

Vervolgens valt op dat in het publiekrechtelijke spoor twee varianten mogelijk zijn: exploitatieregels in het omgevingsplan of exploitatievoorschriften in de omgevingsvergunning of het projectbesluit. Waar in het huidige systeem het exploitatieplan inclusief de exploitatieopzet en de verdeelsleutel voor de kosten bij de planologische maatregel moet worden vastgesteld, kan onder de Omgevingswet een belangrijk deel van deze werkzaamheden worden doorgeschoven naar het moment van concrete vergunningverlening. Terecht wordt opgemerkt dat dit meer passend is in een systeem van uitnodigingsplanologie. Bij het maken van de plannen heeft dan immers nog niet gedetailleerd in de exploitatieopzet te worden uitgewerkt hoe invulling zal worden gegeven aan de geboden planologische ruimte. Aan de in het verleden geuite kritiek dat met het doorschuiven van de bepalingen omtrent kostenverhaal naar het moment van de

vergunning de functie van ‘stok achter de deur’ van deze bepalingen in gevaar komt of juist betaalplanologie kan worden uitgelokt² lijkt gehoor te zijn gegeven. Ook als de regeling wordt doorgeschoven naar de vergunning, moet in het omgevingsplan worden bepaald voor welke gebieden het kostenverhaal dient plaats te vinden, of dit met exploitatieregels dan wel -voorschriften zal geschieden en welke bovenwijkse voorzieningen daarin worden opgenomen. Op deze wijze is ook voorafgaand aan de vergunningverlening al duidelijk binnen welk gebied binnenplanse verevening zal plaatsvinden en in hoeverre daarin kosten van buiten het gebied betrokken zullen worden.³

Voor het overige valt vooral op dat de regeling in het wetsvoorstel wel veel gelijkenis vertoont met de huidige regeling in de Wro, maar vooral eenvoudiger en beknopter is. Voor een volledige vergelijking van het huidige systeem met het systeem van

de Omgevingswet, waarbij zeker onderwerpen als de reikwijdte van de contractiemogelijkheden en de nieuwe kostensoortenlijst aan de orde moeten komen, zullen ook de AMvB's beschikbaar moeten zijn. Want net zoals het huidige systeem is verdeeld over de Wro en het Bro, wordt ook in het nieuwe systeem slechts een beperkt deel in de wet opgenomen en volgt een belangrijk deel van de uitwerking in de AMvB's. Wordt dus vervolgd bij het openbaar worden van de AMvB's.

1. Regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Kamerstukken II* 2013/14, 33962.
2. Zie J.F. de Groot e.a., ‘Toetsversie Omgevingswet: overzicht en aanbevelingen’, *TBR* 2013/94.
3. Zie voor een meer uitgebreide toelichting op deze begrippen en hun toepassing A. de Snoo, ‘Bovenplanse verevening: goede ruimtelijke ordening als koppeling van min en plus’, *VGR* 2012, afl. 6.

Samenwerkingsvormen



Otilie Laan
Stijl advocaten

Publiek-private samenwerking: de F-component bij DBFM(O)-overeenkomsten (II)

Zoals in eerdere bijdragen aan de orde is gekomen, gaat het bij DBFM(O)-overeenkomsten om een langlopende overeenkomst tussen een overheid of semioverheid als opdrachtgever en een private partij als opdrachtnemer, waarbij opdrachtnemer een object met een aanzienlijke waarde aan opdrachtgever ter beschikking stelt gedurende de looptijd van de overeen-

komst. Het hoofddoel van de DBFM(O)-overeenkomst is dat het object, dat aan de eisen van opdrachtgever dient te voldoen, aan opdrachtgever ter beschikking wordt gesteld. Omdat opdrachtnemer als private partij zijn kosten met een winstoverslag terugverdient voor het ontwerp, de bouw, het onderhoud en eventueel facilitaire diensten door middel van de beschikbaarheidsvergoeding die door opdrachtgever wordt voldaan, neemt hij de financiering van het ter beschikking kunnen stellen van het object voor zijn rekening. De lening wordt pas terugbetaald vanaf de oplevering van het project, omdat er tijdens de bouw geen inkomsten zijn. De lening wordt betaald uit de beschikbaarheidsvergoeding (BBV) die pas na de terbeschikkingstelling van het project aan de opdrachtgever zal worden voldaan.¹

DBFM(O)-projecten worden in Nederland doorgaans aanbesteed in de vorm van een concurrentiegerichte dialoog. Het aanbesteden van een project kan geschieden door het volgen van de openbare of de niet-

openbare procedure. Bij de niet-openbare procedure wordt eerst een voorselectie gehouden. Na deze voorselectie kunnen de geselecteerde gegadigden hun inschrijving rechtstreeks indienen.

Bij de aanbesteding van een DBFM(O)-project is de zgn. ‘concurrentiegerichte dialoog’ doorgaans de meest bruikbare vorm van aanbesteden, omdat het gaat om zeer complexe projecten waarbij de aanbestedende dienst vooraf niet exact kan uitvragen, maar een oplossing zoekt die aan bepaalde eisen voldoet (outputspecificatie). Tijdens de concurrentiegerichte dialoog kunnen financiële facetten aan de orde komen.

Een van de zaken die tijdens de aanbestedingsfase moet worden geregeld is het verkrijgen van financiering door de SPV/opdrachtnemer. De financiering van DBFM(O)-projecten vindt doorgaans plaats door middel van een gesyndiceerde lening (‘syndicated loan’) dat wil zeggen een lening (vreemd vermogen) van twee of meer banken aan de SPV/opdrachtnemer.

Het is de bedoeling dat de desbetreffende banken zich onder tijdens de aanbestedingsfase overeen te komen voorwaarden op hoofdlijnen alvast committeren aan de inschrijver (de SPV/opdrachtnemer), zodat deze tijdens het BAFO² beschikt over de benodigde financiering en een 'committed biding' kan doen.

Tijdens de aanbestedingsfase wordt de financierbaarheid ('bankability') van het project onderzocht.

De bank(en) wil(len) alle mogelijke technische, financiële, juridische en verzekeringstechnische risico's in kaart brengen en eis(t)(en) daartoe een uitgebreide due diligence.

De technische haalbaarheid wordt onderzocht om de bouwtechnische risico's van het project ten opzichte van de outputspecificatie te beoordelen. De bouwtechnische risico's kunnen worden onderverdeeld in risico's in de voorbereidings- en ontwerpfase (D),³ de bouwfase (B)⁴ en de onderhouds- (M) en exploitatiefase (O)⁵. Daarnaast wordt de bij de aanbestedingsdocumentatie gevoegde concept-DBFM(O)-overeenkomst⁶ onder de loep genomen om risico's voor de opdrachtnemer inzichtelijk te maken. Verder worden de verwachte bouwkosten onderzocht.

Het resultaat van de due diligence wordt getoetst aan het financieel model. Het financieel model gemaakt door de gegadigde wordt gebruikt om de financieel-economische haalbaarheid van het project door te rekenen. Het is een dynamisch rekenmodel waarin verschillende aannames en scenario's voor de door de gegadigde begrote investeringen, kosten en opbrengsten zijn verwerkt waarmee tevens rekening wordt gehouden met verwachte macro-economische ontwikkelingen zoals inflatie, belastingheffing, de renteontwikkeling en die gedurende de looptijd op het project van invloed zijn (F).⁷

Vervolgens dient de gegadigde door middel van het financieel model bij de inschrijving inzichtelijk te maken op welke uitgangspunten de door de opdrachtgever aangeboden bruto beschikbaarheidsvergoeding is gebaseerd door een gedetailleerde specificatie van de kosten en eventuele opbrengsten over te leggen.

Wat de kosten betreft dient deze specificatie betrekking te hebben op alle kosten met betrekking tot het ontwerp, de constructie, de opleve-

ring, het onderhoud en de vernieuwing van het project, de verzekering, financieringskosten, belastingen, alsmede de opslagen voor risico's.

De opbrengsten moeten worden gespecificeerd naar de bruto beschikbaarheidsvergoeding, kortingen, opbrengsten verhuur aan derden en de netto beschikbaarheidsvergoeding. Het financieel model maakt verder de activa en passiva van de financieringsstructuur inzichtelijk. Dat wil zeggen de totale financieringsbehoefte blijkt uit de door de gegadigde gekozen bron van financiering,⁸ de individuele financieringstranches met betrekking tot het benodigde vreemde vermogen in de vorm van een indicatieve termsheet inclusief stand-by-faciliteiten zoals onder andere: de voorwaarden voor het verstrekken van de financiering, het opname- en aflossingsschema, de wijze waarop met de rente tijdens de bouwfase wordt omgegaan en de verwachte c.q. maximaal benodigde financiering, rangorde(n), looptijden, marges/spreads, de periode van de beschikbaarheid van financiering, financieringskosten, het afdekken (hedgen) van renterisico's, financiële ratio's en convenanten enz., alle financiële informatie vereist om de banken en/of andere verstrekkers van vreemd vermogen zoals institutionele beleggers maar het comfort te geven dat nodig is om de benodigde financiering te kunnen verstrekken.

De aanbestedingsfase eindigt met de financial close, tevens de start van de realisatie- en exploitatiefase. Financial close is de datum waarop de opschortende voorwaarden die zijn opgenomen in de financieringsovereenkomsten zijn vervuld of vervallen.

Tijdens de financial close worden de afspraken tussen de financiers en de opdrachtnemer definitief gemaakt. Daarbij wordt de markttrente gefixeerd, vaak in combinatie met het maken van afspraken met de financier(s) om het renterisico af te dekken in de vorm van een zgn. 'swapcontract'.⁹ De rente die opdrachtnemer aan de financier(s) dient te voldoen bestaat uit een fluctuerende marktrente (basisrente) met een vaste rentemarge. Aangezien de inkomsten van de opdrachtnemer in de vorm van de bruto beschikbaarheidsvergoedingen wel zijn gefixeerd, is het noodzakelijk om de markttrente kunstmatig te fixeren door middel van een swapcon-

tract. Hierbij ruilt (swapt) opdrachtnemer zijn fluctuerende marktrente met de vaste marktrente van iemand anders die juist behoefte heeft aan een fluctuerende marktrente.¹⁰

1. Zie artikel 2.2 onderdeel a model-DBFM(O)-overeenkomsten.
2. Best and final offer.
3. Het ontwerp voldoet niet of onvoldoende aan de outputspecificatie, (omgevings)vergunning(en), welstand, interne managementproblemen bij opdrachtnemer, enz.
4. Hogere kosten door fouten in het ontwerp, vertraging tijdens de bouw, faillissement, enz.
5. Eventuele meerkosten voor groot onderhoud en vervanging van installaties, schoonmaak, beveiliging, energie, de hoogte van de servicekosten, vandalisme, enz.
6. Risico's opdrachtnemer, vergoedingsmechanisme, mogelijke boetes en/of kortingen, vergoedingen bij de verschillende wijzen van beëindiging van de DBFM(O)-overeenkomst.
7. J.H.W. Koster e.a., *DBFM-Handboek, een verkenning van contractonderdelen*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2008, hoofdstuk 9.
8. Bijvoorbeeld financiering in de vorm van een gesyndiceerde lening, mezzaninefinanciering en/of een obligatielening.
9. 'Reisgids DBFM(O) voor decentrale overheden', 2014 (1e druk), p. 101, zie www.ppssupport.nl.
10. Zie ook 'De route van Definitieve Inschrijving naar Financial Close', Stappenplan voor Rijkswaterstaat.