

leegstand van winkelruimten ontstaan. De Afdeling overweegt in deze uitspraak dat leegstand (in casu berekend op 8,7%) van invloed kan zijn op het woon- en leefklimaat en het ondernemersklimaat ter plaatse. (Toenemende) leegstand is kortom een ruimtelijk relevant criterium. Dit is op zichzelf niet nieuw<sup>5</sup> maar in deze uitspraak betoont de Afdeling zich wel kritisch(er dan in eerdere jurisprudentie) jegens verweerder op dit punt en wordt waarde gehecht aan de omstandigheid van een stagnerende groei. Dit laatste doet zich in de huidige economische situatie en met de tendens van toenemende internetbestedingen natuurlijk veel vaker voor waarmee onderhavige uitspraak in de toekomst meer navolging zal kunnen krijgen.

Indien uit het onderzoek volgt dat (meer) leegstand zal ontstaan, dan zal de gemeenteraad gedegen moeten motiveren waarom deze leegstand in het kader van een goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar is. Daarbij zal de gemeenteraad rekening moeten houden met de betrokken belangen van bewoners en ondernemers die kunnen worden getroffen door deze leegstand. Niet uitgesloten is dat een zekere toename van leegstand aanvaardbaar wordt geacht; de enkele stelling dat geen sprake zal zijn van een duurzame ontwrichting – wat op zichzelf inderdaad niet snel moet worden aangenomen – is in ieder geval onvoldoende.

1. Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 november 2011, nr. 201008731. Blijkens deze uitspraken is het doorslaggevende criterium voor duurzame ontwrichting of ook na het sluiten van een of meer voorzieningen voor de inwoners van een bepaald gebied een voldoende voorzieningniveau behouden blijft in die zin dat zij op een aanvaardbare afstand van of in hun woonplaats hun dagelijkse inkomsten kunnen doen.
2. ABRvS 5 december 2012, nr. 201200385.
3. *Het Financieele Dagblad* 18 december 2012.
4. Hierbij is de mogelijk gemaakte supermarkt met maximaal 2100 m<sup>2</sup> bvo buiten beschouwing gelaten.
5. Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 oktober 2011, nr. 201009466.

## Samenwerkingsvormen



Ottilie Laan  
Endtz & Co advocaten

### Publiek-private samenwerking: DBFM(O)

Uit de meest recente voortgangsrapportage DBFM(O) van het Ministerie van Financiën van 3 december 2012,<sup>1</sup> blijkt dat het Rijk de ambitie heeft om het succes van DBFM(O) (Design, Build, Finance, Maintain, Operate) verder uit te bouwen en de toppositie van Nederland binnen Europa te versterken.

Publiek-private samenwerking in de vorm van geïntegreerde contracten, waaronder in de vorm van DBFM(O)-overeenkomsten komt in Nederland met name bij infrastructuurprojecten steeds meer voor, omdat het kabinet erin gelooft dat je met

publiek-private samenwerking meer kunt doen met minder middelen.<sup>2</sup> De (juridische) kennis omtrent DBFM(O)-overeenkomsten is versnipperd en niet voor iedereen even goed toegankelijk. Daarbij komt dat deze vorm van samenwerking een vrij ingewikkelde financieel-juridische structuur kent. In de praktijk blijkt regelmatig dat sprake is van onbekendheid en onbegrip met de structuur en de (rechts)gevolgen van deze vorm van samenwerking. In deze rubriek en in volgende rubrieken zal worden getracht om het begrip van samenwerking tussen overheid en private partijen in de vorm van een DBFM(O)-overeenkomst te vergroten door per deelaspect op praktische wijze uit te leggen wat een PPS in de vorm van een DBFM(O)-overeenkomst behelst. Deze rubriek ziet op het begrip van publiek-private samenwerking in de vorm van een DBFM(O)-overeenkomst in zijn algemeenheid.

Allereerst is van belang om duidelijk te maken wat het begrip 'publiek-private samenwerking' (PPS) inhoudt.

#### Publiek-private samenwerking

PPS betreft een samenwerking tussen overheid en private partijen waarbij iedere partij het risico en de taken op

zich neemt die de desbetreffende partij het beste kan beïnvloeden c.q. kan volbrengen.

In juridisch opzicht is PPS een containerbegrip waaronder tal van samenwerkingsvormen tussen overheden en private partijen worden verstaan. In *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting in haar exploitatie* (deel 26 uit de serie Bouwrecht Monografieën) wordt deze vorm van samenwerking tussen overheid en private partijen als volgt omschreven:

'(...) Een juridisch gestructureerde samenwerking tussen overheid en private partijen bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie, anders dan vanuit de traditionele rollen van overheid en private partijen.'

Het kenniscentrum PPS hanteert de volgende omschrijving:

'(...) PPS is een samenwerkingsverband waarbij overheid en bedrijfsleven, met behoud van eigen identiteit en verantwoordelijkheid, een project realiseren op basis van een heldere taak- en risicoverdeling.'

Als gevolg van die samenwerking kan meerwaarde voor beide partijen worden behaald: meer kwaliteit voor

hetzelfde of minder geld dan het geval zou zijn geweest in een traditionele situatie waardoor voordeel voor beide partijen ontstaat. De overheid realiseert maatschappelijke doelstellingen en creëert perspectief van een hogere kwaliteit en met een reductie van projectkosten. Voor de private partijen ontstaan nieuwe kansen in een groeiende markt, waarbij de private partij ook zelf invloed kan uitoefenen op een zo efficiënt mogelijke vormgeving en uitvoering van het project en daarmee op de verdienmogelijkheden. In Nederland worden grofweg twee soorten publiek-private samenwerking onderscheiden: de publiek-private samenwerking bij gebiedsontwikkeling en publiek-private samenwerking in de vorm van een DBFM(O)-overeenkomst.

#### PPS bij gebiedsontwikkeling

Gebiedsontwikkeling heeft betrekking op projecten van substantiële omvang waarin een bepaalde functie wordt ontwikkeld, bijvoorbeeld wonen (woningbouw), werken (kantoorontwikkeling, bedrijventerrein), winkelen (winkelcentra) en recreatie (natuurontwikkeling), al dan niet in combinatie met elkaar en/of gecombineerd met de aanleg van infrastructuur. Daarbij kan het zowel gaan om nieuwe ontwikkeling als om herontwikkeling van bestaande locaties of gebieden en zowel om stedelijke als om landelijke gebieden. Het kenmerk van PPS bij gebiedsontwikkeling is dat partijen in meer of mindere mate samenwerken bij het opstellen van een plan voor de ontwikkeling van een locatie of een gebied en/of samenwerken bij de grondexploitatie.

#### Waarom DBFM(O)-overeenkomsten?

Het uitgangspunt bij publiek-private samenwerking, dus ook bij een DBFM(O)-overeenkomst, is dat door de samenwerking een 'win-win-situatie' ontstaat en voor beide partijen meerwaarde ontstaat door de samenwerking. Het 'loont' voor beide partijen om samen te werken. Bezien vanuit de overheid c.q. de opdrachtgever is een belangrijke reden om te kiezen voor publiek-private samenwerking in de vorm van een DBFM(O)-overeenkomst gelegen in het benutten van synergievoordelen. Wanneer ontwerp, bouw en onder-

houd afzonderlijk worden uitbesteed c.q. aanbesteed, zullen de desbetreffende opdrachtnemers niet altijd rekening (kunnen) houden met elkaars risico en kosten.

Wanneer ontwerp, bouw en onderhoud en eventueel ook de exploitatie aan één opdrachtnemer worden toevertrouwd, zal deze daarentegen een sterke prikkel hebben om ontwerp-kosten, bouwkosten en onderhoudskosten optimaal op elkaar af te stemmen.

Een ander voordeel is dat een gebouw of werk dat door middel van een dergelijke vorm van publiek-private samenwerking tot stand komt doorgaans op tijd klaar is en van een betere kwaliteit is of een langere levenscyclus heeft dan bij een traditionele situatie waarbij de opdrachtgever het (besteks)ontwerp maakt, directie voert en de opdrachtnemer/aannemer het werk realiseert het geval zou zijn geweest. Bij grootschalige projecten is de duur van het te realiseren werk gekoppeld aan de economische levensduur van het werk, de zgn. 'lifecycle-benadering'. De gunning van het project vindt plaats op basis van prijs en kwaliteit doorgaans na een aanbesteding in de vorm van een concurrentiegerichte dialoog.

Daarnaast worden de risico's toebedeeld aan de partij die het beste in staat is om deze risico's te beheren. Marktpartijen kunnen de mogelijkheden op het gebied van procesinnovatie, risicobeheersing en efficiency in het algemeen beter benutten dan opdrachtgevers. Voor de private partij is een voordeel dat een dergelijk project gezien de 'lifecycle-benadering' gemiddeld 20 tot 25 jaar werk met zich brengt.

Verder wordt innovatie in de bouw gestimuleerd en krijgt de private partij veel meer vrijheid bij de uitvoering van het project dan in een traditionele situatie het geval zou zijn. In tegenstelling tot de traditionele situatie schrijft de opdrachtnemer niet in op een bestek dat hij moet uitvoeren, maar krijgt de opdrachtnemer een aantal criteria op hoofdlijnen die zijn gericht op het bereiken van een bepaald resultaat. Daarbij gaat het erom dat het gevraagde resultaat wordt bereikt, maar niet *hoe* dat resultaat wordt bereikt. Ten opzichte van de opdrachtnemer is dus sprake van een 'outputgerichte' benadering die zich ook vertaalt in de betaling van de op-

drachtnemer. De opdrachtgever betaalt niet primair voor het 'product', maar voor de beschikbaarheid van het desbetreffende product, welke beschikbaarheid de resultante is van de 'outputspecificatie' waarin het programma van eisen van de opdrachtgever in de vorm van criteria is vertaald. De opdrachtnemer ontvangt geen betaling die is gekoppeld aan de voortgang van het werk, maar een beschikbaarheidsvergoeding die is gekoppeld aan het bepalen van bepaalde mijlpalen.

Een nadeel van deze vorm van samenwerking betreft het feit dat de voorbereiding veel meer tijd vergt dan in een traditionele situatie het geval zou zijn en daardoor sprake is van relatief hoge transactiekosten. Mede om die reden loont het voor een opdrachtnemer doorgaans pas om op deze wijze samen te werken met de overheid bij projecten met een minimale omvang van € 50 à 60 miljoen.<sup>3</sup> De overheid tracht de transactiekosten te verlagen door standaardisering van contracten aanbestedingsdocumentatie.<sup>4</sup> Verder is van belang dat de opdrachtgever in geval van een DBFM(O)-overeenkomst, anders dan in de traditionele situatie, niet langer het risico draagt van de raakvlakken (het 'interfacerisico') tussen de diverse contractonderdelen. In een traditionele situatie kan bijvoorbeeld na een gebrek dat na oplevering van een project geconstateerd wordt, discussie ontstaan of het gebrek het gevolg is van een ontwerpfout, een bouwfout of een onderhoudsfout. Ontwerper, bouwer en onderhoudsbedrijf hebben ieder een aparte rechtsverhouding met de opdrachtgever. Wanneer de opdrachtgever het gebrek wil laten herstellen zal hij zelf moeten aantonen welke van deze contractpartijen aansprakelijk is.

Een ander voordeel voor de overheid als opdrachtgever is dat de investering in het DBFM(O)-project wat de begroting betreft over meerdere jaren kan worden gespreid.

#### Aard DBFM(O)-overeenkomst

DBFM(O)-overeenkomsten betreffen overeenkomsten 'sui generis' en een (geïntegreerde) contractvorm, waarbij diverse onderdelen van de realisatie en exploitatie van een bouwproject door de opdrachtgever aan één opdrachtnemer worden opgedragen.

De letters 'DBFM(O)' staan voor Design (ontwerp), Build (bouw), Finance (financiering), Maintain (onderhoud) en Operate (beheer c.q. dienstverlening) gebaseerd op de meergenoemde 'lifecycle-benadering'. In het DBFM(O)-model speelt een groot aantal contractuele relaties een rol. Een van de belangrijkste contractuele relaties is de relatie tussen de overheid als opdrachtgever en de private partij als opdrachtnemer, welke contractuele relatie wordt vastgelegd in de DBFM(O)-overeenkomst.

**De structuur van de DBFM(O)-overeenkomst**

De DBFM(O)-overeenkomst wordt aangegaan door de private partij met de overheid als opdrachtgever. De DBFM(O)-overeenkomst wordt doorgaans echter niet aangegaan door de private partij zelf, maar door een speciaal door de private partij daartoe opgerichte projectvennootschap, een zgn. 'special purpose vehicle' of 'special purpose company' (hierna: 'SPV' of 'SPC').

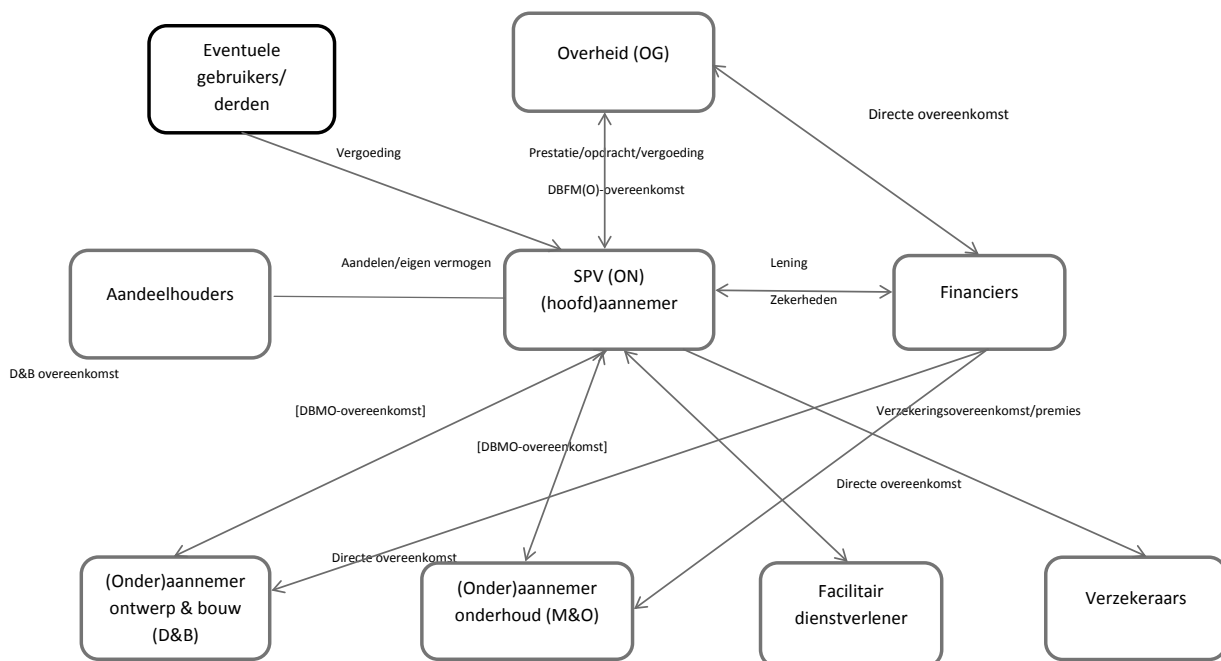
De SPV is een schone BV zonder eventuele aansprakelijkheden en verplichtingen uit het verleden. De SPV is de spil van de DBFM(O)-overeenkomst. De SPV fungeert als opdrachtnemer van de overheid als opdrachtgever en gaat uit dien hoofde een langlopende verplichting van tussen de 15 en 35 jaar aan in de vorm van een DBFM(O)-overeenkomst. Daarnaast worden de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de DBFM(O)-overeenkomst door de SPV 'back-to-back' doorgecontracteerd naar de (onder)aannemers van de SPV en andere derden waarmee de SPV contracteert. De desbetreffende (onder)aannemer en overige derden, zoals bijvoorbeeld een facilitair dienstverlener, zijn degenen die het project feitelijk moeten uitvoeren. Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het ontwerp, de bouw, de financiering, het beheer en onderhoud van het desbetreffende object alsmede voor de na de realisatie door opdrachtgever gewenste dienstverlening. Het object kan van alles behelzen, maar

heeft tot nu toe meestal betrekking op gebouwen en infrastructuur. Met name bij gebouwen is sprake van een 'O'-component bestaande uit dienstverlening zoals een facilitaire dienstverlener voor de catering, beveiliging, schoonmaak van het gebouw. Als opdrachtnemer is de SPV verantwoordelijk voor de integrale samenhang tussen de verschillende componenten van de DBFM(O)-overeenkomst, welke verantwoordelijkheid zo nodig eveneens 'back-to-back' zal worden doorgecontracteerd naar de desbetreffende (onder)aannemers en overige derden met wie wordt gecontracteerd. Schematisch ziet de structuur van de DBFM(O)-overeenkomst eruit als onderstaand schema.

**Slot**

In een volgende aflevering van deze rubriek zal nader worden ingegaan op de rechten en verplichtingen van de overheid als opdrachtgever uit hoofde van de DBFM(O)-overeenkomst.

**DBFMO-overeenkomst<sup>a</sup>**



<sup>a</sup> Ontleend aan A.G. Bregman & R.W.J.J. de Win, *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Deventer: Kluwer 2005, p. 410 en aangepast door OL.

1. Zie [www.ppsbijhetrijck.nl/Publicaties?publicatiesoort=Voortgangsrapportage](http://www.ppsbijhetrijck.nl/Publicaties?publicatiesoort=Voortgangsrapportage).
2. 'Nieuwe kabinet kiest expliciet voor PPS', bron: Regeerakkoord en PPS Netwerk Nederland.

3. M.B. Klijn, 'PPS-light: voordelen van DBFM(O) ook haalbaar voor kleine(re) projecten?', *TBR* 2010, 164.
4. [www.ppsbijhetrijck.nl](http://www.ppsbijhetrijck.nl).