolgebouw, etc.

227. Een tussentijdse betaling heeft –als het al niet *de iure* is, dan toch *de facto*- tot gevolg dat een deel van de infrastructuur als afgewerkt wordt beschouwd. Daarom verdient het aanbeveling dergelijke betaling enkel te doen voor een deel van de infrastructuur dat als een afzonderlijk geheel kan worden beschouwd. Zij mag slechts een beperkte impact op de vordering van de rest van de werken hebben.

228. De Overheid moet ook in acht nemen dat ze, bij het betalen van mijlpaalvergoedingen, afstapt van de gespreide betalingen die een DBFM-project kenmerken. Dit betekent dat zij, bij de opmaak van de begroting, rekening moet houden met (soms aanzienlijke) investeringen die onmiddellijk in de boeken worden opgenomen. Vanuit het oogpunt van de ESR-problematiek moet er dus over worden gewaakt dat het betalen van mijlpaalvergoedingen de ESR-neutraliteit niet in het gedrang brengt.

229. 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 de financiering goedkoper wordt. De private partner hoeft immers niet te wachten tot de beschikbaarheid om een deel van de financiering terug te betalen. Een goedkopere financiering zorgt er voor dat de Overheid een lagere beschikbaarheidsvergoeding kan betalen. Door de betaling van een mijlpaalvergoeding te koppelen aan een moment van (gedeeltelijke) voltooiing van het te realiseren project wordt ook bereikt dat de financiële prikkel om tijdig en deugdelijk op te leveren zo groot mogelijk is. De hoogte 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 zoveel mogelijk op het einde van de bouwfase te plannen.

7.3.2. Sanctie bij te late beschikbaarheid en bonus bij vervroegde beschikbaarheid via een vaste einddatum

230. Reeds eerder (cf. randnr. 163) hebben we aangeduid dat laattijdigheid bestraft kan worden en snellere beschikbaarheid beloond kan worden door de duur van de beschikbaarheidsperiode korter of langer te maken. Bij een te late beschikbaarheid ontvangt de Opdrachtnemer pas later dan voorzien beschikbaarheidsvergoedingen. Wanneer de laattijdigheid voor de Overheid een groot probleem is, kan de latere betaling van beschikbaarheidsvergoedingen als sanctionering onvoldoende zijn.

231. Een andere sanctioneringsmethode is daarom het voorzien van een vertragsboete bij laattijdigheid en een bonusvergoeding bij snellere beschikbaarheid. Het combineren van een vertragsboete en een vaste beschikbaarheidsperiode biedt geen aanbeveling, omdat de gecumuleerde impact te groot kan worden.

Als algemene regel mag aangehouden worden dat een systeem waarbij, bij laattijdigheid ook de beschikbaarheidsperiode later start en de einddatum blijft, de voorkeur geniet. Bij versnelde beschikbaarheid start de beschikbaarheidsperiode vroeger en eindigt ze op de voorziene datum.
--

7.3.3. Andere sancties vóór de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat

232. De Overheid kan, naast een te late beschikbaarheid, gebeurtenissen of omstandigheden voorafgaand aan het beschikbaarheidscertificaat definiëren die zij als tekortkomingen beschouwt. De Opdrachtnemer wordt voor die tekortkomingen bestraft.

233. 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.

234. 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.

235. Tenslotte kunnen ook nog 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.

236. De hoogte van de sanctie (in de zin van het aantal boetepunten die worden opgelegd) 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. Nochtans zal in de eerste plaats de Opdrachtnemer hiervan hinder ondervinden. Heel wat van deze verplichtingen leiden tot vertraging, wat vermijdt dat de beschikbaarheidsvergoeding wordt betaald. Daarenboven worden tekortkomingen aan de belangrijkste administratieve verplichtingen en veiligheidsverplichtingen reeds door de wetgever zelf gesanctioneerd (bijvoorbeeld met strafsancities).

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 reeds wettelijk gesanctioneerd.

7.4. Betalingen en sancties vanaf het beschikbaarheidscertificaat

7.4.1. Beschikbaarheidsvergoedingen

237. 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 wordt, wanneer tijdens de bouwphase door de Overheid Mijlpaalvergoedingen betaald werden die de bouwkosten van de Opdrachtnemer vergoeden, ook wel eens de onderhoudsvergoeding genoemd. De beschikbaarheidsvergoeding staat in

Belgische DBFM-overeenkomsten doorgaans los van het effectieve gebruik van de gebouwde infrastructuur.

238. De Overheid betaalt gedurende de volledige contractuele duurtijd een beschikbaarheidsvergoeding aan de Opdrachtnemer. Voldoet de Opdrachtnemer niet aan de beschikbaarheidseisen, dan betaalt de Overheid de beschikbaarheidsvergoeding niet. Voldoet de Opdrachtnemer slechts gedeeltelijk aan de beschikbaarheidseisen, dan betaalt de Overheid een verminderde beschikbaarheidsvergoeding. Van de beschikbaarheidsvergoeding worden dan een aantal bedragen, in de vorm van een beschikbaarheidskorting of een prestatiekorting afgetrokken.

239. De beschikbaarheid wordt niet alleen aan de hand van beschikbaarheid maar ook aan de hand van kwaliteitsniveaureisten gemeten. Zo is een schoolgebouw bij wijze van voorbeeld slechts beschikbaar indien de accommodatie proper, veilig en met functionerende airco e.d.m. beschikbaar is.

7.4.2. Gebruikersvergoeding

240. 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 van het aantal gebruikers van de infrastructuur afhankelijk zijn. De private partner draagt m.a.w. het 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 enkel aan te raden op voorwaarde dat het volume of vraag risico redelijk goed voorspelbaar is. Als deze inkomsten het overgrote deel van de inkomsten uitmaakt, hebben we te maken met een concessie en is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing. Hiervoor verwijzen we naar randnummer. 5.

241. In een gebruikersvergoedingsstelsel zal de opdrachtnemende private partner ertoe worden aangezet om zijn diensten zo goed mogelijk te verlenen opdat het aantal gebruikers van zijn dienst zou toenemen. In sommige gevallen zal de opdrachtgevende Overheid bepaalde minimumwaarborgen ter beheersing van een minimaal volume geven.

242. 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 vele gevallen afhangen van een parkingbeleid dat het ondergronds parkeren ondersteunt.

243. Omdat de levensvatbaarheid van een project dat louter en alleen zou worden gefinancierd door middel van een gebruikersvergoeding in bepaalde projecten onzeker is, kan het DBFM-contract kan in zo'n geval voorzien in een stelsel van vergoeding, waarbij de Overheid aan het projectconsortium een supplementaire betaling doet voor elke gebruiker van de projectinfrastructuur.

7.4.3. De sanctie wegens onbeschikbaarheid van de infrastructuur: de beschikbaarheidskorting

244. Eénmaal de infrastructuur gebouwd is en de Opdrachtnemer zijn onderhoudsverplichting moet nakomen, worden de hierboven vermelde twee soorten sancties om wanprestaties van de Opdrachtnemer te bestraffen, voorzien.

245. Ten eerste wordt de onbeschikbaarheid van de infrastructuur gesanctioneerd. Dit gebeurt via beschikbaarheidskortingen (ook wel een beschikbaarheidscorrectie of onbeschikbaarheidsvergoeding genoemd). Daarnaast wordt ook de niet-nakoming door de Opdrachtnemer van een aantal contractuele verplichtingen die niet tot de onbeschikbaarheid van de infrastructuur leiden, gesanctioneerd. Dit gebeurt via prestatiekortingen. Bovendien kunnen bovenop deze kortingen nog eens verzwaarde boetes geheven worden

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

247. 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 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 niet of onvoldoende werkt 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.

248. Een tweede 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 zoveel als mogelijk de effectieve graad van onbeschikbaarheid weergeven. De hoogte van de beschikbaarheidskorting wordt daarom van verschillende parameters die met de ernst van de onbeschikbaarheid rekening houden, afhankelijk gemaakt. 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 dit gebeurt (dag of nacht, spitsuur of niet), etc... De onbeschikbaarheid wordt voor dergelijke infrastructuur uitgedrukt aan de hand van op basis van “lane rentals” berekende kortingen. Een lane rental is beschikbaarheidswaarde van een weg per uur en geeft dus weer hoeveel waarde de Overheid aan een rijstrook op een bepaald tijdstip hecht. Een beschikbaarheidskorting is bijgevolg de som van de lane rentals van de onbeschikbare rijstroken, maar –in beginsel- na eventuele aftrek van een vrijgesteld bedrag.

249. 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 hoge monitoringskosten voor de Opdrachtnemer impliceren en dus een hogere prijs door de Overheid te betalen.

7.4.4. Sancties voor andere contractuele tekortkomingen: De prestatiekortingen

250. Naast de kortingen voor de verminderde beschikbaarheid, bestaan er ook kortingen die de tekortkomingen door de Opdrachtnemer aan zijn overige contractuele verplichtingen sanctioneert. De Opdrachtnemer is niet alleen verantwoordelijk voor een permanente beschikbaarheid van de

infrastructuur, maar ook voor het behalen van bepaalde kwaliteitsniveaus, het naleven van bepaalde administratieve verplichtingen, etc. Bovenop de beschikbaarheidskorting, zal de DBFM-overeenkomst daarom ook in een “prestatiekorting” voorzien. Een prestatiekorting is de vermenigvuldiging van boetepunten met een forfaitair bedrag per boetepunt. De prestatiekorting wordt van de beschikbaarheidsvergoeding afgetrokken.

251. 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 met tot welke categorie de overtreding behoort. Wanneer een prestatiegebrek terzelfdertijd ook aanleiding tot onbeschikbaarheid geeft, worden voor diezelfde tekortkoming geen bijkomende sanctie opgelegd. De Overheid moet vermijden dat eenzelfde feit twee keer wordt bestraft.

252. Meestal is een onderscheid te maken tussen prestatiegebreken waardoor de infrastructuur niet langer aan de “kritische prestatie eisen” dreigt te voldoen of prestatiegebreken die de “niet-kritische prestatie eisen” in gevaar brengen. De Overheid bepaalt zelf wat zij als kritische of niet-kritische prestatie eisen beschouwt. Het onderscheid tussen beide categorieën ligt in de herstelverplichting van de Opdrachtnemer. Telkens een kritische prestatie eis niet meer wordt gehaald, moet de Opdrachtnemer hiertoe uit eigen beweging maatregelen nemen om dit gebrek zonder verwijl te herstellen. Het niet-naleven van de kritische prestatie eisen wordt doorgaans ook zwaarder bestraft dan de niet-naleving van niet kritische prestatie eisen. Dit betekent dat de overheid voor een overtreding van een kritische prestatie eis, een groot aantal boetepunten vastlegt, dan voor de overtreding van een niet-kritische prestatie eis.

7.5. Bijkomende mechanismen om ondermaats presteren te sanctioneren

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

254. De Overheid kan, bijvoorbeeld, voortdurend de druk op de Opdrachtnemer 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, in een proces-verbaal vastgesteld, dat aan 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.

255. Wanneer de Overheid vaststelt dat de Opdrachtnemer in gebreke blijft kan de Overheid in bepaalde gevallen voorzien dat zij ambtshalve maatregelen kan nemen. Die ambtshalve maatregelen verschillen niet wezenlijk van de ambtshalve maatregelen die in de Algemene Aannemingsvoorwaarden zijn voorzien.

Die maatregelen zijn de volgende:

- het beëindigen van de DBFM-overeenkomst wanneer er zich een grond voor onmiddellijke beëindiging voordoet. Hierover wordt verwezen naar onderdeel 13.7.1. van dit deel van het DBFM-handboek;
- 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 werken.

256. De prijs van deze ambtshalve bevolen maatregelen moet door de Opdrachtnemer aan de opdrachtgever betaald worden. De Opdrachtnemer blijft echter titularis van de DBFM-overeenkomst en het betalingsmechanisme blijft meestal onverkort van toepassing. De Opdrachtnemer betaalt dus weliswaar de werkzaamheden, maar ontvangt ook de beschikbaarheidsvergoedingen voor de beschikbaarheid van de infrastructuur.

257. Indien de DBFM-overeenkomst regeling van ambtshalve maatregelen voorziet, dient die regeling wel rekening te houden met de rechten van de financiers op grond van de directe overeenkomst. Hierover is naar hoofdstuk 14 van dit deel van het DBFM-handboek te verwijzen.

HOOFDSTUK 8: Prijsherziening, benchmarking en market testing

8.1. Algemeen

258. 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 vast ligt. De Opdrachtnemer is in beginsel zelf verantwoordelijk voor de beheersing van zijn kosten. De lange duurtijd van de DBFM-overeenkomst betekent echter ook dat de inschatting van bepaalde risico's tot een te hoge, niet "marktconforme" prijs leidt. Er ontstaat bijgevolg een spanningsveld tussen de lange contractduur en gewenste flexibiliteit. Die flexibiliteit kan via contractuele mechanismen in het contract worden ingebouwd. Als deze contractuele mechanismen, die onvoorziene kostenverhogingen of -verlagingen opvangen, aanwezig zijn, moet de Overheid erop aansturen dat de Opdrachtnemer deze risico's minder in zijn prijs doorrekent. Deze "prijsvariatie"-mechanismen werken evenwel in twee richtingen. De Opdrachtnemer heeft enerzijds een zeker comfort dat hij ook op lange termijn een competitieve vergoeding kan ontvangen die voldoende is en blijft om zijn financiële en operationele kosten te dekken. De Overheid heeft anderzijds ook de garantie dat de lange duur van de DBFM-overeenkomst het initiële voordeel van de marktconcurrentie bij de gunningsprocedure niet volledig teniet doet. Het risico bestaat immers dat de Opdrachtnemer ten tijde van de gunning de goedkoopste kandidaat was, maar dat de diensten die hij levert, en waarvoor de Overheid nog steeds dezelfde vergoeding betaalt, door bepaalde evoluties op een veel goedkopere manier kunnen worden geleverd. Prijsvariatiemechanismen zijn er dus niet enkel om de prijs duurder te maken.

259. Grosso modo zijn er drie mechanismen om de vergoeding in bepaalde omstandigheden aan te passen. Het mechanisme van de prijsherziening vangt toekomstige prijsstijgingen op. De garantie dat

de geleverde diensten blijvend aan marktconforme prijzen worden geleverd worden opgevangen via twee andere technieken, met name “*market testing*” of “*benchmarking*”.

8.2. Prijsherziening

260. Bij contracten die over een lange termijn lopen, evolueren ook de prijscomponenten, overeenkomstig een algemeen of specifiek inflatieritme. De prijsherziening voorziet in de aanpassing van de vergoeding die de Overheid aan de Opdrachtnemer betaalt. Het is immers mogelijk dat het gebrek aan prijsherzieningsmogelijkheden er toe zou leiden dat de Opdrachtnemer zijn verplichtingen niet meer kan nakomen. Om dit probleem in te dekken, is het voorspelbaar dat de aannemersconsortia op het moment van de gunning hogere vergoedingen zullen bedingen. Die vergoeding gaat uit van een inflatieritme over 20 jaar dat (net) boven het gemiddelde ligt. Als de inflatie nog hoger is kan het project in gevaar komen. Als de inflatie lager is, verliest de Overheid. Een eerlijke en correcte prijs-kwaliteit-verhouding levert dit in elk geval niet op. Daarom verdient het aanbeveling in een DBFM-overeenkomst een prijsherzieningsmechanisme te voorzien.

261. Het prijsherzieningsmechanisme moet met de beperkingen van artikel 57 van de wet van 30 maart 1976 betreffende economische herstelmaatregelen rekening houden. Dit betekent dat de voorgestelde prijsherzieningsformule er niet mag toe leiden dat de beschikbaarheidsvergoedingen sneller dan het Belgisch indexcijfer van de consumptieprijzen stijgen. Artikel 57, §2 van de wet van 30 maart 1976 bepaalt bovendien dat de prijsherzieningen slechts mogelijk zijn op een bedrag van maximum 80% van de totale prijs. Een vast deel van minimum 20% van de beschikbaarheidsvergoeding wordt bijgevolg niet aan prijsherziening onderworpen. Het is, tenslotte, verboden om de prijsherzieningsformule te koppelen aan parameters die niet de werkelijke kosten (bvb. materiaalkosten) vertegenwoordigen, zoals het indexcijfer der consumptieprijzen.

262. 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 een samenstelling van vergoedingen voor die verschillende prestaties zoals (minstens gedeeltelijk) de bouwkosten, de financieringskosten, de werkingskosten van de DBFM-vennootschap en de onderhoudskosten.

263. De Opdrachtnemer krijgt daarom in beginsel niet het recht de volledige beschikbaarheidsvergoeding te indexeren. De Overheid kan voorzien in een aanpassing van een vast deel van de beschikbaarheidsvergoeding. De Overheid beperkt dan de mogelijkheid om de vergoeding te herzien tot die componenten van de beschikbaarheidsvergoeding die aan inflatie onderhevig zijn. De investeringskosten (bouw en ontwerp) die niet in de tijd mee evolueren vallen daar in principe niet onder. De onderhoudskosten vallen er traditioneel wel onder.

264. De ontwerp- en bouwfase is in principe van kortere duur dan de onderhoudsfase en daarom ook minder aan prijsstijgingsrisico's onderhevig. De Overheid kan er daarom best voor kiezen om het ontwerp- en bouwrisico volledig bij de Opdrachtnemer te leggen en op de componenten die betrekking hebben op de kosten van voorbereiding, ontwerp en bouw géén prijsherziening toe te laten. Dit geldt zeker wanneer de DBFM-overeenkomsten in de betaling van Mijlpaalvergoedingen door de Overheid voorziet en die Mijlpaalvergoedingen overeenstemmen met de kosten van de bouwfase. In zo'n geval bestaat de “beschikbaarheidsvergoeding” enkel uit componenten die het onderhoud vergoeden en de

werkingskosten van de DBFM-vennootschap. De niet-indexering van de bouwcomponent van de beschikbaarheidsvergoeding kan dus gemilderd worden wanneer er géén of niet met de werkelijke kosten overeenstemmende Mijlpaalvergoedingen betaald worden. De Overheid kan in het bestek opleggen dat de componenten van de beschikbaarheidsvergoeding die op het bouwgedeelte betrekking hebben, verondersteld worden met een jaarlijkse groeifactor -die wordt vastgelegd op een bepaald percentage, bijvoorbeeld 2%- toe te nemen. Het idee van de groeifactor kan worden ingevoerd om ervoor te zorgen dat de beschikbaarheidsvergoedingen van het bouwgedeelte met het Belgische indexcijfer van de consumptieprijsen mee evolueren. Dit is niet strijdig met de Herstelwet van 1976 nu het toepassen van een jaarlijkse groeifactor géén prijssherziening uitmaakt.

265. Een tweede component van de beschikbaarheidsvergoeding (de eigenlijke onderhoudsvergoeding) heeft op het onderhoud betrekking. Het onderhoud loopt over een periode van 20 tot 30 jaar. Het risico op inflatie en prijsstijgingen voor de Opdrachtnemer is in die periode het grootst. Daarom wordt de prijssherzieningsformule doorgaans op die component toegepast. De Overheid heeft twee opties. Een prijssherzieningsmechanisme kan in een formule voorzien die op een index gebaseerd wordt. De index kan door de Overheid eenzijdig in het DBFM-contract worden bepaald. Het is echter ook mogelijk om de kandidaten tijdens de aanbesteding van het DBFM-project zelf, binnen een bepaald kader, een eigen voorstel te laten doen voor een prijssherzieningsformule. De Overheid legt dan gebruikelijk wel randvoorwaarden en begrenzingen op. Analooq met het onderhoud, kan ook voor de eigen werkingskosten van de DBFM-vennootschap een prijssherziening worden voorzien.

266. In bepaalde gevallen geeft de Overheid zelf aan, door middel van een formule met bepaalde indexcijfers, wat de maximale stijging van de beschikbaarheidsvergoeding mag zijn. De prijssherziening wordt dan geplafonneerd of gecapped.

Het verdient aanbeveling een prijssherzieningsformule in de DBFM-overeenkomst op te nemen. Onderhoud- en werkingskosten vallen hier best onder. Bouwkosten en financiële lasten of kapitaalsuitgaven niet. Voor financiële kosten wordt een geval-per-geval aanpak aangeraden.

8.3. Benchmarking

267. In DBFM-overeenkomsten die ook in de levering door de Opdrachtnemer van een aantal “softe” diensten, zoals schoonmaken en catering, voorzien, wordt meestal in een “benchmarking”-mechanisme voorzien.

268. 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. Op die manier wordt de Opdrachtnemer gedwongen om van andere dienstverleners te leren, verantwoording af te leggen en toezicht te vergemakkelijken. Maar tegelijkertijd wordt de Overheid met een eventuele stijging van de marktprijs geconfronteerd.

269. 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 (d.i. meestal een onafhankelijke onderzoeker), etc. 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 zouden worden. Bovendien zou, eenmaal de resultaten van een benchmarkonderzoek bekend zijn, hij alweer een nieuw onderzoek moeten beginnen

270. 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 ingevolge nieuwe ontwikkelingen voor in totaal meer dan bvb. 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.

8.4. Market testing

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

272. Indien blijkt dat andere ondernemingen de diensten aan een goedkoper tarief kunnen leveren kan dit tot de vervanging van de onderaannemer leiden. 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 zowel in het geval de prijzen te hoog zijn als in het geval dat ze te laag zijn tot een prijsaanpassing.

273. Het grote verschil tussen market testing en benchmarking is dan ook dat market testing tot de vervanging van de onderaannemer kan leiden. De techniek wordt voornamelijk in het Verenigd Koninkrijk gebruikt. Van het gebruik van de market testing techniek in DBFM-overeenkomsten zijn in België nog geen voorbeelden bekend.

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

HOOFDSTUK 9: BIJZONDERE OMSTANDIGHEDEN

9.1. Inleiding

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

275. Het mechanisme van de bijzondere omstandigheden vormt een uitbreiding van de klassieke regeling van overmachtsituaties en onvoorziene omstandigheden in de betekenis van artikel 16, §§ 1-2 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden. Overeenkomstig die bepaling kan de Opdrachtnemer in bepaalde gevallen om een verlenging van de uitvoeringstermijn, herziening of verbreking van de opdracht beroepen 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. Daarenboven verschillen de contractuele gevolgen van de bijzondere omstandigheid, naar gelang er sprake is van een geval van vergoeding of een geval van uitstel in de DBFM-overeenkomst

276. De bijzondere omstandigheden zijn dan ook een zo gedetailleerd mogelijke opsomming van projectrisico's die 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.

277. De klassieke DBFM-praktijk gaat uit van drie soorten bijzondere omstandigheden: gevallen van "overmacht", gevallen van "uitstel", gevallen van "vergoeding". Een andere indeling onderscheidt de gevallen van "overmacht", en daarnaast "risico's opdrachtgever", die in een A- en een B-lijst zijn onderverdeeld. In wat volgt lichten we beide systemen toe.

9.2. Risicoallocatie

278. Afhankelijk van het project en ongeacht het systeem dat zal worden gevolgd, zal de Overheid bepaalde risico's aan de ene of de andere categorie (Geval van Overmacht, Geval van Uitstel, Geval van Vergoeding, etc.) toewijzen. Die partij die het beste het risico beheerst, neemt dat risico op zich. Dit betekent dat rekening wordt gehouden met de mate waarin een partij een risico kan beheersen of op een andere partij kan afschuiven, bijvoorbeeld een onderaannemer of een verzekeraar door het zich verzekeren tegen een risico. Per categorie wordt een contractuele beschrijving gegeven van het niveau van bescherming van de Opdrachtnemer. Risico's die niet zijn ondergebracht in één van deze benoemde risico-categorieën, vormen de restcategorie. Het gaat om residuaire risico's die, naar gelang het geval, door de Overheid of, meestal, door de Opdrachtnemer zullen worden gedragen. Gedurende de onderhandelingen tussen de kandidaten en de Overheid zullen bepaalde risico's op basis van kostenefficiëntie, de aard van het project en het risico dat een dergelijke bijzondere omstandigheid zich voordoet, gerealloceerd worden.

279. Een voorbeeld van risicoallocatie is de bijzondere omstandigheid van de aanwezigheid van bestaande bodemverontreiniging. Het risico van bodemverontreiniging is in de meeste gevallen geen risico dat de Overheid draagt, omdat de Opdrachtnemer voor de uitvoering van de bodemonderzoeken voorafgaand aan de contractsluiting verantwoordelijk is. Voor bepaalde projecten voorziet men echter in een risicoverschuiving. Een voorbeeld hiervan vindt men bij projecten waar de Opdrachtnemer wordt belemmerd om de gepaste onderzoeken uit te voeren. Een ander voorbeeld is wanneer de kostprijs van de onderzoeken de prijs van het project omwille van het groot aantal bouwsites niet ten goede zouden komen. In zo'n gevallen kan de Overheid zelf dergelijke bodemonderzoeken organiseren en de gegevens aan de Opdrachtnemer verstrekken.

280. Hieronder wordt op een uiterst beknopte manier de gebruikelijke risicoallocatie van een aantal steeds terugkerende risico's weergegeven:

9.3. Gevallen van overmacht

9.3.1. Begrip

281. De gevallen van overmacht worden doorgaans in de DBFM-overeenkomst limitatief opgesomd. Deze gevallen omvatten in beginsel de klassieke gevallen van overmacht zoals natuurverschijnselen (extreme weersomstandigheden, aardbevingen), oorlogssituaties, terroristische aanslagen. Naast deze limitatieve opsomming verdient het de aanbeveling om ook de klassieke overmachtsdefinitie uit het burgerlijk recht in de DBFM-overeenkomst te voorzien. Meer in het algemeen worden als overmacht beschouwd: alle omstandigheden die een abnormaal karakter hebben en

- bij het sluiten of tijdens de uitvoering van de DBFM-overeenkomst niet konden worden voorzien en onvermijdbaar waren
- indien de partij die zich erop beroept, aantoonde dat hij alle nodige inspanningen heeft geleverd om de onvoorziene en abnormale omstandigheden te verhelpen of te vermijden.

282. Niet elke omstandigheid die maakt dat de Opdrachtnemer niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen, wordt als een geval van overmacht beschouwd. Er dient daarom de voorkeur aan worden gegeven dat een bepaalde gebeurtenis slechts een geval van overmacht is, wanneer het voor een partij onmogelijk of slechts tegen (substantieel) hogere kosten mogelijk is om aan zijn contractverplichtingen te voldoen. Dit belet dat de Opdrachtnemer te pas en te onpas overmacht zou invoeren. De Overheid kan, bijvoorbeeld, in bepaalde gevallen ervoor 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 substantieel hogere kosten kan nakomen. Door de voorwaarde van “substantieel hogere kosten” aan de definitie van overmacht toe te voegen, vindt een extra risico-verschuiving plaats. Dit betekent dat wanneer de Opdrachtnemer wel kan presteren, doch slechts tegen hogere kosten die evenwel minder bedragen dan de contractueel bepaalde substantieel hogere kosten, die kosten toch blijvend door de Opdrachtnemer worden gedragen. De Opdrachtnemer kan in zo’n geval maar van de bijzondere vergoedingsregeling voor een geval van overmacht genieten wanneer hij niet of slechts tegen contractueel gedefinieerde hogere kosten zijn verplichtingen kan nakomen.

283. Onder de overmachts categorie vallen dus de omstandigheden die buiten iedere invloed van de beide contractspartijen vallen. Het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de partij die ten gevolge van de overmacht niet kan presteren, geen wanprestatie begaat. Daarom heeft een Geval van Overmacht in de regel enkel tot gevolg dat de verplichtingen van de partijen tijdelijk worden opgeschort. In het geval de overmachtsituatie gedurende een lange periode voortduurt, wordt de partijen de mogelijkheid gegeven om het contract te beëindigen.

9.3.2. Contractuele gevolgen

284. 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 (cf. onderdeel 9.5 van dit deel van het DBFM-handboek).

285. De DBFM-overeenkomst moet de contractuele gevolgen van overmacht regelen. Zo moet er bepaald worden wat de contractuele verplichtingen van de Overheid en de Opdrachtnemer tijdens de overmachtssituatie zijn, wat de gevolgen op het voortbestaan van de DBFM-overeenkomst zijn en wat de schaderegeling tussen de partijen is.

286. Indien een geval van overmacht zich voordoet, worden de verplichtingen van de Opdrachtnemer die ten gevolge van de overmacht niet kan presteren 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.

287. In het geval van overmacht waardoor de Opdrachtnemer niet meer kan presteren, is het beter om, in het kader van een DBFM-overeenkomst, ook de betalingsverplichting van de Overheid op te schorten. Een geval van overmacht zal in de meeste gevallen immers een onbeschikbaarheid van de infrastructuur tot gevolg hebben. Wanneer de overmachtssituatie slechts een deel van de prestaties van Opdrachtnemer belemmert, worden de resterende prestaties tegen een evenredig verminderde vergoeding veelal voortgezet. Deze werkwijze stemt overeen met het gemeen recht uit het Burgerlijk Wetboek.

288. Indien een geval van overmacht zich voordoet kan DBFM-overeenkomst bepalen dat elke partij zijn eigen schade draagt. De gevolgen daarvan kunnen voor de Opdrachtnemer dramatisch zijn. Indien de overeenkomst niet verbroken wordt, zal de Opdrachtnemer, op grond van zijn instandhoudingsverplichting, de infrastructuur in oorspronkelijke staat moeten herstellen. Afgezien van de kosten voor de wederopbouw misloopt de Opdrachtnemer gedurende die periode bovendien de beschikbaarheidsvergoedingen. Indien de overeenkomst wordt verbroken zal de Opdrachtnemer geen beschikbaarheidsvergoedingen meer ontvangen en zelf voor de terugbetaling van de financiers moeten instaan. Alhoewel 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. De Overheid zal toch een verbrekingsvergoeding aan de Opdrachtnemer betalen.

289. Indien 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 van de partij die de schade

heeft geleden blijven. De Opdrachtnemer komt bijgevolg in geval van overmacht niet voor een volledige vergoeding van zijn schade in aanmerking.

290. 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 contractspartijen heeft. Indien een geval van overmacht blijft duren gedurende een contractuele 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.

9.4. Gevallen van uitstel

9.4.1. Begrip

291. Een vertraging in de bouwplanning waardoor de beschikbaarheidsdatum later dan de initieel geplande beschikbaarheidsdatum valt, kan verschillende oorzaken hebben. Een evidente reden is dat de Opdrachtnemer niet snel genoeg gewerkt heeft. In dat geval worden de hierboven 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.

292. 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 zij ook op de onderhoudsfase worden toegepast.

293. 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, dit wil zeggen een in de DBFM-overeenkomst bepaalde drempel heeft overschreden. In dat geval kan de Opdrachtnemer zich pas beroepen op een geval van uitstel indien de vertraging slechts door het maken van bijkomende kosten kan worden ingelopen.

294. 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, e.d.m.

295. Ook andere bijzondere omstandigheden kunnen, naargelang de risicoverdeling door de Overheid gevallen van uitstel, zijn:

- De aanwezigheid op het bouwterrein van kabels en leidingen waarvan de verwijdering of verlegging voor de uitvoering van de werken noodzakelijk is en die niet uit de verstrekte gegevens kenbaar waren of konden zijn;
- 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 vergunningsverlenende instantie stellen van bijkomende voorwaarden aan het verlenen van een door de Opdrachtnemer aangevraagde vergunning.
- Vertraging in de bouwwerken ten gevolge van derden met betrekking tot het bouwterrein.

9.4.2. Contractuele gevolgen

296. Indien 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 deze nog niet zijn plaatsgevonden) 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, ingevolge het geval van uitstel, een vergoeding.

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

298. 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. Tenslotte is ook een gemengd systeem mogelijk. Dit is een systeem waarbij bepaalde gevallen van uitstel na een bepaalde periode ook een geval van vergoeding worden.

299. Wanneer een geval van uitstel een (contractueel bepaalde) kritische 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 (beperkte) vergoeding door de Overheid in overeenstemming met een bijzondere vergoedingsregeling bij voortijdige beëindiging.

9.4.3. Risicoverdeling: “kritieke” vertraging

300. De Overheid beschouwt een opgelopen vertraging naar aanleiding van een limitatief opgesomde gebeurtenis pas als een geval van uitstel wanneer de vertraging “kritiek” is. Een kritieke vertraging is een vertraging van de werkzaamheden waarvan het onvermijdelijke gevolg is dat op de voorziene beschikbaarheidsdatum niet of slechts tegen substantieel hogere kosten aan de outputspecificaties kan worden voldaan. Net zoals de Overheid bij gevallen van overmacht een risicoverschuiving soms 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. 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.

9.5. Gevallen van vergoeding

9.5.1. Begrip

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

302. De meest 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 van de Overheid van zijn contractuele verplichtingen, behalve wanneer de Overheid een bepaalde verplichting tot het betalen van een geldsom niet nakomt
- Een vergunning wordt niet onherroepelijk uiterlijk tegen een vastgelegde datum
- Een inbreuk door de Opdrachtnemer op de intellectuele eigendomsrechten van een derde als gevolg van door de Overheid opgelegde contractsdocumenten.

9.5.2. Contractuele gevolgen

303. Indien 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 aan de Opdrachtnemer een vergoeding betalen. Dit 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.

304. De DBFM-overeenkomst kan een geval van vergoeding dat ook tot een (kritieke) vertraging aanleiding geeft, met een geval van uitstel gelijkstellen voor 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.

9.5.3. Risicoverdeling

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

306. 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 daarenboven meestal een minimumdrempel of franchise bepalen waaronder de schade niet wordt vergoed.

307. Opdrachtnemers zullen er dikwijls op aandringen dat indien de Opdrachtnemer een deel van het financieel nadeel moet dragen, de DBFM-overeenkomst daarvoor een minimum- of plafondbedrag vastlegt. Als een dergelijk plafondbedrag overschreden is, kan de Opdrachtnemer alsnog aanspraak op volledige vergoeding maken. Het toestaan van plafondbedragen kan een belangrijk kostenbeheersend effect hebben. Indien geen plafondbedragen voorzien zijn, zullen de Opdrachtnemers belangrijke risico-bedragen in hun prijs opnemen. Indien de Overheid een plafondbedrag aanvaardt, zullen de Opdrachtnemers enkel 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.

9.6. Het alternatief mechanisme: een A- en B-lijst van “Risico’s opdrachtgever”

308. De Overheid kan er dus ook voor opteren om een enigszins andere benadering te volgen. De reden hiervoor is dat het niet altijd zinvol is om te werken met een systeem van gevallen van uitstel, gevallen van vergoeding. Zoals hierboven bleek geeft een geval van vergoeding in het bovenstaand model immers ook aanleiding tot een uitstel. Een geval van uitstel geeft ook aanleiding, beperkte weliswaar, tot een vergoeding. Een alternatief is daarom dat de overheid de bijzondere omstandigheden in twee categorieën verdeelt: gevallen van overmacht en “risico’s overheid”.

309. Dit alternatief mechanisme voor bijzondere omstandigheden gaat uit van een tweedeling tussen de gevallen van overmacht en zogenaamde “risico’s Opdrachtgever”. De contractuele regeling voor gevallen van overmacht is gelijk aan hetgeen hierboven is beschreven. Hierop wordt dus niet verder ingegaan.

310. Alle andere opgesomde gebeurtenissen worden als een risico voor de opdrachtgever wordt beschouwd. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen gevallen van uitstel en gevallen van vergoeding zoals in het eerst besproken model. Evenwel, de gebeurtenissen worden opgedeeld in twee categorieën: bijzondere omstandigheden die in een A-lijst vallen en bijzondere omstandigheden die in een B-lijst vallen.

311. De contractuele gevolgen op het vlak van timing in de bouwfase zijn gelijk tussen de risico's uit de A-lijst en de risico's uit de B-Lijst. Alle "risico's Opdrachtgever" kunnen, in het geval zij een "kritieke vertraging" veroorzaken, tot een verschuiving van de projectdata (beschikbaarheidsdatum, voltooiingsdatum, etc.) leiden.

312. Het onderscheid tussen de A-lijst en de B-lijst situeert zich daarom vooral op het vlak van de vergoeding. In tegenstelling tot in het eerste model, wordt geen onderscheiden vergoedingsregeling voorzien afhankelijk van de gebeurtenis. Evenwel varieert de hoogte van de vergoeding die de Opdrachtnemer krijgt, in functie van de categorie waaronder de bijzondere omstandigheid ressorteert. In het geval van bijzondere omstandigheid uit de A-lijst maakt de Opdrachtnemer aanspraak op een vergoeding overeenkomstig de contractueel vastgelegde vergoedingsformule. Dit komt neer op een vergoeding van het financieel nadeel van de Opdrachtnemer. Een bijzondere omstandigheid uit de B-lijst wordt evenwel overeenkomstig dezelfde vergoedingsformule slechts vanaf een drempelbedrag vergoed. Deze drempels worden doorgaans vrij hoog gelegd. Dit betekent een aanzienlijke risicodeling tussen de Overheid en de Opdrachtnemer.

HOOFDSTUK 10: WIJZIGINGEN VAN HET CONTRACT

10.1. Inleiding

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

314. Ook klassieke overheidsopdrachten voorzien in wijzigingsmogelijkheden voor de Overheid. De Algemene Aannemingsvoorwaarden bepalen dat de aanbestedende overheid gerechtigd is de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen voor zover het voorwerp van de opdracht onveranderd blijft en, zo nodig, mits een rechtmatige compensatie. Voor overheidsopdrachten voor de aanneming van werken wordt dit geregeld in artikel 42 van de algemene Aannemingsvoorwaarden.

315. In DBFM-overeenkomsten is de mogelijkheid tot wijziging van de overeenkomst in meer gedetailleerde vorm in de DBFM-overeenkomst zelf terug te vinden. Elke DBFM-overeenkomst heeft nood aan een mechanisme dat onafwendbare veranderingen op voldoende flexibele, transparante en kostenefficiënte manier kan doorvoeren. De veranderingen mogen aan de fundamentele economie van het contract geen afbreuk doen. Die wijzigingen mogen het contractueel evenwicht tussen Overheid en Opdrachtnemer niet 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.

316. 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 gaan vragen. Als financiers niet meer bereid zijn om mee te werken, kunnen de werken niet verder door de Opdrachtnemer worden uitgevoerd en kan de wijziging niet worden doorgevoerd. Tenslotte kan een wijziging die het gevolg is van een verandering in de reglementering ook een aanzienlijke impact op de verplichtingen van de partijen hebben.

317. In wat volgt worden drie situaties onderscheiden: een “Wijziging Opdrachtgever”, d.w.z. wijzigingen die tot stand komen op voorstel van de overheid, een “Wijziging Opdrachtnemer”, als de Opdrachtnemer het initiatief neemt en een “relevante wetwijziging”, een wijziging ten gevolge van een wijziging van bepaalde regelgeving.

10.2. Een Wijziging Opdrachtgever, een Wijziging Opdrachtnemer, een Relevante Wetwijziging

10.2.1. Een “Wijziging Opdrachtgever”

318. 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 van bepaalde contractuele bijlagen, zoals de ouputspecificaties, toelaten. In het laatste geval kan de Overheid dan aan essentiële contractuele bijlagen, zoals het betalingsmechanisme, geen wijzigingen doorvoeren.

319. Bepaalde wijzigingen die zich opdringen door externe omstandigheden worden automatisch als een Wijziging Opdrachtgever beschouwd. Een voorbeeld hiervan is de wijziging van reglementering die op de DBFM-overeenkomst of de partijen ervan van toepassing is. Degelijke wijzigingen worden doorgaans “relevante wetwijzigingen” genoemd en worden hierna besproken.

320. Een al te breed geformuleerde wijzigingsmogelijkheid voor de Overheid wordt door de Opdrachtnemer als een risico beschouwd. De DBFM-overeenkomst bepaalt daarom meestal welke de grenzen aan de wijzigingsbevoegdheid van de Overheid zijn. Een Wijziging Opdrachtgever mag niet tot gevolg hebben dat de werkzaamheden geen direct verband met de oorspronkelijke verplichtingen van de Overheid hebben. Evenmin mag de Overheid het risicoprofiel van de Opdrachtnemer nadelig beïnvloeden. Het risicoprofiel van de Opdrachtnemer wordt nadelig beïnvloed indien het project als gevolg van een wijziging niet (meer) gefinancierd wordt of indien 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 indien de realisatieprijs, als gevolg van de wijzigingen, met meer dan 50% stijgt. In omgekeerde zin zal in een vergoeding worden voorzien indien de wijziging tot minwerken leidt. 10% van het bedrag van de minwerken is

doorgaans een marktconforme vergoeding. Voor DBFM-overeenkomsten kan die vergoeding ook lager liggen.

10.2.2. Een “Wijziging Opdrachtnemer”

321. 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.

322. Een wijziging door de Opdrachtnemer mag niet tot gevolg hebben dat werken worden uitgevoerd die buiten de reikwijdte van de overeenkomst vallen.

10.2.3. Een “Relevante Wetswijziging”

323. 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.

324. Volgens Opdrachtnemers is een wijziging in de wetgeving bij uitstek 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. Het risico van wijzigende wetgeving moet bijgevolg ofwel enkel bij de Overheid worden gealloceerd, ofwel worden gedeeld.

325. 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 een wijziging in de reglementering de wijziging in de overeenkomst onafwendbaar.

326. Enkel de wijzigingen van de regelgeving die door de DBFM-overeenkomst als “relevant” worden aangemerkt, geven tot een vergoeding voor de Opdrachtnemer aanleiding. 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 op de Opdrachtnemer af.

327. De draagwijdte van een “relevante wetswijziging” is eerder 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 (dit zijn kosten die op meer dan 1 jaar worden afgeschreven) of die tot gevolg hebben dat de kosten van de uitvoering van de werken over de looptijd met een bepaald gemiddeld minimum drempelbedrag per jaar worden verhoogd.

328. Indien een wetswijziging als een relevante wetswijziging 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 op de vergoeding volgens het vergoedingsmechanisme in bijzondere omstandigheden aanspraak kan maken. Soms maakt een relevante wetswijziging een wijziging van de DBFM-overeenkomst noodzakelijk. Een dergelijke wijziging wordt dan met een wijziging opdrachtgever gelijkgesteld.

10.3. De wijzigingsprocedure

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

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

330. 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 indien de Overheid met het voorstel instemt. De overheid heeft dus steeds het laatste woord. De Overheid mag een wijziging Overheid intrekken tot aan het moment waarop deze onderdeel van de DBFM-overeenkomst wordt. Nochtans mag hier geen misbruik van worden gemaakt. De Opdrachtnemer kan immers zijn voorgestelde wijziging al vóór de definitieve goedkeuring doorvoeren omdat hij geen tijd wil verliezen.

331. In de meeste situaties zal de Opdrachtnemer tegen een wijzigingsvoorstel van de Overheid geen bezwaar hebben indien hij voor eventuele meerkosten voldoende wordt vergoed. Wanneer de partijen er niet uit raken moeten zij in onderling overleg treden. Indien zij finaal nog geen akkoord bereiken moet 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. Hierover wordt verwezen naar onderdeel 14.2 van dit deel van het DBFM-handboek.

332. Indien 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.

10.4. Financiële gevolgen ten gevolge van een wijziging

333. Een “wijziging opdrachtgever” is een “geval van vergoeding” of een “risico Overheid”. De bijzondere regeling voor vergoeding voor bijzondere omstandigheden is dus van toepassing in zo’n geval. 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 wordt bedoeld een vergoeding van de kosten die de Opdrachtnemer voor het uitwerken van het voorstel van de Overheid heeft gemaakt. De kosten die aan de kant van de opdrachtgever naar aanleiding van een wijziging van de Opdrachtnemer vallen, worden meestal door de Overheid blijvend gedragen.

334. 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 sharing-mechanisme” waarbij in de DBFM-overeenkomst een verdeelsleutel wordt ingebouwd om de te behalen voordelen over de Overheid en de Opdrachtnemer te verdelen.

335. 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, indien 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.

336. Om het marktconform karakter van de financiële gevolgen van de wijziging te onderzoeken, kan de overheid van de techniek van benchmarking gebruik maken. Een benchmarking-benadering veronderstelt dat de Overheid zijn eigen onafhankelijk inschatting van de kosten van de wijzigingen maakt, zodat het 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 op enige andere vorm van toetsing van de door de Opdrachtnemer voorgestelde prijzen aan de geldende marktvoorwaarden steunen. 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 de boekhoudkundige stukken van de Opdrachtnemer, zijn onderaannemers en leveranciers.

HOOFDSTUK 11: DE WAARBORGEN EN GARANTIES

11.1. Inleiding

337. Bij klassieke overheidsopdrachten wordt de borgtocht door artikel 5 van de AAV geregeld. De aannemer, leverancier of dienstverlener dient in dat geval een borgtocht 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 niet mogelijk. De Overheid zal in het kader van een DBFM-overeenkomst doorgaans met een projectvennootschap contracteren die quasi geen activa heeft en waarvan het grootste kapitaal de DBFM-overeenkomst zelf is. De Overheid zal

daarom een zekere garantie willen dat de Opdrachtnemer, en zijn onderaannemers, hun contractuele verplichtingen zullen kunnen vervullen. De manier waarop een garantie verleend wordt, zal daarom specifiek zijn.

338. In het kader van DBFM-projecten spelen garanties en waarborgen dan ook een grotere rol. De Overheid wil door middel van garanties verzekeren dat de dienstverlening te allen tijde gegarandeerd zal worden, zelfs al is de Opdrachtnemer insolvent geworden.

339. De financiering van DBFM-overeenkomsten via “limited recourse financiering”, dit wil zeggen dat de terugbetaling van het vreemd vermogen volledig via de cash flow van het project gebeurt, gaat gepaard met de wens de aansprakelijkheid van de aandeelhouders in de DBFM-vennootschap 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 vele 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.

340. Als de Overheid het DBFM-project goed structureert zou de Overheid in principe voldoende comfort moeten hebben dat de continuïteit van het project gegarandeerd is. De Opdrachtnemer is strenge selectie-eisen doorgekomen alvorens hij aan de rest van de gunningsprocedure mocht participeren. De inbreng van het kapitaal in de DBFM-vennootschap weerspiegelt op zich al het sterke engagement dat de Opdrachtnemer aangaat. Een voordeel van projectfinanciering via “limited recourse financiering” 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.

11.2. Biedingsgarantie of bid bond

341. Soms vraagt de Overheid nog vóór de gunning van de opdracht aan één 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 indien deze hem zou worden toegewezen. Het consortium verbindt zich ertoe dat hij 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).

342. De Overheid kan zowel bij het indienen van de BAFO’s, als na het aanwijzen van de voorkeursbieder een biedingsgarantie vragen.

343. In concreto houdt dergelijke garantie in dat de banken een als bijlage bij de DBFM-overeenkomst gevoegde garantieovereenkomst ondertekenen waarbij zij 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.

344. Het vragen van financial close garanties wordt door de private sector bekritiseerd. De private sector is van oordeel dat de Overheid op die wijze de onderhandelingspositie van de voorkeursbieder

gedurende de finale contractsonderhandelingen 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 de voorkeursbieder vreemd is. Daarnaast lijkt het in de praktijk weinig waarschijnlijk dat een Overheid ook effectief een bid bod zal afroepen. In de praktijk lijkt het enkel 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.

Het verdient aanbeveling om als Overheid voorzichtig om te springen met het vragen van een bid bond. Het sluiten van de DBFM-overeenkomst moet berusten op een gedegen contractuele afspraken. Drukingsmiddelen die in de praktijk weinig meerwaarde bieden, zoals het vragen van een bid bod, moeten daarbij vermeden worden.

11.3. Aandeelhoudersgarantie

345. Bij PPS-projecten is 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.

346. 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 kapitaalkrachtige aandeelhouders, dit wil zeggen de leden van het consortium dat zich in een SPV verenigd heeft, in die projectvennootschap moeten instaan voor die projectvennootschap.

347. Tegen de wens een dergelijke aandeelhoudersgarantie te verkrijgen wordt door de Opdrachtnemers ingebracht dat dit strijdig is met het uitgangspunt van “limited-“ of “non-recourse financiering” 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. Het 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 dienen te worden verantwoord.

348. Daarnaast kunnen de Opdrachtnemers aanvoeren dat de externe financiers op zich al een waakhondfunctie vervullen via de zgn. directe overeenkomst (zie hierover hoofdstuk 15 van deel II van het DBFM-handboek). Ook zij hebben immers het grootste belang bij correcte naleving door de Opdrachtnemer van de DBFM-overeenkomst.

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

11.4. De aanvangsgarantie

350. Na contractssluiting wordt doorgaans als zekerheid dat de Opdrachtnemer zijn verplichtingen m.b.t. 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 werken aanvangt en dat er voldoende middelen zijn voor de Overheid om opnieuw aan te besteden als door toedoen van de Opdrachtnemer de overeenkomst tussentijds wordt beëindigd.

351. 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. Dit verklaart ook waarom de garantie de aanvangsgarantie wordt genoemd.

352. De aanvangsgarantie heeft een looptijd tot enkele maanden na de geplande beschikbaarheidsdatum of voltooiingsdatum. De Overheid kan er voor kiezen om naarmate het project gerealiseerd wordt, de garantie gradueel af te bouwen. Een dergelijke graduele afbouw van de garantie heeft een kostenbeperkend effect.

11.5. De voltooiingsgarantie

353. Als prikkel om het project tijdig en op een wijze die beantwoordt aan de outputspecificaties af te werken, wordt aan de Opdrachtnemer voor de uitvoering van het project een voltooiingsgarantie gevraagd. Deze voltooiingsgarantie wordt ook wel “performance bond” genoemd.

354. De voltooiingsgarantie vertoont in wezen veel gelijkenissen met de aanvangsgarantie. Doorgaans wordt zij eveneens bij aanvang van de werken gesteld. De hoogte ervan kan variëren gedurende de bouwperiode en is gerelateerd aan de kosten die de SPV (of haar financiers) zouden oplopen indien op een bepaald moment de werkzaamheden niet zouden (kunnen) worden verdergezet of indien de uitgevoerde werken niet aan de vooropgestelde prestatie-eisen zouden voldoen. De voltooiingsgarantie dient doorgaans ook ter dekking van vertragingsboetes die van toepassing zijn in het geval van laattijdige oplevering.

355. Normaal gezien wordt de voltooiingsgarantie afgeleverd door het lid van het consortium dat met de bouw van de infrastructuur belast is. Die bouwaannemer gaat, op zijn beurt, van de onderaannemers een dergelijke voltooiingsgarantie eisen. De kosten van dergelijke voltooiingsgarantie zullen opnieuw aan de Overheid doorgerekend worden. De Overheid moet behoedzaam zijn met het opleggen van deze extra garantie. Zij zal zich moeten afvragen of een dergelijke garantie “value for money” biedt. Een extra prikkel werkt dan kostenverhogend zonder dat het echt een bijkomende garantie biedt.

11.6. De overdrachtsgarantie

356. Een derde garantie die door de Opdrachtnemer in de loop van het projectverloop moet worden verstrekt is de overdrachtsgarantie. De overdrachtsgarantie dient tot zekerheid van de aflevering van de infrastructuur, die aan de overdrachtseisen moet voldoen, door de Opdrachtnemer 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.

357. 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 garanderen zijn contractuele onderhoudsverplichting tot op het einde van de overeenkomst te vervullen. De garantie mag evenwel geen onnodig zware lasten met zich mee brengen.

358. Als uit de overdrachtsinspecties evenwel blijkt dat de Opdrachtnemer herstelmaatregelen moet nemen zodat de infrastructuur op de einddatum voldoet 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.

359. De overdrachtsgarantie zal steeds een looptijd tot enkele maanden na de overdracht. Op die manier voorkomt de Overheid dat zij na de overdracht nog gebreken ontdekt die niet eerder werden ontdekt. Indien een aanvullende bankgarantie moet worden gesteld kan die looptijd worden verlengd.

11.7. Het gebruik van garanties

360. De Overheid moet met het opleggen van garanties aan de Opdrachtnemer voorzichtig omgaan. Het bepalen van de vereiste borgstelling moet aan de hand van een financiële analyse en risicoanalyse worden onderzocht. De impact van de vereiste borgstelling heeft immers een gevolg voor de hoogte van de kostprijs van het project, het aantal partijen dat kan meedingen voor het project, alsook het aantal projecten waarvoor een Opdrachtnemer op de markt kan meedingen. Bovendien is rekening te houden met het kapitaal dat door de aandeelhouders in de Opdrachtnemer (als SPV) is ingebracht, de reeds gestelde garanties en de specifieke waarborg die het betalingsmechanisme biedt. In de meeste projecten is het dus aanbevolen dat de Overheid zich tot een aanvangsgarantie beperkt.

11.8. Garanties vanwege de Overheid

11.8.1. De garantie voor de juistheid van de “verstrekke gegevens”

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

362. Soms draagt de Overheid de volledige verantwoordelijkheid voor de controle van de informatie aan de aannemersconsortia (en hun adviseurs) over. 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.

363. Voor bepaalde projecten is dat onredelijk. Bovendien is de Overheid vaak de enige bron van informatie. Dit 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 informatie te garanderen. Bovendien is het sowieso nuttig van de Overheid dat ze 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.

364. 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, dit wil zeggen een garantie voor alle verstrekte informatie. De informatie-garantie wordt beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de indiening van de offertes van de gegadigde aannemersconsortia. In de DBFM-overeenkomst wordt doorgaans een clausule opgenomen dat de Overheid geen aansprakelijkheid voor de relevantie, de volledigheid of de interpretatie van de “verstrekte gegevens” of voor het gebruik van deze gegevens. De Overheid draagt enkel de verantwoordelijkheid voor de juistheid hiervan (of indien zij zich voor haar aansprakelijkheid voor het gebruik ervan exonereert, ook voor de volledigheid ervan). Zo wordt bijvoorbeeld de juistheid van de informatie m.b.t. de bodem door de Overheid gegarandeerd. De Overheid 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 de aanleg van een autosnelweg maar niet over het volledige traject).

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

11.8.2. De garantie voor de beschikbaarheid van het terrein

365. De Overheid is in de regel verantwoordelijk voor de beschikbaarheid van het bouwterrein. Dit betekent dat de Overheid in de regel eigenaar 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 bezig is. Dat is een risico. De timing van die verwerving is immers niet steeds voorspelbaar. Het risico bestaat dat de vereiste grondverwervingen niet tijdig zijn en dat het bouwterrein niet beschikbaar is.

11.8.3. De overheidswaarborg

366. Ook de Overheid een aantal waarborgen stellen. Dergelijke waarborgen hebben vooral een impact op de kostprijs van de financiering. Een overheidsgarantie zal door de financiers als een betrouwbare garantie worden beschouwd, wat de kostprijs van de financiering ten goede komt.

367. De toekenning van overheidswaarborgen door de Vlaamse overheden wordt in het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest geregeld. De artikelen 6 tot en met 10 schetsen de algemene voorwaarden waaronder een gemeenschaps- of een gewestwaarborg door de Vlaamse Overheid mag worden verleend. Het decreet schrijft de Overheid voor om zuinig om te gaan met het verlenen van waarborgen om de verplichtingen beheersbaar te houden. Daarenboven streeft het decreet ernaar om de toekenning van overheidswaarborgen transparant en controleerbaar te maken. Die voorzichtigheid komt duidelijk tot uitdrukking in het decreet. Slechts wanneer, bij voorzichtige verwachtingen, er geen of slechts gedeeltelijke uitwinning te verwachten valt, mag in beginsel een waarborg verleend worden. De waarborgverkrijging is daarenboven steeds afhankelijk van een voorafgaande goedkeuring door de Vlaamse regering.

368. In de praktijk wordt thans op verschillende manieren van een overheidswaarborg gebruik gemaakt. In bepaalde projecten moet de inschrijver aantonen dat een overheidswaarborg tot een financieel voordeel ten voordele van de betrokken overheden. Enkel indien dit door de Overheid wordt aanvaard, zal in een overheidswaarborg worden voorzien.

369. Een overheidswaarborg wordt aan strenge voorwaarden onderworpen. Ze dekt maximaal 100% van het kapitaalgedeelte van de lening en de interesten. Verwijlinteresten, vergoedingen voor wederbelegging en alle andere kosten toegepast bij de opeisbaarheid van het krediet worden niet gewaarborgd. Bovendien wordt doorgaans bepaald dat de waarborg voor leningen van de DBFM-vennootschap enkel betrekking heeft op het effectief uitstaand verlies voor de kredietverstrekkers, nadat alle zakelijke en persoonlijke zekerheden, waarover de financier beschikt, door de financier zijn uitgewonnen.

370. Een overheidswaarborg tast de ESR-neutraliteit van de DBFM-overeenkomst op dit moment nog niet aan, zolang de waarborg niet effectief wordt uitgevoerd. De ESR-reglementering zal in de toekomst evenwel aan verandering onderhevig zijn. Verwacht wordt dat overheidswaarborgen voortaan ook een (ongewenste) ESR-impact zullen hebben.

De Overheid kan zelf waarborgen stellen. Het Decreet van 7 mei 2004 bepaalt de regels daartoe. Een waarborg is enkel aangewezen indien de kans op uitwinning beperkt is en de waarborg de prijs drukt.

HOOFDSTUK 12: DE WAARBORGTERMIJN

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

372. In het geval een aantal werken 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 configuratie-gedeelte. Gedurende de waarborgtermijn moet de Opdrachtnemer al de nodige werken uitvoeren om het in goede werking te herstellen of te houden. De Opdrachtnemer vervangt op zijn kosten de onderdelen van het buiten configuratie-gedeelte de onderdelen die gebreken vertonen. Hij moet bijgevolg alle herstellingen, herbouw-, en andere werken die noodzakelijk zijn uitvoeren. 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 is geen klassieke waarborg(termijn) voorzien.

HOOFDSTUK 13: DE GRONDEN VOOR ONMIDDELLIJKE BEËINDIGING EN DE BEËINDIGINGSVERGOEDINGEN

13.1. Inleiding

373. Een DBFM-overeenkomst wordt in beginsel voor een bepaalde contractsduur 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.

374. 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:

- Beëindiging bij een grond 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 (langdurige) geval van uitstel

375. Elke voortijdige beëindiging geeft 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.

376. In het onderdeel over de directe overeenkomst 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.

13.2. Beëindiging bij een grond voor onmiddellijke beëindiging

377. De Overheid kan bepaalde omstandigheden waardoor de uitvoering van het project in het gedrang komt in die mate zwaarwegend vinden dat, wanneer zich een dergelijk geval voordoet, de DBFM-overeenkomst quasi onmiddellijk beëindigd wordt. Deze gronden 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,

- het niet tijdig bereiken van financial close,
- 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 beschikbaarheidscertificaat of voltooiingscertificaat,
- het oplopen van een totaal aan kortingen op de beschikbaarheidsvergoeding,
- het faillissement van de Opdrachtnemer...

378. Het gaat in hoofdzaak om zwaarwegende feiten. In heel wat situaties wordt ook een opeenstapeling van beperktere (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 maximum aantal boetepunten kan ook een grond voor onmiddellijke beëindiging vormen. Deze “onmiddellijke” beëindigingsgrond sanctioneert een duurzaam contractueel gebrek vanwege de Opdrachtnemer.

379. 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 hem 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.

13.3. Beëindiging bij een tekortkoming van de Opdrachtnemer

380. Naast de gronden voor onmiddellijke beëindiging, kan ook een tweede categorie van beëindigingsgronden in de DBFM-overeenkomst worden opgenomen. Deze categorie van beëindigingsgronden sanctioneert net als de gronden voor onmiddellijke beëindiging tekortkomingen van de Opdrachtnemer. Dit is een tekortkoming in één of meer van zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst, waaronder begrepen de omstandigheid dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn.

381. Deze categorie verschilt echter van de gronden voor onmiddellijke beëindiging omdat zij 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) te kort schiet, dan moet hij die tekortkoming in beginsel binnen een redelijke termijn herstellen. In dat geval wordt de Opdrachtnemer nog een herstelmogelijkheid door de Overheid geboden. Het belang om de Opdrachtnemer een hersteltermijn te bieden is groot. De beëindiging van de DBFM-overeenkomst komt op de laatste plaats.

382. Wanneer de Opdrachtnemer de tekortkoming niet herstelt binnen een redelijke termijn, kan alsnog de beëindiging volgen.

383. De Overheid kan er ook voor opteren om deze residuaire categorie van beëindigingsgronden in de DBFM-overeenkomst niet te voorzien. In dat geval volstaat het om enkel en alleen een limitatief aantal beëindigingsgronden die een voortijdige beëindiging rechtvaardigen en een grond voor onmiddellijke beëindiging zijn op te sommen.

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

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

13.4. Beëindiging bij een tekortkoming van de Overheid

385. 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 één of meer van zijn verplichtingen op grond van de DBFM-overeenkomst, waaronder begrepen de omstandigheid dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming niet mogelijk zal zijn.

386. 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 deze de ontbinding rechtvaardigt. Hiermee wordt vooral de omstandigheid bedoeld dat de Overheid in gebreke blijft de betalingen uit hoofde van de beschikbaarheidsvergoeding te voldoen.

387. In de DBFM-overeenkomst kan worden bedongen dat de Opdrachtnemer de overeenkomst met de Overheid enkel gerechtelijk kan ontbinden. Dit wil zeggen dat de Opdrachtnemer via de rechter de ontbinding moet bekomen. Dit is vaak niet het geval bij de beëindiging n.a.v. een tekortkoming van de Opdrachtnemer.

13.5. Vrijwillige beëindiging door de Overheid

388. De klassieke leer dat de Overheid zich te allen tijde aan de gewijzigde behoeften en bestuurlijk inzichten in het algemeen belang moet kunnen aanpassen, verantwoordt dat de Overheid te allen tijde een aannemingscontract moet kunnen opzeggen. Deze opzegging zal echter gepaard gaan met het betalen van een schadevergoeding.

389. In een DBFM-overeenkomst kan daarom de mogelijkheid voorzien worden dat de Overheid de DBFM-overeenkomst eenzijdig beëindigt mits het betalen van een schadevergoeding aan de Opdrachtnemer. 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 zowel de geleden schade (*damnum emergens*) 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 van de Opdrachtnemer is wel vereist.

13.6. Voortijdige beëindiging bij overmacht

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

391. De Overheid kan een voortijdige beëindiging van de DBFM-overeenkomst bij een kennelijke strijdigheid van de overeenkomst met de regelgeving aan een beëindiging bij overmacht gelijkstellen. Wanneer de nakoming van de DBFM-overeenkomst door de Overheid of de Opdrachtnemer of de inhoud van de bijlagen kennelijk in strijd zijn of komen met regelgeving, en dat niet kan worden gecorrigeerd door een wijziging, heeft elk van de partijen eveneens het recht om de DBFM-overeenkomst te beëindigen.

13.7. Vergoedingen bij voortijdige beëindiging

392. Afhankelijk van de grond voor voortijdige beëindiging moet de DBFM-overeenkomst in een vergoedingsregeling voorzien. Deze vergoedingsregelingen kunnen van project tot project verschillen, maar niettemin zijn een aantal krijtlijnen te ontwaren.

13.7.1. Vergoeding in geval van een voortijdige beëindiging wegens een grond voor onmiddellijke beëindiging of een tekortkoming van de Opdrachtnemer

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

394. De Opdrachtnemer heeft een blijvende prestatie geleverd zoals het ontwerp van een school, de bouw van een brug, etc, die nog geëxploiteerd kan worden. 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.

395. In de praktijk worden twee mechanismen gebruikt om die vergoeding vorm te geven. De twee mechanismen zijn gebaseerd op de zgn. “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.

396. Een eerste mechanisme gaat uit van de kost van de heraanbesteding van het project en wordt de zgn. *liquid market test* genoemd. 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 dit hoogstens dat de marktwaaarde van het project nihil is. Wanneer 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. Indien de kost hoger is dan hetgeen de Overheid nog aan de bestaande contractant verschuldigd is, is die aftrek echter positief. Dit heeft tot gevolg dat de falende Opdrachtnemer aan de Overheid een vergoeding moet betalen. Daarnaast wordt ook 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.

397. Een tweede berekeningswijze gaat uit van het uitgangspunt dat 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. Die betalingen zullen naar alle verwachting lager zijn dan de betaling van de beschikbaarheidsvergoedingen op basis van de DBFM-overeenkomst omdat slechts exploitatiekosten worden aangerekend.

398. Als het eindresultaat van deze rekensom negatief uitvalt, dan betaalt de Opdrachtnemer deze som aan de Overheid. Als het eindresultaat van de rekensom positief is, dan betaalt de Opdrachtnemer de Overheid een vergoeding.

399. 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 met prijsindexering geen rekening gehouden.

13.7.2. Vergoeding in geval van een beëindiging bij een tekortkoming van de Overheid of bij vrijwillige beëindiging door de Overheid

400. Wanneer de DBFM-overeenkomst wordt beëindigd omdat de Overheid op een ernstige wijze aan zijn verplichtingen tekortkomt of wanneer de Overheid de overeenkomst vrijwillig beëindigt, wordt de Opdrachtnemer in beginsel integraal vergoed. Deze vergoeding dient niet alleen het geleden verlies of alle na te komen verplichtingen vergoeden, maar ook (een deel van) de gederfde winst.

13.7.3. Vergoeding bij een beëindiging in geval van overmacht

401. Wanneer 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.

402. 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.

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

HOOFDSTUK 14: DE OVERLEGSTRUCTUUR EN GESCHILLENBESLECHTING

404. De samenwerking op lange termijn tussen de private partner en de Overheid en de noodzaak om voor gerezen problemen snelle oplossingen te vinden die de financiering niet in het gedrang brengen verklaren waarom binnen het kader van de DBFM-overeenkomst veel aandacht aan overleg en geschillenbeslechting wordt besteed.

405. Geschillenbeslechting wordt slechts als een redmiddel beschouwd voor geschillen die partijen niet in onderling overleg kunnen oplossen en is daarom te onderscheiden van de overlegstructuren die voor problemen een minnelijke oplossing proberen te bereiken.

14.1. De overlegstructuur

406. De overlegstructuur is bedoeld om eventuele geschillen die tussen partijen ontstaan in een zo vroeg mogelijk stadium te identificeren en deze vervolgens op het geëigende niveau, dit wil zeggen op het managementniveau, binnen de overlegstructuur op te lossen. Bovendien bevordert een overlegstructuur de goede communicatie tussen de partijen.

407. De DBFM-overeenkomst bepaalt de manier van werken van de overlegstructuur, waarbij een formalistische aanpak moet vermeden worden. Wel is het belangrijk dat van de besprekingen binnen de overlegstructuur verslagen worden opgesteld. Het verdient aanbeveling in de overeenkomst vast te leggen dat een beroep op de geschillenbeslechting, dan wel een gerechtelijke tussenkomst, enkel mogelijk is, wanneer binnen de overlegstructuur voorafgaandelijk naar een oplossing gezocht is.

14.2. De geschillenbeslechting via de geschillenbeslechtscommissie (GBC)

408. Het is sterk aanbevolen in de DBFM-overeenkomst een geschillenregeling via de geschillenbeslechtscommissie (GBC) te voorzien. Dit is een vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Het is een alternatief voor zowel de tussenkomst van de burgerlijke rechter als voor arbitrage.

409. De reden daarvoor is dat zelfs de tussenkomst van arbiters in nogal wat gevallen niet snel of deskundige genoeg is om de door de partijen gewenste snelle oplossing van geschillen te beslechten. Bovendien hebben de geschillen dikwijls een erg technisch karakter en is een goede kennis van het project verondersteld, zodat zelfs arbiters zich daarover moeilijk kunnen uitspreken. Een geschillenregeling moet dan ook vooral aan drie noden van zowel de Overheid als de Opdrachtnemer voldoen: snelheid, deskundigheid en kostenbesparing. Een beroep op de burgerlijke rechter of op een arbitraal college mag slechts in laatste instantie gebeuren. De hoofdtak van de geschillenbeslechtscommissie is zo snel mogelijk te zorgen voor een geschikte, economische en evenwichtige oplossing voor het voorgelegde geschil. Indien het functioneren van de GCB met het functioneren van een rechtbank of een arbitraal college gelijk kan worden gesteld snelt het zijn doelstelling voorbij.

410. Er bestaan verschillende manieren om een GBC te doen functioneren. Een aantal basisideeën kunnen aanbevolen worden.

411. Een GBC bestaat doorgaans uit een aantal experts die doorgaans niet allen juristen zijn. Elke partij draagt doorgaans éénieder een aantal kandidaat-leden experts voor (meestal drie) die onafhankelijk van de partijen zijn. Van de zes kandidaat-leden experts duiden de partijen in gemeen overleg drie leden aan. Tenzij de Overheid en de Opdrachtnemer anders overeenkomen, zijn de leden van de GBC bezoldigd.

412. Een vordering door een partij wordt gewoonlijk schriftelijk en gemotiveerd bij de GBC ingediend en aan de andere partij overgemaakt. De andere partij krijgt daarop een korte termijn om op de vordering schriftelijk te reageren.

413. De voorzitter van de GBC kan op basis van de ontvangen stukken een voorstel van minnelijke regeling aan de partijen overmaken, die hierover beraadslagen. Indien de partijen met het voorstel akkoord gaan, zullen zij het akkoord ondertekenen, waardoor het voor alle partijen verbindend wordt.

414. Indien, daarentegen, geen minnelijke regeling bereikt wordt, roept de voorzitter van de GBC de overige leden samen voor een vergadering waarop het geschil wordt beslecht. De partijen kunnen hun standpunten op de vergadering laten blijken en op bijkomende vragen antwoorden. De leden van de GBC kunnen zich daarenboven door andere deskundigen en raadgevers met een adviserende taak laten bijstaan. De leden van de GBC beslechten het geschil zoveel als mogelijk bij consensus. Wanneer geen consensus wordt bereikt vindt er een stemming plaats.

415. Een uitspraak door de GBC moet in de regel voor de partijen bindend zijn. Zoniet zal de verleiding om de burgerlijke rechter of een arbitraal college te vatten groot zijn.

Een geschillenbeslechtscommissie stelt eerst een minnelijke schikking voor, maar neemt een bindende beslissing wanneer partijen niet tot een minnelijke regeling komen.

14.3. Geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter of door een arbitraal college

416. Het laatste redmiddel is een vordering voor de burgerlijke rechter of, indien de DBFM-overeenkomst het voorziet, een arbitraal college. In de DBFM-overeenkomst wordt gebruikelijkerwijze een bevoegheidsbeding waarin bepaald wordt welke rechtbanken bevoegd zijn, opgenomen.

HOOFDSTK 15: HET DIRECT AGREEMENT

15.1. Inleiding

417. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat het duurzaam karakter van de DBFM-overeenkomst en het behoud hiervan centraal staat. Ook het mechanisme van een “direct agreement” (of de directe overeenkomst) moet in die context begrepen worden.

418. Problemen bij de uitvoering van een DBFM-overeenkomst baren immers niet alleen de partijen zorgen. De financiers zijn in zeer grote mate van de betaling van de beschikbaarheidsvergoedingen door de Overheid aan de Opdrachtnemer afhankelijk voor de aflossing van de door hen verstrekte financiering. Wanneer 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. Daarenboven hebben de financiers, bij beëindiging van het project, weinig verhaalsmogelijkheden op bepaalde activa. De Opdrachtnemer, die veelal een projectvennootschap is, doet op onderaannemers beroep waarmee noch de financiers noch de Overheid een directe, contractuele band hebben. De financiers zullen omwille van de beperkte verhaalbaarheid van hun vordering op de Opdrachtnemer dus, naast de bedongen zekerheid, een mogelijkheid willen om tussen te komen indien de Opdrachtnemer aan zijn contractuele verplichtingen tekortkomt. De voorwaarden van die tussenkomst worden meestal in een zogenaamd direct agreement of directe overeenkomst vastgelegd.

419. Een directe overeenkomst is een meerpartijen-overeenkomst tussen de opdrachtgevende Overheid, de Opdrachtnemer en de “security” agent die als vertegenwoordiger van de financiers optreedt. De financiers van het DBFM-project kunnen volgens de bepalingen van die overeenkomst, in geval van tekortkoming van de Opdrachtnemer, de controle over het project van de Opdrachtnemer overnemen wanneer een voortijdige beëindiging de continuïteit van het project bedreigt. Dit betekent dat zowel de Overheid, als de financiers een zelfde belang delen.

De Direct Agreement houdt in dat in geval van tekortkoming van de Opdrachtnemer, de financiers de leiding over het project overnemen.

15.2. Het mechanisme van de direct agreement

15.2.1. De kennisgeving

420. Om de financiers de kans te geven hun recht op tussenkomst uit te oefenen, moet de Overheid de security agent steeds van elk initiatief dat op de continuïteit van de DBFM-overeenkomst een invloed heeft op de hoogte stellen. 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 zal de Overheid niet gerechtigd zijn om de ambtshalve maatregelen te treffen vooraleer een termijn na de kennisgeving aan de financiers verstreken is.

421. Ook wanneer de opdrachtgever zinnens is om het faillissement van de Opdrachtnemer aan te vragen is die kennisgeving verplicht.

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

15.2.2. Interim periode

423. In de overeenkomst is het gebruikelijk dat, indien zich problemen voordoen, eerst een interim periode 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. De bedoeling van die interim periode is dat de financiers de tijd en de mogelijkheid moeten hebben het project van de in gebreke blijvende Opdrachtnemer over te nemen. De interim periode geeft de financiers, via de security agent, de kans om een herstelplan voor te stellen.

424. De Overheid zal een lijst overleggen van alle tot op dat moment door de Opdrachtnemer niet nagekomen verplichtingen. Op deze wijze kunnen de financiers zich een beeld vormen van de verplichtingen en aansprakelijkheden van de Opdrachtnemer.

425. Tijdens de interim periode kan de direct agreement bepalen dat de Overheid zijn betalingsverplichting die uit de DBFM-overeenkomst voortvloeien, opschort. Gedurende die periode is het de Opdrachtnemer niet toegelaten de werkzaamheden verder te zetten. Wel is het verboden de DBFM-overeenkomst tijdens de interim periode te beëindigen.

15.2.3. Het opstellen van een herstelrapport

426. In de interim periode kan de security agent de Overheid laten weten of hij de overeenkomst zal herstructureren en hoe hij dat zal doen.

427. Hij kan daarbij een ontwerp van herstelrapport aan de Overheid overmaken. Het herstelrapport is een soort van reddingsplan, dat alleszins de volgende elementen bevat:

- een overzicht van de openstaande verplichtingen van de Opdrachtnemer;
- een herstelprogramma dat uitgevoerd moet worden om de openstaande verplichtingen alsnog na te komen en/of om de oorzaken weg te nemen respectievelijk de gevolgen te beperken van de gebeurtenis die aanleiding gaf tot de kennisgeving door de Overheid dat zij het voornemen heeft om de overeenkomst te beëindigen, of de kennisgeving van de vervroegde opeisbaarheid;
- een raming van de verwachte financieringsbehoefte om het herstelprogramma en de lopende verplichtingen op grond van de DBFM-overeenkomst uit te voeren;
- de duur van de herstelperiode.

428. Na overleg tussen de Overheid en de security agent, en met medewerking van de Opdrachtnemer, over het ontwerp herstelrapport moet de Overheid een definitief rapport goedkeuren. De Overheid kan haar goedkeuring echter ook onthouden als blijkt dat de Opdrachtnemer onvoldoende middelen tot zijn beschikking heeft om de bouwwerken tot een goed einde te brengen. In dat geval eindigt de interim periode en kan de DBFM-overeenkomst dus beëindigd worden.

15.2.4. De instap of step-in van de financiers

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

430. 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 via de security agent het DBFM-project met andere woorden in naam en voor rekening van de Opdrachtnemer beheren en, waar nodig, reorganiseren. Zo kan de security agent bepaalde rechten en verplichtingen van de Opdrachtnemer op grond van de DBFM-overeenkomst aan een geschikte vervangende opdrachtnemer (doen) overdragen. De security agent heeft ook de bevoegdheid om wijzigingen in de contractuele structuur en/of 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 tijdens de instapperiode zo nodig hervat. De security agent wordt in die fase als het ware de “commissaris inzake opschorting” die bij een gerechtelijk akkoord wordt aangesteld in de hoop de onderneming van het faillissement te redden.

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

- De herstructurering is volledig uitgevoerd waardoor er een einde aan de instapperiode komt. De DBFM-overeenkomst wordt in dat geval gewoon verdergezet. Op dat moment zullen alle openstaande verplichtingen van de Opdrachtnemer, waarover overleg met de Overheid was gepleegd, gekweten zijn.
- Aan de instapperiode komt een einde wanneer de DBFM-overeenkomst wordt beëindigd omdat de Opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt of omdat de Opdrachtnemer blijft verzuimen om het herstelprogramma volledig uit te voeren.
- Er komt een automatisch einde aan de instapperiode die tot een maximaal aantal maanden beperkt wordt.
- De security agent kan op elk moment vrijwillig de instapperiode met naleving van een opzeggingstermijn opzeggen. De Opdrachtnemer moet evenwel zijn verplichtingen tot aan de uitstapdatum nakomen.

432. 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.

15.3. Zekerheden en betalingen

433. Door de ondertekening van de direct agreement komen de Overheid en de security agent doorgaans overeen dat de financiers van het DBFM-project een pand van eerste rang op de rechten van de Opdrachtnemer tegenover de Overheid op grond van de DBFM-overeenkomst of de direct agreement vestigen. Ook zal een pand worden gevestigd op de rechten van de Opdrachtnemer op grond van de verzekeringspolissen die hij is aangegaan. Dit betekent dat wanneer de Overheid aan de Opdrachtnemer betaalt, dit uitsluitend op door de security agent aangewezen bankrekeningen zal gebeuren.

HOOFDSTUK 16: AANSPRAKELIJKHEDEN EN VRIJWARINGEN VAN DE OVERHEID DOOR DE OPDRACHTNEMER

434. Er bestaan heel wat gronden op basis waarvan derden een aanspraak op hetzij de Overheid, hetzij de Opdrachtnemer kunnen hebben. De DBFM-overeenkomst voorziet dan ook in een opsomming van de gronden waarvoor de Opdrachtnemer de Overheid moet vrijwaren.

435. Zo moet de Opdrachtnemer de Overheid vrijwaren voor aanspraken van derden op grond van een beweerde inbreuk van intellectuele of industriële rechten bij de uitvoering van de werken, op grond van fouten in de uitvoering van de werkzaamheden en in het algemeen op grond van tekortkomingen t.o.v. de DBFM-overeenkomst en/of de Regelgeving.

436. De burgerlijke aansprakelijkheid overeenkomstig de artikelen 1382 en 1386 BW van de Opdrachtnemer wegens fouten die hij heeft begaan n.a.v. de uitvoering van de werken, waardoor schade aan derden wordt berokkend blijft uiteraard bestaan. Voorbeelden van dergelijke fouten zijn de inbreuken op de voorschriften op de algemene organisatie van de bouwplaats, waardoor derden schade oplopen. De extracontractuele aansprakelijkheid van de aannemer 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. Dit vloeit voort uit artikel 1386 van het Burgerlijk Wetboek.

437. Meer dan in het geval van de klassieke overheidsopdrachten moet de Opdrachtnemer risico's dragen en de Overheid voor schadeclaims vrijwaren. Zo wordt in de DBFM-overeenkomst expliciet bedongen dat de Opdrachtnemer instaat voor claims op grond van abnormale burenhinder. Abnormale burenhinder geeft aanleiding tot schadevergoeding, te betalen door de eigenaar van de grond op grond van artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek. In vele gevallen, doch niet altijd, blijft de Overheid de eigenaar van de grond waarop de infrastructuur gebouwd wordt. De Opdrachtnemer kan in dat geval op grond van het gemeen recht dus niet 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 in gevolge de uitvoering van de werken door de Opdrachtnemer.

HOOFDSTUK 17: INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN

17.1. Inleiding

438. Voor de meeste projecten zal de Opdrachtnemer genoodzaakt zijn om gebruik te maken van Intellectuele Eigendom (IE). Deze IE kan door de Opdrachtnemer zelf ontwikkeld zijn (IE Aannemer) of door een derde partij (IE Derden) of nog van de Overheid afkomstig zijn (IE Overheid). Wanneer de Opdrachtnemer IE Derden gebruikt of IE Overheid nodig heeft zal de Opdrachtnemer een licentie moeten verkrijgen van die derde partij of van de Overheid om de IE Derden en IE Overheid te mogen gebruiken.

439. Aangezien IE en IE rechten (IER) van belang zijn voor het project, is een goede regeling van de rechten en plichten, alsook wat te doen in geval van schending van de IER, van groot belang.

440. Daarom moet de DBFM-overeenkomst tussen de Overheid en de Opdrachtnemer voorzien in een regeling omtrent de verschillende IER toebehorende aan de verschillende partijen alsook in een licentieregeling noodzakelijk voor het gebruik van de IER in het kader van het project, en in een regeling in geval van schending van de IER.

17.2. IE Overheid

441. De Overheid blijft eigenaar van alle IE Overheid. Alle IER 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.

442. De Opdrachtnemer kan enkel gebruik maken van de IE Overheid, indien hij hiertoe 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. Deze licentie wordt vaak beperkt tot de duur van de DBFM-overeenkomst en voor gebruik dat strikt noodzakelijk is ter voorbereiding of ter uitvoering van de werken bepaald in de Overeenkomst. Elk ander gebruik is verboden en een schending van de IE Overheid.

17.3. Specifiek voor het DBFM-project ontwikkelde IE

443. Het gebeurt dat een Overheid de eigendomsrechten opeist van de “Specifiek voor het Project ontwikkelde IE”. Een dergelijke eis van de Overheid geeft vaak aanleiding tot moeilijke onderhandelingen met de Opdrachtnemers die die overdracht niet altijd willen en/of kunnen bewerkstelligen omdat ze zelf vaak slechts over een gebruikslicentie beschikken.

444. De Overheid moet geen eigenaar worden van de “Specifiek voor het Project ontwikkelde IE”, maar moet wel vrij kunnen beschikken over de “Specifiek voor het Project ontwikkelde IE” die nodig is om de continuïteit van de Dienstverlening te verzekeren (gebruik, exploitatie en in stand houden 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, die nodig is om het project (verder) te realiseren, te gebruiken, te exploiteren en in stand te houden, wanneer zijzelf of een door haar aangestelde derde het project overneemt of verder afwerkt (bijvoorbeeld in geval van vervroegde beëindiging van de Overeenkomst) en dit zonder enige beperking in duur en zonder betaling van enige bijkomende vergoeding, andere dan de vergoeding voorzien onder de overeenkomst.

445. Daarom wordt voorzien dat de “Speciaal voor het Project ontwikkelde IE” geen eigendom wordt van de Overheid, maar dat door 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 50 jaar) wordt verstrekt op de “Speciaal voor het Project ontwikkelde IE”, die geen eigendom is geworden van de Overheid. Conform deze 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 bovenvermelde wijzigingen hun eer of reputatie in geen geval kunnen schaden.

446. De licentie verstrekt aan de Overheid zal er tevens in moeten voorzien dat de Overheid de Specifiek voor het Project ontwikkelde IE in licentie tevens 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.

447. De Opdrachtnemer moet de Overheid garanderen dat deze de cruciale “Specifiek voor het Project ontwikkelde IE” kan gebruiken overeenkomstig de licentie verleend aan de Overheid. Hiertoe 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 er op toezien dat de Overheid alle nodige licenties verkrijgt inzake de “Specifiek voor het Project ontwikkelde IE” en dat de Overheid de toegekende licenties (bijvoorbeeld software licenties) kan en/of verkrijgen aan 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 van het project.

448. Als de Opdrachtnemer niet in staat is te garanderen dat de Overheid onverstoord over alle noodzakelijke IE zal beschikken, is zij verplicht de Overheid te vrijwaren voor alles schade tengevolge van het onbeschikbaar zijn van de IE. Bijvoorbeeld, wanneer de Opdrachtnemer gebruik maakt van IE Derden, dient zij het risico uit te sluiten 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 eigenaar van de IE derden. Wanneer de Opdrachtnemer 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 kan worden gegeven en die de Overheid toelaat het project te realiseren en het gebruik, de exploitatie en de instandhouding ervan te verzekeren.

17.4. IE Opdrachtnemer

449. 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 IER (met een minimum van 50 jaar) op het gebruik van de IE Opdrachtnemer tijdens en na de Overeenkomst.

17.5. IE Derden

450. Indien de Opdrachtnemer voor het realiseren, gebruik, de exploitatie en/of de instandhouding van het Project IE Derden aanwendt en de Overheid een licentie moet verwerven op deze IE Derden om het project te kunnen gebruiken, exploiteren, in standhouden en/of verder af te werken, moet de Opdrachtnemer zich sterk maken dat hij de nodige rechten, toestemmingen en machtigingen heeft bekomen om deze licentie te kunnen geven.

451. Er moet worden voorzien dat de Opdrachtnemer op eenvoudig verzoek van de Overheid alle schriftelijke stukken en andere bewijzen voorlegt waaruit de verwerving van alle nodige rechten, toestemmingen en machtigingen om op die IE Derden een licentie (met inbegrip van het recht tot het verstrekken van sublicenties) te verlenen onmiskenbaar blijkt.

452. De Opdrachtnemer moet er zich toe verbinden om geen IE Derden te gebruiken in het kader van de voorbereiding of de uitvoering van het project zonder dat hij de nodige rechten heeft bekomen om een licentie te kunnen verlenen op die IE Derden aan de Overheid.

453. De Opdrachtnemer is aansprakelijk voor alle schade (kosten, verliezen, vergoedingen, claims en aanspraken) die een gevolg zijn van het niet-verwerven van de rechten, toestemmingen en machtigingen voor het verstrekken van een licentie aan de Overheid.

17.6. Schending van IER door de Opdrachtnemer

454. Het algemene principe is dat alle schade (kosten, verliezen, vergoedingen, claims en aanspraken) tengevolge van een schending van IER van derden door de Opdrachtnemer ten laste zijn van de Opdrachtnemer. De Opdrachtnemer draagt de kosten en zal aansprakelijk zijn voor alle schade van zulke schending van IER van derden in hoofde van de eigenaar van de IE alsook in hoofde van de Overheid. De Opdrachtnemer dient de Overheid te vrijwaren voor alle vorderingen, claims en schade ten gevolge van de schending. De Opdrachtnemer zal ook voorzien in passende alternatieve IE voor de realisatie, de exploitatie, het gebruik en het in stand houden van het project ter vervanging van de IE die de Overheid niet meer kan/mag gebruiken.

455. Wanneer de schending van IER en/of daarmee gepaard gaande rechtsvorderingen de realisatie, het gebruik, de exploitatie of het in stand houden van het project door de Opdrachtnemer dreigt te (ver)hinderen, moet de Opdrachtnemer de Overheid daarvan zo snel mogelijk in kennis stellen. De Opdrachtnemer neemt de verdediging op zich tegen elke rechtsvordering die omtrent enige schending kan worden ingesteld, alsook de daarmee gepaard gaande kosten. De Overheid biedt haar assistentie aan maar draagt niet bij in de kosten van de verdediging. De Opdrachtnemer zal een schadevergoeding betalen aan de Overheid.

456. De Opdrachtnemer garandeert en maakt zich sterk dat hij noch zijn onderaannemers in het kader van de voorbereiding en de uitvoering van het Project inbreuk maken op IER van derden en dat noch de aangewende IE Opdrachtnemer, noch de IE Derden een inbreuk maakt op IER van derden.

17.7. Schending van IER door de Overheid

457. De Overheid kan IE bijdragen tot het project dewelke de Opdrachtnemer mag gebruiken. Wanneer het niet om eigen IE gaat, moet de Overheid er voor zorgen dat zij gemachtigd is om deze IE te laten gebruiken door de Opdrachtnemer door middel van een sublicentie. Wanneer de Overheid de eigendomsrechten schendt op de IE van een derde door deze IE in sublicentie te geven aan de Opdrachtnemer zonder dat zij hiertoe gerechtigd is zal de Overheid aansprakelijk zijn voor alle schade die daaruit voortvloeit.

458. Wanneer de Opdrachtnemer IE gebruikt die door de Overheid in het project werd binnengebracht, zal de Overheid garanderen dat de Opdrachtnemer en/of zijn onderaannemers deze IE mag gebruiken. De Opdrachtnemer zal aansprakelijk zijn voor elke schending ervan, tenzij zij zich redelijkerwijze niet kon nagaan of zij deze IE mocht gebruiken.

17.8. IE na beëindiging van de Overeenkomst

459. De Overeenkomst dient te voorzien in bepalingen omtrent het lot van de IE en de IER 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, dient de Overheid te beschikken over de nodige IE om het project verder te realiseren met een derde partij of de Dienstverlening door een derde partij te laten verzorgen.

460. 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 deze Overeenkomst toegekende Licenties aan de Overheid. Omgekeerd zullen de licenties verleend aan de Opdrachtnemers vaak bij de beëindiging van de Overeenkomst een einde nemen.

461. Om de Overheid de continuïteit van het project te garanderen moet het nodige worden voorzien om te verzekeren dat de Overheid onmiddellijk toegang heeft tot de IE en tot de methodes en knowhow gebruikt en ontwikkeld door de Opdrachtnemer voor het project alsook tot alle informatie over hoe deze IE, methodes en knowhow te gebruiken, bij beëindiging van de Overeenkomst om welke reden dan ook en op eerste verzoek van de Overheid.

HOOFDSTUK 18: HET VERZEKERINGSPAKKET

462. Verzekeringen zijn zowel voor de Overheid, de Opdrachtnemer als de financiers van doorslaggevend belang. De Opdrachtnemer die tevens een SPV is, zal door middel van het bouwcontract en de onderhoudscontracten zoveel mogelijk taken en risico's aan de uitvoerende partijen, zijnde de bouw- en onderhoudsaannemers overdragen. Zij zullen op hun beurt bepalen welk verzekeringspakket ze nodig hebben. Het uitgangspunt is dat er geen onverzekerbare risico's en onbeheersbare risico's bij de SPV achterblijven. Anders komt de financierbaarheid in het gedrang.

463. Over het opleggen van een verplicht verzekeringspakket aan de Opdrachtnemer zijn de meningen echter verdeeld. De klassieke visie is dat de Overheid een verplicht verzekeringspakket oplegt. In Groot-Brittannië en Nederland bestaat de meerderheidsopvatting erin de Opdrachtnemer in het samenstellen van een verzekeringspakket vrij te laten.

18.1. De klassieke visie: het verplichte verzekeringspakket

464. In de klassieke visie is de Opdrachtnemer verplicht een aantal verzekeringen aan te gaan. De Algemene Aannemingsvoorwaarden leggen aan de Opdrachtnemer slechts de verplichting op het bewijs voor te leggen dat hij, van bij de aanvang van de werken zich verzekerd heeft voor de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen, alsmede voor zijn burgerlijke aansprakelijkheid bij ongevallen die door de werken aan derden worden berokkend. In DBFM-overeenkomsten gaat de Overheid dikwijls verder in het eisen van een verzekeringspakket.

465. 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 gedragen (en dus in beginsel ook verzekerd) worden. De Overheid zal de continuïteit van het project willen beschermen door de Opdrachtnemer te verplichten een adequaat verzekeringspakket te doen sluiten dat de voornaamste, verzekerbare risico's dekt. Indien 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. Indien de Overheid wel een verzekeringspakket oplegt zal de Overheid zich moeten wapenen tegen het risico van over-verzekering. Het verzekeringspakket dat bij een DBFM-overeenkomst wordt opgelegd kan er immers toe strekken risico's te dekken die doorgaans niet verzekerd worden. Voorts zijn verzekeringen te vermijden waarvan de prijs ervan 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 meestal ook verlangen dat in de verzekeringsovereenkomst een clause wordt opgenomen die de verzekeraars verplicht de Overheid van elke tekortkoming van de Opdrachtnemer of elke disruptie in de verzekeringsovereenkomst op de hoogte te stellen.

466. De Opdrachtnemer zal eveneens veel belang aan een adequaat verzekeringspakket hechten. Indien een risico verzekerd is wordt dit risico in wezen op de verzekeraar afgewenteld. Strikt genomen heeft dit voor de Opdrachtnemer geen kost. De Opdrachtnemer zal immers de premies voor de verzekeringen aan de Overheid kunnen doorrekenen. Indien het door de Overheid opgelegde verzekeringspakket niet adequaat is zal de Opdrachtnemer het voordeel van een bijkomende verzekering moeten afwegen tegen het 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.

467. De financiers hechten, tenslotte, veel belang aan een adequaat verzekeringspakket omdat de verzekeringen, indien een risico zich voordoet, voor de financiers één 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 voorts niet ongebruikelijk dat de financiers eisen als mede-begunstigde van de verzekering te worden aangeduid. In sommige contracten worden zogenaamde *non-vitiation*-clausules opgelegd. Een dergelijke clausule 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.

468. Zoals hierboven is uiteengezet ziet een adequaat verzekeringspakket voor elk project er anders uit en is daarvoor gespecialiseerd advies vereist. Voor elke verzekering is rekening te houden 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 all-risk of multi-risk genoemd). Andere verzekeringen dekken enkel 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 tussen de aard van de schade die wordt gedekt. Er bestaat een onderscheid tussen materiële en niet-materiële schade. 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. Tenslotte is er een onderscheid tussen contractuele en extra-contractuele schade.

469. Het verzekeringspakket gedurende de bouwfase zal ook doorgaans van het verzekeringspakket gedurende de onderhoudsfase verschillen. Doorgaans worden de volgende verzekeringen gesloten:

- Een verzekering tegen materiële schade. Een verzekering Alle bouwplaatsrisico's (ABR of CAR-polis; Construction All Risks) is de belangrijkste all-riskverzekering. De door dergelijke polis verzekerde goederen zijn doorgaans alle bouwwerken, de bouwmaterialen, de bouwelementen, de machines, de toestellen en de installaties, maar tevens ook de voorlopige bouwwerken, de werfkeet, de bouwplaatsuitrusting, de bouwtoestellen en, desgevallend, het bestaande gebouw of de bestaande infrastructuur. Typisch voor dergelijke polis is dat de verzekeringstermijn gelijk is aan de duurtijd van de bouwfase. De dekking kan echter worden uitgebreid tot de onderhoudswerken. 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

valt¹¹. Er is over te waken dat burenhinder of nabuurschade (art. 544 B.W.) 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 indirecte¹² schade uit. Bijvoorbeeld zal 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 franchise wordt afgetrokken en waarbij de herstellkosten 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 10-jarige 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 tijdens de duur van de DBFM-overeenkomst wordt toegebracht. Zij sluit doorgaans uitdrukkelijk de schade uit die na de uitvoering van de DBFM-overeenkomst zou worden veroorzaakt. Een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid kan, tenslotte, 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 een aanvullende waarborg voor de gedeelten van de infrastructuur die niet onder technische controle van de Opdrachtnemer en van andere goederen van de Overheid evenals van immateriële en indirecte schade te voorzien.
- 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 de beschikbaarheid van het project. Indien die beschikbaarheid, door een schadegeval gedurende de bouwfase, vertraagd of, door een schadegeval gedurende de beschikbaarheids-fase, 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 ze zich zou hebben bevonden indien het schadegeval zich niet had voorgedaan. Traditioneel bestaat een onderscheid twee types bedrijfsschadeverzekering: enerzijds de klassieke verzekering, die schade dekt na het optreden van zaakschade zoals brand, ontploffing, waterinfiltratie, ..., en anderzijds de verzekering voor geanticipeerde bedrijfsschade na een schade aan de infrastructuur in opbouw. Die laatste verzekering wordt in het verzekeringsjargon 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 en

¹¹ De duurtijd van de DBFM-overeenkomst is immers doorgaans langer dan 10 jaar.

¹² De indirecte schade is de schade die het onrechtstreeks gevolg van een schadeval is, zoals exploitatieverliezen, gebruiksderiving of financiële verliezen.

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.

- Tenslotte zijn er nog de wettelijke verzekeringen, zoals een verzekering voor arbeidsongevallen of voor bedrijfsvoertuigen.

470. 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 bepalingen die aan die situatie het hoofd bieden.

18.2. De vrijheid van de Opdrachtnemer om zijn verzekeringspakket te bepalen

471. 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 te samen te stellen.

472. Het omgaan met verzekeringen vormt, in die opvatting, het hart van de risicomanagementstrategie van de Opdrachtnemer en omgekeerd vormt efficiënt risicomanagement het hart van de lange-termijnvoordelen 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 inmengt met die integrale risico-overdracht en met de incentives die de Opdrachtnemer heeft om die risico's zo efficiënt mogelijk te beheersen en te beprijzen.

473. Indien de Overheid de Opdrachtnemer een zekere graad van vrijheid gunt, dan valt het te verwachten dat deze verzekeringen overeenkomstig de goede marktpraktijk zal aangaan. Hieronder vallen reeds de wettelijk verplichte verzekeringen.

474. Bovendien zorgt het non-recourse karakter van de DBFM-financiering ervoor dat de financiers als waakhond fungeren tijdens het project. De banken kunnen immers geen zekerheden uitwinnen in het geval de Opdrachtnemer niet meer aan haar 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 die dekking bieden tegen de risico's die de Opdrachtnemer draagt, heeft afgesloten. De gunningsprocedure zorgt er ook voor dat consortia en hun financiers zoeken naar efficiënte vormen om risico's te beheersen. Het voorschrijven van verzekeringen 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 beste geplaatst om het verzekeringspakket te definiëren.

HOOFDSTUK 19: BESLUIT

475. Het DBFM-verhaal is in Vlaanderen de wieg ontgroeid. Ervaring met de mature stadia van de uitvoering van DBFM-projecten is echter nog steeds schaars. Zowel bij de Overheid, als bij de private sector wordt PPS in het algemeen, en DBFM in het bijzonder niet van kritiek gespaard.

476. De uitdagingen voor de markt zijn divers. De grootste uitdaging ligt wellicht in de kwaliteit van de mensen die voor de uitvoering en begeleiding van het project instaan. DBFM-overeenkomsten vereisen een ander soort kennis dan hetgeen vereist is voor klassieke bouwopdrachten. Bouwbedrijven zijn soms nog te traditioneel ingesteld en hebben nog altijd de neiging om teveel naar de laagste prijs en winstmaximalisatie te kijken. Overheden moedigen hen daartoe ook aan. De attitude mag echter niet meer op de laagste prijs gericht zijn. De focus moet veeleer verschuiving naar het dienstverlenend aspect van DBFM. Er moet worden nagedacht over hoe efficiënt kan worden gebouwd in functie van onderhoud en hoe efficiënt kan worden onderhouden in functie van operationaliteit. Een dergelijke denkwijze vergt generalisten die horizontaal kunnen denken en verschillende disciplines kunnen integreren.

477. Ondernemingen staan voor de uitdaging strategische keuzes te maken. Enerzijds moet beslist worden in welke component(en) de onderneming zich gaat specialiseren en of men klaar is voor de veranderingen die de specialisatie met zich meebrengt. Anderzijds moet er beslist worden met wie en voor welke componenten men samenwerkingsverbanden wil aangaan. Bedrijven moeten leren de juiste partners te zoeken voor de juiste oplossing. Omgekeerd geldt ook dat bedrijven bereid moeten zijn om te investeren in kennis zodat het bedrijf zich tot een interessante en een gewilde partner kan profileren.

478. Ook de Overheid staat voor grote uitdagingen. Net als bij de private ondernemingen moet ook bij de Overheid kennis bijgehouden en gestimuleerd worden. Vooral bij lokale overheden is er zo goed als geen kennis van DBFM-overeenkomsten.

479. Een andere uitdaging ligt in het juist en efficiënt leren specificeren van de outputspecificaties. De outputspecificaties moeten functioneel zijn en de balans vinden tussen abstract en concreet. Het is belangrijk dat overheden meer naar resultaatsverbintenissen gaan teruggrijpen. Teveel nog ligt de nadruk op het omschrijven van de middelen waarmee de outputspecificaties moeten worden bereikt.

480. Een derde, belangrijke uitdaging voor de Overheid is de uitwerking van een goede gunningsstrategie. De gunningsperiodes duren nu soms redelijk lang. De Overheid heeft noodgedwongen veel tijd nodig om beslissingen te nemen. Het risico bestaat immers dat haar subjectiviteit wordt verweten of dat zij fouten maakt met het risico op procedures voor de Raad van State. Toch moet de Overheid leren snel eerste selecties te maken op basis van beperkte maar representatieve offertes en in een verdere fase desgevallend compensatie voorzien voor de hoge offertekosten van de kandidaten. Een serieuze tijdswinst in het voortraject zou trouwens al een groot deel van de kritiek doen verstommen.

481. Een verdere standaardisatie van DBFM-overeenkomsten zou tenslotte aan vele van deze uitdagingen voor een deel tegemoetkomen. Op maat gemaakte contracten zijn te duur voor kleinere,

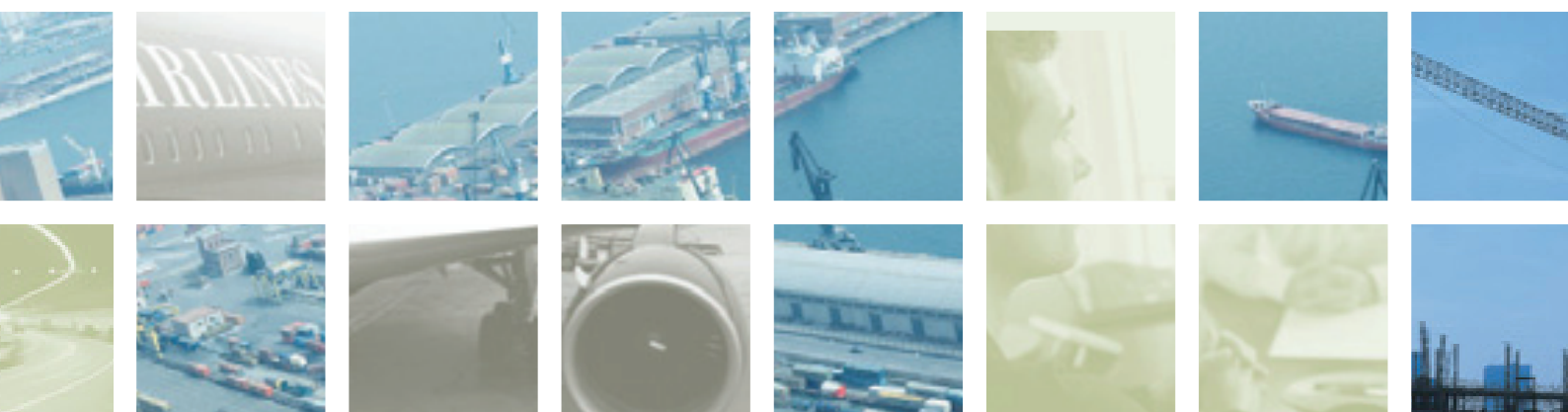
lokale DBFM-projecten. Als wordt gekozen voor een standaardisatie in DBFM-overeenkomsten en een gemeenschappelijk begrijpen van DBFM, zullen zowel voorbereidingskosten aan de zijde van de Overheid, als offertekosten aan de zijde van de Opdrachtnemer drastisch afnemen. Ook financiers zullen zich beter vertrouwd voelen bij gestandaardiseerde DBFM-overeenkomsten, wat de risicopremies bij de financiering ten goede zal komen.

482. Dit DBFM-handboek poogt aan de DBFM-toekomst mee te bouwen door theoretische kennis aan ervaring te koppelen. Het handboek effent hopelijk verder het pad naar standaardisatie en een goed begrip van DBFM-overeenkomsten.

BIJLAGE 1: Model van Risicoallocatiematrix

OORZAAK	GEVOLG	OVERHEID	GEDEELD	OPDRACHTNEMER
Bevoegde autoriteit weigert bepaalde maatregelen te nemen, op andere dan zwaarwegende en tijdig meegedeelde gronden, v.b. verkeersmaatregelen	Opdrachtnemer kan niet voldoen aan beschikbaarheidseisen	X		
Het door vergunningsverlenende instantie stellen van vooraf voor Opdrachtnemer niet kenbare voorwaarden aan vergunning	Tijdsverlies en financiële gevolgen	X (maar evt. deel van de kosten blijvend bij Opdrachtnemer gelegd, afhankelijk van berekening)		
Het niet binnen geldende wettelijke termijnen verlenen of onherroepelijk worden van een door de Opdrachtnemer gevraagde vergunning	Tijdsverlies en financiële gevolgen	X (maar evt. deel van de kosten blijvend bij Opdrachtnemer gelegd, afhankelijk van berekening)		
Het niet binnen redelijke termijn meewerken door kabelbeheerders of eigenaren aan verwijdering of verlegging kabels of leidingen	Tijdsverlies en financiële gevolgen	X (maar evt. deel van de kosten blijvend bij Opdrachtnemer gelegd, afhankelijk van berekening)		
Stabiliteit; verzakkingen;	Vertraging in de uitvoering, extra			X

rioleringen; aard ondergrond;	kosten voor aanvullende maatregelen			(grondonderzoek voeren)
Verontreiniging, obstakels, explosieven op het bouwterrein die niet uit de verstrekte gegevens kenbaar waren of voor een professionele opdrachtnemer kenbaar hadden moeten zijn		X (maar evt. deel van de kosten blijvend bij Opdrachtnemer gelegd, afhankelijk van berekening)		
Gevallen van Overmacht zoals vermeld in DBFM-overeenkomst	Materiele schade, directe kosten- en tijdsconsequenties		X (afhankelijk van de berekening van de vergoeding)	
Onvoldoende kwaliteit materialen	Schade aan de infrastructuur, meer onderhoud			X
Burenhinder	Extra kosten voor aanvullende maatregelen			X (maar evt. met cap)
Onjuiste Verstrekte Gegevens die door de Overheid zijn megedeeld	Diverse gevolgen	X		
Onverwachte stijgingen prijzen van materialen, lonen, grondstoffen				X (het prijspeil wordt aangepast via de prijsherzieningsformule)
Wetswijzigingen	Mogelijke kostenimpact	X (als Relevante Wetswijziging, maar met evt. "threshold" of drempel		



Vlaamse overheid
Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid
Stafdienst van de Vlaamse Regering
Kenniscentrum PPS
Koolstraat 35, 1e verdieping
1000 Brussel
Tel. 02 553 29 39 - Fax 02 553 28 09