

Verkenning van de mogelijkheden tot toepassing van ALLIANTIES door Rijksgebouwendienst

(een studie over kenmerken en aspecten van allianties)

Uitgebracht aan: *Rijksgebouwendienst*

Auteurs: *Mevrouw prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis (IBR)*
De heer mr. J.G.J. Janssen (Stibbe)
De heer mr. R. Samkalden (Stibbe)
De heer mr. C.N.J. Kortmann (Stibbe)
De heer Drs.F. ten Have (Deloitte)
Mevrouw M. Glaser (Deloitte)

Studie Allianties

INHOUD

<u>I. INLEIDING</u>	7
<u>II. INLEIDING IN ALLIANTIES</u>	9
II.1 Alliantie, partnering of allebei?	9
II.2 Het onderscheid project Allianties en strategische Allianties	10
II.3 Voordelen van Allianties	10
II.4 Nadelen van Allianties	11
II.5 Wanneer en op welk moment voor een Alliantie te kiezen?	12
II.6 Randvoorwaarden voor succes	14
II.7 Tot slot	16
<u>III. HET AANBESTEDEN VAN EEN ALLIANTIE</u>	17
III.1 Inleiding	17
III.2 Het aanbesteden van Allianties: de Australische ervaring	17
III.3 Het aanbesteden van een Alliantie volgens de Australische methode in het Nederlandse aanbestedingsrecht	25
III.4 De openbare en niet-openbare procedure	25
III.5 De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking	26
III.6 De concurrentie gerichte dialoog	27
III.7 De gunning	29
III.8 De Nederlandse praktijk: na de aanbesteding van een D&C contract een Alliantiecontract gunnen	30
III.9 Concluderend	31
III.10 Aanbevelingen	32
<u>IV. DEELNEMINGENBELEID OVERHEID, STAATSSTEUN EN MEDEDINGINGSRECHT</u>	33
IV.1 Inleiding	33
IV.2 Het wettelijke kader van deelnemingen door de Rijksoverheid in ondernemingen	33
IV.3 Deelnemingenbeleid van de overheid	34
IV.4 Staatssteun	39
IV.5 Mededinging	41
IV.5.1 De overheid en mededinging	41
IV.5.2 Mededinging en bouwconsortia	42

<u>V. DE ALLIANTIE: JURIDISCHE EN ORGANISATORISCHE VORMGEVING</u>	45
V.1 Algemene aspecten	45
V.1.1 Alliantie voor het gehele project of voor een deel van het project	45
V.1.2 Aanbevelingen Alliantie voor geheel project of voor gedeeltelijk project	48
V.1.3 Contractstructuur	48
V.1.4 Aanbevelingen contractstructuur	48
V.1.5 Aandachtspunten bij het opstellen van een Alliantiecontract	49
V.2 Schets van de belangrijkste aspecten	49
V.2.1 De Considerans	49
V.2.2 Organisatie van de Alliantie	50
V.2.3 Organisatie van de Waardse Alliantie als voorbeeld	52
V.2.4 Aanbevelingen organisatie van de Alliantie	57
V.2.5 Communicatie	57
V.2.6 Aanbevelingen	59
V.2.7 Algemene taken van de Alliantie	59
V.2.8 Aansprakelijkheid en risico's van en in de Alliantie	62
V.2.9 Aansprakelijkheid volgens het Napredmodel	62
V.2.10 Aansprakelijkheid bij de Waardse Alliantie en Alliantie N201	64
V.2.11 Aanbeveling aansprakelijkheid en risico's bij Allianties	67
V.2.12 Het Alliantiefonds	67
V.2.13 Duur, beëindiging en vroegtijdige beëindiging van de Alliantie	76
V.2.14 Aanbevelingen	77
V.2.15 Intellectuele eigendom	77
V.2.16 Aanbevelingen	79
V.2.17 Geschillenbeslechting	79
V.2.18 Aanbevelingen	80
V.3 De rechtsvorm van de Alliantie	80
V.3.1 Inleiding	80
V.3.2 De praktijk	82
V.3.3 Buitenlandse literatuur	83
V.3.4 Aanbevelingen rechtsvorm	83
<u>VI. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN VOOR DE RIJKSGEBOUWENDIENST</u>	85
VI.1 Contractstructuur	85
VI.2 Aanbestedingsrecht	85
VI.3 Deelnemingenbeleid, staatssteun en mededingingsrecht	85
VI.4 Juridische en organisatorische vormgeving	85
VI.5 Tot slot	86

Bijlagen	87
<u>Bijlage 1</u> Opsomming van nadelen van partnering (behorend bij II.1.3.) (ontleend aan Bennett en Peace, 2006, p. 11)	89
<u>Bijlage 2</u> Senior Managers' Partnering Checklist (ontleend aan Bennet and Peace,2006, p. 185)	91
<u>Bijlage 3</u> Voorvragen voor keuze Alliantiemodel (ontleend aan Practioner's Guide p. 22)	95
<u>Bijlage 4</u> Alliance agreement sample – Behavioural commitments (behorend bij par. 4.2.1.)	97
<u>Bijlage 5</u> Taken Alliantie (behorend bij V.2.4.)	99
<u>Bijlage 6</u> Duur en Beëindiging van de Alliantie in de buitenlandse literatuur (behorend bij V.2.7.)	101
<u>Bijlage 7</u> Geschilbeslechting (behorend bij V.2.9.)	103
<u>Bijlage 8</u> Lijst met figuren	105

Studie Allianties

I. INLEIDING

De relatie tussen overheid en ontwikkelend Nederland is continu in beweging. Veelal door toegenomen complexiteit van (grootschalige) projecten volstaat de traditionele samenwerking niet meer. De druk om op creatieve wijze met elkaar om te gaan neemt toe. Het gevolg is meer variatie in contracteringsvormen. Samenwerkingsrelaties worden steeds frequenter aangegaan om met elkaar, markt en overheid, vroegtijdig elkaars kennis en kunde in te brengen. Samenwerking draait uiteindelijk allemaal om meerwaarde. Enerzijds zien overheden graag dat het innovatieve vermogen van de markt optimaal geprikkeld kan worden en anderzijds ziet de markt graag zekerheid om niet te veel risico's te lopen. Ten opzichte van de vaak toegepaste innovatieve PPS-modellen zoals 'Design & Construct' of 'Design, Build, Finance, Maintain and Operate' staat de laatste tijd het **Alliantiemodel** in de belangstelling. Dit laatste model gaat niet uit van een traditionele rolverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer maar gaat uit van intensieve samenwerking. Het sluit beter aan op de behoefte om in een vroegtijdig stadium tegemoet te komen aan tegengestelde belangen.

Allianties zijn denkbaar waar het gaat om eenmalige projecten (project Alliantie) maar ook voor lange termijn samenwerkingscontracten, zogenaamde strategische Allianties. Deze beide vormen komen aan bod in deze studie, doch de nadruk ligt op de project Alliantie. Enerzijds omdat daar de meeste winst uit dit model te halen lijkt (voor lange termijn verhoudingen lijken andere modellen meer geëigend en anderzijds omdat met project Allianties de meeste ervaring is opgedaan. Op het gebied van utiliteitsbouw is er met betrekking tot Allianties weinig ervaring; dit geldt voor Nederland en voor het buitenland. In de particuliere sector zijn enkele succesvolle projecten tot stand gekomen. In de publieke sector is in Nederland vooral ervaring opgedaan in de infrastructuur. In het buitenland is wel ervaring opgedaan in de publieke sector met Alliantiecontracten in de B&U sector.

Dit onderzoek berust op het verzoek van de Rijksgebouwendienst (RGD) om helder in kaart te brengen welke (juridische) (on)mogelijkheden er bestaan om een Alliantie aan te gaan zodat maximale efficiëntie door partijen behaald kan worden. Rekening houdende met de heersende regels en beginselen van het mededingingsrecht, rijksbeleid inzake deelnemingen en aanbestedingsrecht zal uiteengezet worden hoe een Alliantie het beste gevormd kan worden en welke strategie hiervoor gevolgd moet worden. De buitenlandse ervaringen¹ en de '*lessons learned*' staan centraal in dit onderzoek, omdat in het buitenland het meest gewerkt is met deze contractvorm en het meest over deze contractvorm is gepubliceerd. Eveneens zal in beeld gebracht worden hoe de Nederlandse praktijk van Allianties er uitziet; reeds nu zij opgemerkt dat deze situatie afwijkt van de buitenlandse situatie. Waar in het buitenland vooral ervaring is opgedaan met Allianties die zowel het ontwerp als de uitvoering betreffen, betreft de Nederlandse ervaring Allianties, waarin slechts het ontwerp is ondergebracht en de uitvoering op de traditionele contractuele manier is vorm gegeven. De consequenties van de Nederlandse praktijk worden in deze studie voortdurend aangegeven.

Het onderzoek is als volgt opgebouwd: In hoofdstuk 2 komen onderwerpen aan de orde inzake de voorvragen: wanneer voor een Alliantie kiezen en wat zijn de projectkenmerken en randvoorwaarden e.d. Hoofdstuk 3 is gewijd aan aspecten van aanbestedingsrechtelijke aard en hoofdstuk 4 aan aspecten van deelnemingenbeleid, staatssteun en mededinging. In hoofdstuk 5 wordt uitgebreid stilgestaan bij de vormgeving van de Alliantie, waarbij o.a. ingegaan wordt op de manier waarop partijen zich jegens elkaar dienen te gedragen en hoe dat gedrag contractueel geregeld wordt. Deze studie wordt daarnaast voorzien van uitspraken van geïnterviewden en casusmateriaal uit binnen en buitenland waaronder de Waardsche

Studie Allianties

Alliantie en de N201, de Australische Practitioners' Guide, de uit het Verenigd Koninkrijk afkomstige standaard voor Allianties PPC 2000 (Project Partnering Contract 2000) en het Napredmodel (ontwikkeld in opdracht van de organisatie van civiel ingenieurs NAPRED). In bijlagen worden relevante bepalingen van deze contracten en modellen weer gegeven.

Dit Rapport is tot stand gekomen door middel van een uitgebreide literatuurstudie en interviews. De weergave van de bevindingen uit de buitenlandse literatuur is ten dele opgenomen in bijlagen, waarmee voorkomen is dat de betooglijn doorbroken zou worden.

II. INLEIDING IN ALLIANTIES

Dit hoofdstuk geldt als een inleidend hoofdstuk en behandelt de algemene (juridische) aspecten van contractvorming bij Allianties. In eerste instantie wordt het begrip Alliantie omschreven waarna wordt stilgestaan bij de (on)mogelijkheden van Allianties alsmede de bijbehorende juridische issues.

II.1 Alliantie, partnering of allebei?

De termen partnering en Alliantie worden veelvuldig naast elkaar gebruikt. Het verschil wordt gezocht in enerzijds de omgangsvorm en anderzijds de inrichting van de samenwerking. Veelal gaat men bij *partnering* uit van een zachte vorm van samenwerking waarbij het accent ligt op een minder conflictueuze manier van samenwerken, het gezamenlijk stellen van doelen, teamspirit, en dergelijke. Bij de *Alliantie* ligt het accent meer op de zogenaamde harde kant: het delen van risico's en de instelling van een Alliantiefonds. Echter, om een samenwerkingsvorm als een Alliantie tot een succes te maken, is het nodig de juiste mix tussen de zogenaamde zachte partnering en de harde Alliantie te vinden. Een Alliantie bezit zodoende beide segmenten.

Aan de hand van de opvattingen in de literatuur is een Alliantie is te omschreven als:

Het in gezamenlijkheid vormgeven van een samenwerkingsverband waarin voordelen en nadelen op zo'n manier gedeeld worden dat gedurende de samenwerking de belangen van betrokken partijen parallel lopen.

Bij een Alliantie gaat het dus om een samenwerking waarbij de winst van de ene partij niet het verlies van de andere partij betekent.



Combinatie van elementen, de Alliantie

“In de traditionele werksfeer heerst veel wantrouwen en verdoet men energie met elkaar aftasten. In een Alliantie werkt men oplossingsgericht, dat levert geld op en een heel positieve werksfeer.”

K. van der Veeke, Alliantiemanager van de Waardse Alliantie.

II.2 Het onderscheid project Allianties en strategische Allianties

Er bestaan twee soorten Allianties, te weten *project Allianties* en *strategische Allianties*. Een project Alliantie wordt gekenmerkt doordat deze vorm van Alliantie wordt aangegaan voor één project. Bij een strategische Alliantie gaat het niet zo zeer om één project maar om een middel om een doel te bereiken waarbij het gaat om langdurige samenwerking:

“Strategic partnering takes place when two or more firms use partnering on a long term basis to undertake more than one construction project, or some continuing construction activity such as maintenance work. Strategic partnering provides the full benefits of partnering because it allows time for continuous improvement. This results in substantial productivity increases.”²

Vanzelfsprekend komen bij deze strategische vorm van Allianties netelige juridische kwesties naar boven, die bij project Allianties minder dringend zijn. Te denken valt aan de volgende mogelijke knelpunten:

- Gaat het om strategische Allianties tussen bedrijven dan gaan de gedachten uiteraard uit naar mededingingsrechtelijke vragen.
- Tussen bedrijven en overheden: aanbestedingsrecht / mededingingsrecht / rijksbeleid / wetgeving.
- Bij een langdurige samenwerking speelt hiernaast altijd de vraag naar de onvoorziene omstandigheden en de houdbaarheid dan wel wenselijkheid van afspraken omtrent lange termijn aspecten.

In dit Rapport wordt het meest uitvoerig stil gestaan bij project Alliantie(s) om de redenen die in Hoofdstuk I (Inleiding) reeds werden aangegeven.

Er lijkt nog een derde variant van de Alliantievorm in omloop te zijn, de zogenaamde contract Alliantie. Deze term wordt gehanteerd bij het project A2 Hooggelegen. De vraag laat zich echter stellen of dit wel een echte Alliantie is. Voor zover informatie beschikbaar is (via het internet) wordt namelijk gesproken in termen van een formele opdrachtgever-opdrachtnemerrelatie, waarin de belangen van ‘ons’ (Rijkswaterstaat) op een nette manier gerealiseerd moeten worden en waarbij de belangen van beide partijen zoveel mogelijk samenvallen. Deze intentie lijkt te ver verwijderd van wat een Alliantie in de normale zin van het woord dient te beogen en te realiseren en dat is de gelijkschakeling van de behartiging van de belangen van beide partijen. Aan deze vorm wordt dan ook verder geen aandacht geschonken.

II.3 Voordelen van Allianties

In verschillende publicaties wordt uitgebreid stil gestaan bij het waarom van de keuze voor de contractvorm Alliantie. De redenen zijn genoegzaam bekend. Dank zij het vormen van een Alliantie:

- dalen de kosten voor de opdrachtgever (soms aanzienlijk);
- neemt de winst van de opdrachtnemer (soms aanzienlijk) toe;
- daalt de bouwtijd ;
- neemt de kwaliteit toe;
- is er een betere werksfeer, waardoor minder geschillen ontstaan.

Het laatste punt verdient hier alvast aandacht. Van een contract maakt een zeer belangrijk onderdeel uit het verdelen van de taken en het verdelen van de daarmee corresponderende verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Het onderwerp geschillen, beter gezegd het voorkomen van geschillen, de "no-blame" cultuur, heeft vergaande consequenties voor de contractuele vormgeving van de verhouding tussen partijen, in het bijzonder waar het gaat om de vraag hoe om te gaan met geschillen. De filosofie van 'no fault - no blame' leidt er namelijk in zijn zuivere vorm toe dat het vrijwel onmogelijk wordt gemaakt dat partijen elkaar aansprakelijk kunnen houden.

"The Project Alliance Participants embrace the fact that one of the prime advantages of alliancing is to avoid disputation and litigation. The contractual structure is designed to reinforce the fact that there are to be no disputes or litigation, the only exception being in the event of Wilful Default by a Project Alliance Participant. To that end, a failure by any Project Alliance Participation to perform any obligation or to discharge any duty in connection with this Project Alliance Agreement will not give rise to any enforceable obligation at law or in equity except to the extent that the failure also constitutes Wilful Default."

Ontleend aan een Australisch Alliantiecontract, Chew (2004, p. 340)

De vraag rijst in een dergelijk geval wat de juridische status is van een Alliantie contract. Immers, er worden wel taken en verplichtingen omschreven, maar van afdwingbaarheid, (afgezien van gevallen van opzettelijk wangedrag) wordt afgezien. In de buitenlandse literatuur bestaan dan ook ernstige twijfels bij de rechtsgeldigheid van dit soort overeenkomsten met een dergelijk 'verbod' op afdwingbaarheid.

Wat is rechtens in Nederland?

In de bestaande Nederlandse (infra-)praktijk zijn de contracten zo geformuleerd dat er alleen maar gesproken wordt van verplichtingen die de Alliantie heeft. Ingegeven door het feit dat de Alliantie aansprakelijkheid naar zich toe zou trekken, is voorts geregeld hoe intern met de draagplicht van die aansprakelijkheid wordt omgegaan. Dat partijen elkaar zouden kunnen aanspreken voor niet-nakoming van een verplichting komt dan ook niet voor in de Nederlandse contracten. Wat de mogelijkheden zijn om op te treden jegens een Alliantiepartner die zijn 'deel' niet nakomt, wordt besproken in paragraaf V.2.8 e.v. alsmede in paragraaf V.2.12 waar resp. de aansprakelijkheid en het Alliantiefonds aan de orde komen.

II.4 Nadelen van Allianties

Ook over de nadelen wordt door de toenemende ervaring met Allianties steeds meer bekend. In een recente publicatie³ worden alle bezwaren die in de afgelopen jaren naar voren zijn gekomen onder elkaar gezet. Vanwege het belang van deze argumenten wordt de lijst in extenso in Bijlage 1 weergegeven. Hier volgt een - vrij vertaalde - weergave van de belangrijkste punten:

- Organisaties die bezig zijn met het opzetten van een partnering cultuur zullen het moeilijk hebben wanneer zij (tegelijkertijd) zich moeten begeven in de moordende concurrentiestrijd om andere projecten van dezelfde aanbestedende dienst binnen te halen.

Studie Allianties

- Gedecentraliseerde vormen van besluitvorming ondermijnen partnering indien hierdoor tegenstrijdige beslissingen worden genomen.
- Ondernemingen zullen verschillende leveranciers moeten hebben en een veelheid aan klanten: dit belemmert een innige partnering verhouding met één leverancier of klant.
- Een open communicatie staat in de weg als partijen tegelijkertijd ook zaken doen met concurrenten van de deelnemers in de partnering relatie.
- Partnering belemmert het ontwikkelen van nieuwe winstgevende activiteiten.
- Het gebrek aan tijd maakt dat de relatie tussen de teamleden oppervlakkig blijft.
- Personen die geschikt zijn voor deelname aan een partnering team zijn niet per se de meest creatieve en het vormen van een partnering team belemmert soms nieuwe ideeën.
- De (economisch) sterkere partners dicteren soms de voorwaarden aan van hen afhankelijke zwakkere partners, waardoor echte samenwerking soms onmogelijk is.
- Hogere managers hebben soms gedetailleerde bevoegdheden waardoor het team onvoldoende vrijheid heeft om echt samenwerkende teams te kunnen vormen.
- Partnering wordt ondermijnd door doelen gericht op prestaties die makkelijk meetbaar zijn.
- Er wordt te veel te snel verwacht.
- Partnering wordt ondermijnd door doelen die alleen bereikt kunnen worden ten koste van degenen lager in de leveranciersketen.

In de literatuur wordt onderkend dat deze lijst lang is, maar tevens wordt gewezen naar oplossingen voor (in ieder geval een deel van) de problemen. Hiervoor hebben Bennet en Peace (2006, p. 185) een checklist opgesteld. Gemakshalve wordt naar deze checklist, die in bijlage 2 is opgenomen) verwezen.

II.5 Wanneer en op welk moment voor een Alliantie te kiezen?

De vraag wanneer (dat wil zeggen: voor welke projecten) te kiezen voor een Alliantie is weliswaar niet een strikt juridische vraag, maar hij wordt in de juridische literatuur wel onder ogen gezien. In het algemeen kan toepassing van het Alliantie model plaatsvinden:

- Waar de opdrachtgever risico's onvoldoende kan benoemen en
- De aannemer deze onvoldoende kan prijzen

en waar voorts de volgende omstandigheden zich voordoen:

- verschillende complexe en onvoorspelbare risico's
- complexe 'interfaces' (raakvlakken)
- lastige posities van verschillende betrokken belanghebbenden

- ingewikkelde externe bedreigingen of juist mogelijkheden die zich lenen voor een gemeenschappelijke actie
- strakke tijdschema's meer als gevolg van projectrisico's dan als gevolg van de organisatorische capaciteit
- risico van wijzigingen als gevolg van technische of politieke invloed.⁴

“Pas na gunning is openlijk gesproken over de zin en onzin de samenwerking het karakter van een Alliantie te geven. Dat is bewust op dat moment gedaan: de partner bezit dan namelijk al veel kennis over het project (en de opdrachtgever) zodat een zinnige discussie kan worden gevoerd om de samenwerking al dan niet als Alliantie vorm te geven. Het is dan ook van belang een Alliantie op het juiste moment aan te gaan.”

Cees Brandsen, directeur projecten RWS

Voor Allianties wordt in de meeste gevallen gekozen wanneer het dus om complexe projecten gaat, waar het gezamenlijk denken over oplossingen gedurende het gehele bouwproject gewenst is.

Toch ziet men in de literatuur ook voorbeelden van Allianties bij projecten die een sterk repeterend karakter hebben en daardoor juist veel minder complex zijn. Een voorbeeld daarvan vormt de bouw van een groot aantal MacDonald's restaurants in de VS.⁵

Op welk moment dient er duidelijkheid te bestaan over de keuze voor het gieten van de contractuele verhouding in de vorm van een Alliantie? In Nederland zijn de bestaande (Alliantie-)contracten niet als een Alliantie aanbesteed. Aanbesteed werd een geïntegreerd (Design and Build) contract en na de gunning is met de partij met wie de overeenkomst aangegaan werd, de verhouding omgezet in een Alliantie. Het voordeel voor de opdrachtnemende partij was dat zij zich verzekerd wist van een overeenkomst, ook als de Alliantie onverhoopt mocht mislukken, want het Design and Build contract had de functie van vangnet. Het ontwerp bevond zich bij deze contracten nog in zo'n vroege fase dat daar middels de nog te verrichten ontwerpwerkzaamheden door de Alliantie optimalisaties te behalen waren. Naarmate de Alliantie later gevormd wordt, zullen deze optimalisaties beperkt zijn.

Het eerst formeren van de Alliantie na gunning van het contract, is niet de ideale situatie. Aanbestedingsrechtelijk kunnen er vragen bij geplaatst worden (bijvoorbeeld als de oorspronkelijke "scope" ingrijpend wordt gewijzigd). Er bestaat al een "opdrachtgever/opdrachtnemer" relatie en dat kan voor de teamvorming een bezwaar zijn. In de buitenlandse literatuur komt men deze praktijk niet tegen.⁶

Hoe weet de opdrachtgever/initiatiefnemer dat een Alliantie een goede vorm juist voor dit project is? In de Engelse literatuur treft men de volgende vragenlijst aan, waarbij de volgende vragen alle met ja beantwoord dient te worden⁷ om tot een Alliantie te kunnen concluderen:

- bent u het eens met het idee dat samenwerken met de andere projectteamleden meer profijt voor u oplevert dan wanneer iedereen zich concentreert op de eigen belangen?
- Wilt u dat betrokken bedrijven een eerlijke winst maken (fair profit)?
- Bent u bereid om tijd uit te trekken opdat partnering succesvol zal verlopen?

Studie Allianties

- Bent u bereid openheid te betrachten over de belangen van uw organisatie bij het zoeken met de andere teamleden naar gemeenschappelijke belangen?
- Bent u bereid u daarover te laten bevragen door de andere teamleden, die een open en volledig antwoord mogen verwachten?
- Bent u bereid om gezamenlijk te zoeken naar antwoorden op problemen, daarbij vermijdend dat gewezen wordt naar schuld van de ander?
- Bent u bereid om beslissingen snel te nemen in het belang van het project?
- Bent u bereid om financieel te investeren in de voorfase van partnering?
- Bent u bereid om interne procedures die haaks staan op partnering te wijzigen?
- Bent u bereid tijd te besteden aan manieren om prestaties te meten overeenkomstig afgesproken werkwijzen?
- Bent u bereid vertegenwoordigers te vervangen die volgens de rest van het team zich niet in lijn met de partnering gedachte gedragen?

Er zijn nog meer vragen van belang bij de keuze voor partnering; deze hoeven niet allemaal met ja beantwoord te worden, maar wel minstens een aantal; welke dat zijn, hangt af van de omstandigheden van het concrete project:

- Bent u bereid met het team te werken opdat zo ontworpen wordt dat het nieuwe gebouw meer voordelen voor uw organisatie op zal leveren?
- Bent u bereid met het team te werken zodat binnen budget en geplande oplevering gebleven kan worden?
- Bent u bereid met het team te werken zodat het werk zonder enig gebrek opgeleverd kan worden?
- Bent u bereid met het team te werken zodat eerder opgeleverd kan worden?
- Bent u bereid met het team te werken zodat het gebouw voor minder dan de normale kosten opgeleverd kan worden?
- Bent u bereid met het team te werken zodat meer voordelen voor uw organisatie gevonden kunnen worden?

II.6 Randvoorwaarden voor succes

Wil de Alliantie een succes zijn dan zullen, wat de contractuele kant van het model betreft, de volgende randvoorwaarden vervuld dienen te zijn:

- De wil om anders samen te werken moet op alle niveaus en door de hele overeenkomst heen vorm worden gegeven. Dit is een belangrijk punt, omdat de Alliantie zo'n andere manier van samenwerken is dan tot nu gebruikelijk was. Het meest afwijkende van de Alliantie vorm is namelijk het verlaten van het denken in termen van opdrachtgever-opdrachtnemer en het gezamenlijk delen van risico's in plaats van deze in kaart te brengen en vervolgens op iemands bord te leggen. Gezien de voorbeeldfunctie die hoger in een organisatie geplaatste medewerkers hebben, is het essentieel dat ook op dat niveau wordt uitgestraald dat dit model voor dit project omarmd wordt.
- Communicatie: moet open zijn. Door de grote rol die vertrouwen speelt in dit model (iedere vorm van aansprakelijkheidsstelling ontbreekt in beginsel) staat of valt het succes van de Alliantie met een open communicatie, zonder dubbele agenda's en zonder de schijn daarvan.
- Vermijden wat op een verticale relatie lijkt. De Alliantie wordt gekenmerkt door een relatie die niet een is van opdrachtgever en opdrachtnemer; de schijn dat een dergelijke relatie toch niet echt prijsgegeven is, moet vermeden worden. Vandaar bijvoorbeeld het advies om bij wege van unanimititeit te beslissen.
- 'No blame': niet wijzen naar de ander. Als het contract afrekeningsmechanismen betreffende aansprakelijkheid kent (waardoor een partij er belang bij krijgt om schuld voor iets naar een ander te schuiven) dan is ook dat een aantasting van het idee van de Alliantie. Het contract dient daarom vrij te zijn van dit soort bepalingen.
- Risico's in de Alliantie opnemen en zo min mogelijk risico's alloceren bij de ene of de andere partij. De risico's dienen gezamenlijk gedragen te worden. Risicodeling is essentieel voor het optimale meedenken van beide partijen in oplossingsrichtingen. Waar dat niet kan zou het devies moeten zijn dat (rest-)risico's voor rekening van de oorspronkelijke opdrachtgever komen.
- Financiële prikkels om goed te presteren. Omdat aansprakelijkheidsstelling niet past bij een Alliantie, maar het bloed kruipt waar het niet gaan, dienen er voor beide partijen andere prikkels te zijn om optimaal te presteren: geen 'stick' maar een 'carrot' in de vorm van deling van de bespaarde kosten.
- Samenstelling Alliantieteam: de partners in de Alliantie dienen zorgvuldig hun eigen afvaardiging in de Alliantie samen te stellen. De samenwerking in de alliantie is een kritische factor waardoor selectie op de competenties samenwerking, communicatie, ondernemerschap en creativiteit, van de Alliantie medewerkers een must is. Daarnaast dient er ook een sociale 'klik' te zijn tussen de afvaardiging van de overheid en van de marktpartij.
- Optimalisatie: De Alliantie dient zich vooral te richten op het continu optimaliseren van het ontwerp, de bouwmethoden en de projectprocessen. Niet alleen de prettige samenwerking maar met name het saldo kostenbesparingen en kwaliteitsverbeteringen bepalen het succes van de Alliantie.
- Wil er sprake zijn van een Alliantie in de zuivere zin van het woord, dan dienen alle activiteiten die nodig zijn om tot realisering van een bouwproject te komen (kort samengevat: ontwerp en uitvoering) in de Alliantie te worden gebracht. Uiteraard is het heel wel mogelijk om een bouwproject, waarvan alleen de ontwerpactiviteiten in de Alliantie zijn ondergebracht (zoals hier te lande gebruik tot nu toe) tot een goed einde te brengen, maar het is de vraag of dat wel een Alliantie genoemd mag worden en of de benaming bouwteam daar niet beter voor is.

II.7 Tot slot

Wie gaat werken met het Alliantiemodel dient zich te realiseren dat het deels nog om pionierswerkzaamheden gaat. De terminologie is nog niet echt vast, de ervaringen uit het buitenland zijn van groot belang, maar uiteraard niet één op één over te plaatsen naar Nederland. Wel is er veel te leren van het buitenland: niet alleen van de in kaart gebrachte cases, waarop de hier gebruikte literatuur mede is gebaseerd, maar ook met betrekking tot de handvatten die door de praktijk zijn aangereikt. Dat de moeite genomen wordt deze te ontwikkelen, zegt iets over het succes van de Alliantie/partnering figuur. Reden genoeg dus deze figuur in de komende hoofdstukken nader in beeld te brengen.

	1 project	Meer projecten
Verticaal	Aanwezig van werk	Raamovereenkomst / raamalliantie
Horizontaal	Projectalliantie	Strategische alliantie (volledig)

	Alleen ...	Ontwerp en ...	Life cycle
Verticaal	Bestek	D&C	DBFMO
Horizontaal	Consortium	Middellange termijn (veredeld bouwteam)	Lange termijn projectalliantie

III. HET AANBESTEDEN VAN EEN ALLIANTIE

III.1 Inleiding

De Waardse Alliantie en de N201 zijn in de markt gezet als design and construct contracten met daarin begrepen de optie tot het vormen van een Alliantie. Nadat gegund was, is op initiatief van de aanbestedende dienst besloten om het contract om te zetten in een Alliantie. Ervaring met het aanbesteden van een Alliantie overeenkomst is er dan ook niet in Nederland. Die ervaring is er wel in met name Australië. Daar is een model ontwikkeld, waarmee, in het kader van de aanbesteding, tegemoet gekomen wordt aan de eigenaardigheden van dit contractmodel. Nog meer dan bij een geïntegreerd contract komt het immers aan op de selectie van de juiste wederpartij. In het hierna volgende zal van die Australische praktijk verslag gedaan worden, waarna bekeken wordt of deze vorm zich leent voor toepassing onder de Nederlandse/Europese aanbestedingsregelgeving.⁸

III.2 Het aanbesteden van Allianties: de Australische ervaring

Het juridische kader

De procedure waarvan gebruik gemaakt wordt in Australië lijkt op die van de niet-openbare procedure: multi-stage open tendering.⁹ Dit is een openbare procedure waarbij in de eerste fase ('stage') alle gegadigden kunnen inschrijven. De aanbestedende dienst selecteert hieruit vervolgens een aantal partijen aan wie wordt verzocht een nadere uitwerking van hun inschrijving te doen in de tweede fase.¹⁰

Uit deze partijen vindt de selectie plaats aan de hand van met wat ten onzent bekend staat als uitsluitingscriteria en geschiktheidseisen. Voorbeelden van de laatste¹¹, zijn:

- aantoonbare technische, financiële en managementcapaciteiten;
- capaciteiten en ervaring projectteamleden;
- ontwerp-, uitvoerings- en onderhoudscapaciteiten;
- voorlopig plan van aanpak voor ontwerp, uitvoering en onderhoud;
- voorlopig plan van aanpak ten aanzien van veiligheid, gezondheid, milieu, kwaliteit en communicatie;
- globale risicoanalyse;
- visie op innovatiemogelijkheden;
- kennis van en commitment aan de Alliantiebenadering

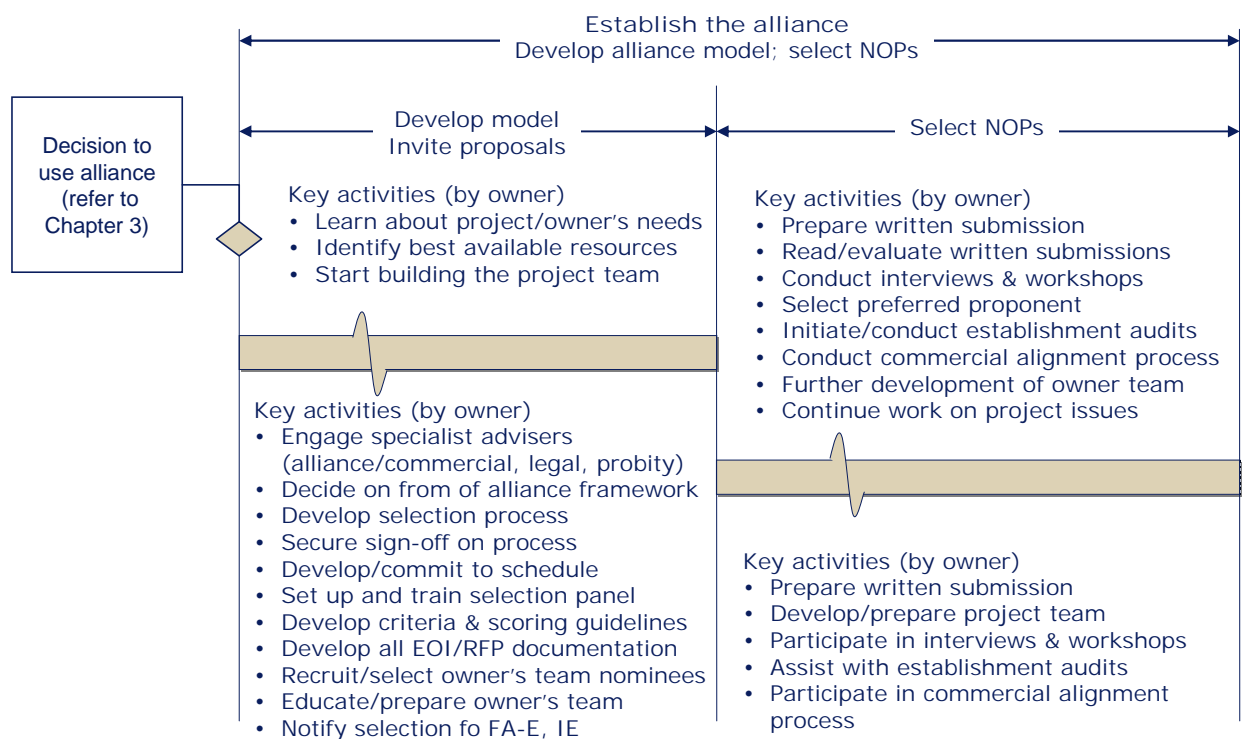
Vervolgens wordt verder gegaan met twee partijen, met wie de voorbereiding van de Alliantie wordt doorgesproken. Hoe dit juridisch past in de aanbestedingsprocedure vindt men niet beschreven. Ook Klijn¹² gaat, voor wat betreft de Australische procedure, hier niet op in.

De praktijk

In de Practioners' Guide wordt het volgende beeld geschetst van de stappen die gezet moeten worden vanaf het moment dat bepaald is dat een project in een Alliantie wordt gerealiseerd. Het spreekt bijna voor zich dat daarbij de goede psychologische basis van het project aan de orde komt:

Studie Allianties

‘The selection process should be designed and implemented with the aim of developing the right psychological foundation for the eventual alliance.’¹³



Figuur 1 Stages in establishing the alliance framework¹⁴

(NOP: non owner participant)

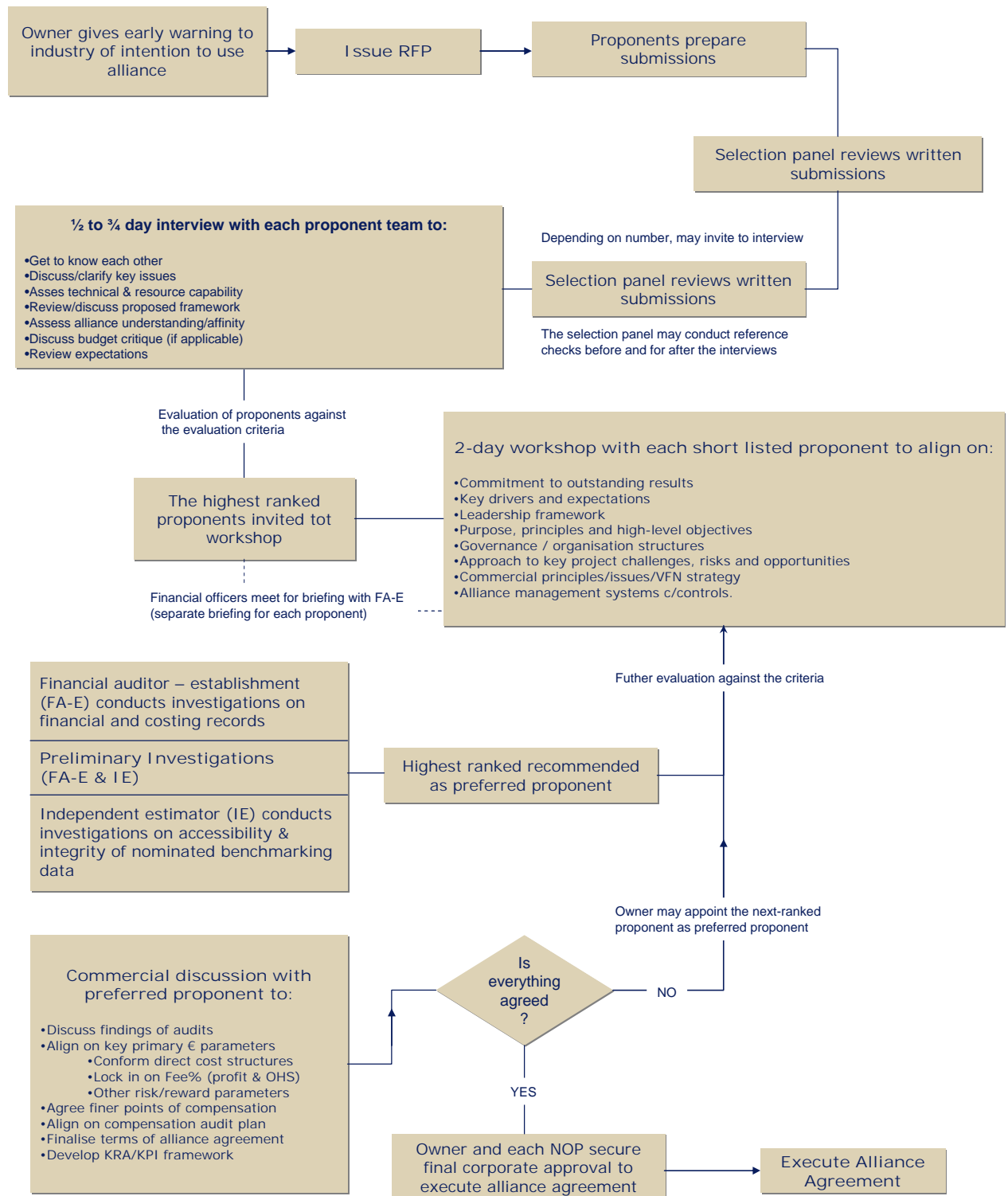
De volgende stappen worden beschreven:

1. Ontwikkeling van een ‘overall approach’. Hoe moet de Alliantie te zijner tijd gaan werken: ideeën daarover moeten nu vorm krijgen. Daartoe dienen sleuteladviseurs betrokken te worden; de personen die zijdens de aanbestedende dienst zitting nemen in het Alliantie Leidersteam (bestuur) moeten bekend worden. En tot slot: duidelijk moet zijn hoe de Alliantie er uit gaat zien.
2. Ontwikkeling van een tijdschema van alle belangrijke beslissingen die genomen moeten worden.

3. Vorming van een selectiepanel en bepaling hoe de selectie plaatsvindt. Dit houdt in dat de juiste leden gekozen moeten worden; de selectiecriteria en het evaluatieproces/selectieproces moeten bepaald worden.
4. Ontwikkeling van de 'Requests for proposals' (RFP) documenten (de aankondiging). Deze documenten houden standaard de volgende aspecten in:
 - een hoofddocument waarin de commerciële onderwerpen (waaronder het gainsharing regime ofwel de winstdeling) zijn opgenomen;
 - een concept overeenkomst;
 - documenten houdende technische en andere informatie over het project; en
 - (indien relevant) een schatting van het beschikbare budget.
5. Ter voorbereiding op de interviews en de workshops dienen de aanbestedende dienst en de mogelijke inschrijvers (proponents) zich voor te bereiden op het selectieproces en de eventuele Alliantie.¹⁵
6. Een financiële auditor moet aangetrokken worden alsmede een onafhankelijke kostendeskundige (independant estimator).
7. Evaluatie en selectie: na beoordeling van de aanbieders moet er een shortlist worden vastgesteld; er vinden interviews plaats met degenen van deze lijst en daarna vindt nog een selectie plaats zodat twee partijen uiteindelijk overblijven; met deze overgebleven partijen worden workshops gehouden en daarna vindt de uiteindelijke keuze op een partij plaats.

Een en ander laat zich schematisch als volgt weergeven:

Studie Allianties



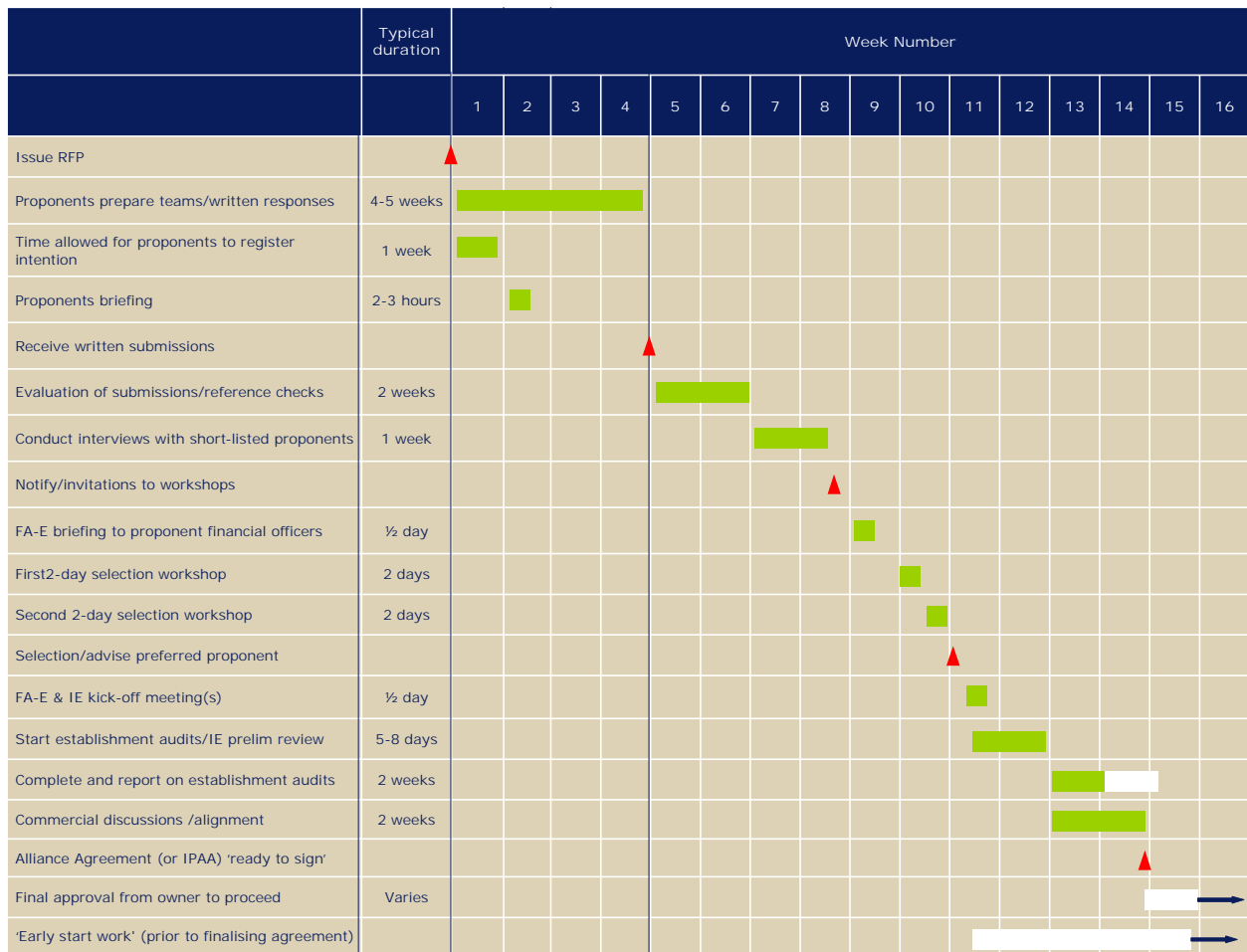
Figuur 2 Recommended process for selecting alliance non-owner participants¹⁶

Ook het volgende schema is illustratief om een beeld te krijgen van de duur van de activiteiten die verricht dienen te worden.

	Typical duration	Week Number							
		5	6	7	8	9	10	11	
Receive written submissions		▲							
Evaluation of submissions/reference checks	2 weeks	■	■						
Conduct interviews with short-listed proponents	1 week			■	■				
Notify/invitations to workshops					▲				
FA-E briefing to proponent financial officers	½ day					■			
First 2-day selections workshop	2days						■		
Second 2-day selections workshop	2 days							■	
Selection/advise preferred proponent									▲

Figuur 3 Tabel¹⁷: Typical timing for selecting the preferred proponent¹⁸

Studie Allianties



Figuur 4 Typical timetable for selecting alliance non-owner participants

Voorwaarde voor het slagen van het selectieproces is dat gegadigden een vaste bezetting van gekwalificeerd personeel inzetten en wel voor enige tijd, want het selectieproces duurt geruime tijd. De interviews dienen ertoe om de aanbestedende dienst de leden van het team van de gegadigde te leren kennen opdat de aanbestedende dienst uiteindelijk beter kan oordelen tegen de achtergrond van de selectiecriteria. Na dit gedeelte van de selectieprocedure blijven twee kandidaten over met wie een tweedaagse Alliantie workshop wordt gehouden.

Alle leden van het selectieteam wonen alle interviews bij. De kandidaten nemen hun potentiële team leden (bestuur en managementteam) mee neerkomend op ongeveer 12 mensen in totaal.

Wat betreft de workshops geeft de Practioner's Guide uiteraard ook uitgebreide informatie. Het doel van de workshop is om de inschrijver te vinden van wie verwacht wordt dat hij het beste presteert gezien de selectiecriteria. Maar de workshop heeft ook een Alliantie-voorbereidend doel: het team dat het werk gezamenlijk moet gaan, wordt hier gesmeed. De gang van zaken in de workshop is als volgt: de overgebleven deelnemers bereiden deze voor door ideeën te ontwikkelen hoe de organisatie eruit moet gaan zien, de verwachtingen van de Alliantie, hoe gecontroleerd gaat worden etc. Voorts wordt gedetailleerd commentaar op de Alliantieovereenkomst verwacht en commentaar op het voorgestelde budget. De workshop wordt begeleid door een Alliantie facilitator¹⁹. In de workshop komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- Het vormen van het alliantie team en het benoemen van de Alliantie Manager
- Het doel van de Alliantie: visie, missie en operationele doelen
- Leidinggevende eigenschappen ontwikkelen
- Sleutelrisico's en mogelijkheden tot beheersing daarvan
- Belangrijkste drijfveren, bijdragen en verwachtingen
- Kritische beoordeling van de organisatie
- Het commerciële raamwerk en de belangrijkste principes
- Beginselen van 'gamebreaking' en strategieën voor het bereiken van topprestaties
- Project logistiek
- Het bereiken en laten zien van 'value for money'
- Communicatie en omgaan met belanghebbenden
- Gemeenschappelijke verwachtingen en toewijding van de verschillende lagen van de Alliantie
- Verduidelijking en bevestiging van werkzaamheden van de preferred proponent
- Reflectie en feedback over de Alliantie, de deelnemers en het selectie proces.²⁰

Studie Allianties

Na de workshop worden beide kandidaten geïnformeerd over de uitkomst. Na bekendmaking van de winnaar vinden vervolgens met deze ook besprekingen plaats, de zogenaamde commerciële workshop²¹. In deze workshop dienen partijen elkaar te vinden op de volgende onderwerpen:

- overeenstemming over fee- en overheadpercentage;
- overeenstemming over de risk/reward-structuur, voor zowel de kostengerelateerde als niet-kostengerelateerde aspecten;
- eenduidige en gedetailleerde definities van Directe Kosten en Overheadkosten;
- vaststellen (belangrijkste) risico's;
- overeenstemming over procedure bij scopewijzigingen;
- interim Project Alliance Agreement (iPAA);
- structuur Project Alliance Agreement (PAA);
- overige aspecten als verzekering, aansprakelijkheid, betalingsschema's etc.²²

Mislukken de commerciële workshops met de preferred proponent dan wordt teruggevallen op de tweede geselecteerde kandidaat.

Over de commerciële workshops merkt Klijn²³ op:

‘Verloopt de workshop goed, dan wordt een Alliance Agreement gesloten. In deze fase wordt echt inhoudelijk op het werk ingegaan. Belangrijkste onderdeel van deze periode is het bepalen van de TOC (Target Outturn Cost). Hiervoor is nodig dat het voorlopig ontwerp gereed is, overeenstemming is bereikt over de hoogte van de directe kosten en dat de projectplanning is voltooid. Daarnaast moeten alle risico's in kaart worden gebracht en worden gekwantificeerd, nu mede op basis hiervan de TOC wordt vastgesteld. Overige resultaten van de interim-periode zijn onder andere²⁴:

- vastgestelde projectprocedures en -systemen;
- nadere invulling Alliantieteam;
- Project Alliance Agreement.

Aan het eind van deze fase kan de opdrachtgever (maar ook de opdrachtnemer) besluiten de samenwerking te beëindigen. In dat geval worden de inspanningen die in deze fase door de opdrachtnemer zijn verricht tegen de werkelijke kosten vergoed en, afhankelijk van de reden van beëindiging, vermeerderd met een overhead- en winstmarge. Besluiten beide partijen de samenwerking te continueren, dan wordt deze fase afgesloten met het ondertekenen van de Project Alliance Agreement.²⁵

De tijdspanne tussen de start van de procedure en het ondertekenen van de interim-Alliantieovereenkomst bedraagt zo'n dertien tot zestien weken.²⁶ De duur van de iPAA-periode is zeer afhankelijk van de aard en omvang van het werk.’

Tot zover de bespreking van het Australische kader.

Verenigd Koninkrijk

In Engeland zijn ook methoden ontwikkeld om te komen tot de selectie van een Alliantiepartner. Een opvallend verschil met de Australische methode is dat de centrale rol van de workshop is overgenomen door een tour naar de plaats waar het project wordt gerealiseerd.²⁷ Ook deze selectiemethode draait om de selectie van de wederpartij en niet om de aanbieder die deze partij zou kunnen doen. De Australische methode is in het kader van dit essay uitdrukkelijker naar voren gekomen, omdat hij verder ontwikkeld is dan de Engelse methoden. Voor Nederland lijkt het de voorkeur te verdienen dat op een transparante, objectieve en verifieerbare wijze de Alliantiepartner gekozen wordt en dat brengt de noodzaak met zich mee tot ontwikkeling van een partnersselectie instrument (min of meer) vergelijkbaar met wat in Australië inmiddels praktijk is.

III.3 Het aanbesteden van een Alliantie volgens de Australische methode in het Nederlandse aanbestedingsrecht

De Australische praktijk lijkt goed uit de voeten te kunnen met het hiervoor beschreven systeem van aanbesteding. Het wordt immers ook zo beschreven in de Practioner's Guide. Thans rijst de vraag of dit (selectie)stelsel inpasbaar is in het Nederlandse aanbestedingsrecht. Naar verluidt wordt een workshopachtige methode beoogd bij de aanbestedingsprocedure voor de Alliantie A2 Hooggelegen, maar die heeft dat stadium nog niet bereikt zodat daarover geen mededelingen te doen zijn.

III.4 De openbare en niet-openbare procedure

De openbare procedure ligt vanzelfsprekend niet voor de hand; deze kent geen knip vóór de selectie en is daarom praktisch niet te gebruiken. Ligt de niet-openbare procedure voor de hand? De vergelijking dringt zich op met de selectie van architecten. Voor deze doelgroep is zeer onlangs door de BNA²⁸ in samenwerking met Instituut voor Bouwrecht een zogenaamde werkmap Europees aanbesteden ontwikkeld om opdrachtgevers tegemoet te komen bij het overwinnen van praktische moeilijkheden. In deze map wordt beschreven dat in de fase na de selectie met de gegadigden momenten van interactie plaatsvinden: een consultatie-achtige bijeenkomst en een visie presentatie op de opdracht. Het kiezen van een architect met behulp van de niet-openbare procedure wordt dan ook niet onoverkomelijk gevonden.

Zouden de workshops die in Australië worden gehouden in deze procedure passen en dan met name de commerciële workshops die met de winnaar gehouden worden en waarin onderhandeld wordt over alle 'ins and outs' van de overeenkomst? Met name het laatste moet uitgesloten worden geacht in de niet-openbare procedure. Er is in deze procedure geen onderhandelingsmogelijkheid. Zou met minder genoegen genomen kunnen worden? Is het voor het welslagen van de Alliantie (dat wil zeggen voor het welslagen van het vinden van een Alliantiepartner) noodzakelijk dat over alle onderwerpen die in de Australische workshops aan de orde komen met elkaar onderhandeld wordt? Als dat niet het geval is, zou de niet-openbare procedure een bruikbare procedure kunnen zijn.

De procedure heeft nu eenmaal het voordeel dat hij volgens het Europese recht altijd toepasbaar is. Klijn behandelt hem in zijn artikel over het aanbesteden van Allianties niet, daarmee te kennen gevend dat hij deze procedure niet als een werkbare optie ziet.

Studie Allianties

Een probleem bij deze procedure blijft wel de omschrijving van de selectie- en gunningscriteria. Deze mogen, zoals bekend verondersteld, geen, althans in zeer beperkte mate, subjectieve factoren in houden, terwijl het bij de keuze van de Alliantie partner voor een groot deel juist gaat om de zogenaamde 'klikfactor'. Toch lijken de relevante bepalingen van het Besluit Aanbestedingen Overheidsopdrachten (BAO) inzake de technische geschiktheid en bekwaamheid (art. art. 49) en de subgunningscriteria (zie art. 53 van de Richtlijn 2004/18) wel ruimte te laten voor stellen van subjectief getinte eisen mits met name aan de eis van transparantie is voldaan (d.w.z. duidelijk wordt gemaakt op welke factoren acht zal worden geslagen bij de beoordeling). De aanbestedende dienst heeft op deze punten een zekere discretionaire ruimte.

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat als de criteria en de toepassing daarvan voldoende transparant kunnen worden gemaakt en het niet nodig is na uitbrengen van de biedingen nog te onderhandelen, de niet-openbare procedure een bruikbare optie is.

III.5 De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking geeft wel de mogelijkheid van onderhandelingen. Deze vinden plaats na de inschrijving, zie Art. 30 lid 2 Algemene Richtlijn; art. 30 lid 3 BAO; art. 5.1.1 ARW 2005. Maar deze procedure mag slechts in een beperkt aantal (uitzonderings-) gevallen worden toegepast. De belangrijkste betreft 'buitengewone gevallen, wanneer het werken, leveringen of diensten betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken.'²⁹ Zoals bekend wordt het gebruik van deze procedure restrictief opgevat. De Commissie heeft het toepassingsgebied van deze omstandigheid beperkt door te stellen dat deze

'uitsluitend geldt voor uitzonderlijke situaties waarin vooraf onzekerheid bestaat over de aard of de omvang van de uit te voeren werkzaamheden, maar niet voor situaties waarin de onzekerheden andere oorzaken hebben, zoals wanneer de prijs lastig vooraf kan worden vastgesteld als gevolg van de complexiteit van de financieel-juridische constructie.'³⁰

In de literatuur³¹ wordt er op gewezen dat de procedure met name daar te gebruiken is waar de verdeling van risico's tussen opdrachtgever en projectontwikkelaar – en die bij de prijsstelling een cruciale factor zijn – niet eenzijdig kan worden bepaald en waarover onderhandeld dient te worden. Betoogd zou kunnen worden in het verlengde van deze opvatting dat bij Allianties deze procedure gebruikt zou kunnen worden. Daar staat echter tegenover dat de onzekerheden inzake de risico's mede veroorzaakt worden doordat men er in een Alliantie anders mee om wil gaan, zodat de oorzaak er een is die het gevolg is van de complexiteit van de financieel-juridische constructie. Daar kan weer tegen in gebracht worden, om de discussie rond te maken, dat deze verdeling slechts in tweede instantie een juridische is, maar juist noodzakelijk is door de ongewisse technische omgeving.

Tot slot zij gewezen op wat Klijn er over zegt:

'Het verschil met de onderhandelingsprocedure zou zo omschreven kunnen worden dat waar deze laatste slechts toepasbaar is met onzekerheden aangaande de *inhoud*, de concurrentiegerichtede dialoog met name kan worden toegepast bij onzekerheden over de *vorm*. De Alliantie heeft vooral dáár meerwaarde waar sprake is van aanzienlijke, veelal technische risico's, waarvan de aard en/of omvang zeer lastig zijn in te schatten alvorens het project een aanvang heeft genomen. Deze

risico's betreffen veel meer de inhoud dan de vorm van het project. Juist door deze risico's en de complexiteit van het werk is het niet mogelijk vooraf de totale prijs van het project vast te stellen. Kortom: de wet- en regelgeving biedt voldoende ruimte om bij Allianties gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.³²

Klijn opteert dan ook voor het gebruiken van de onderhandelingsprocedure. Deze mening kan echter niet als gemeengoed worden beschouwd, waarbij ook nog verwezen kan worden naar hetgeen in het Groenboek PPS wordt opgemerkt:

‘Indien de overheidsinstelling een aanbestedende dienst is die werkzaam is op het terrein van de klassieke richtlijnen [28] moet voor de keuze van de private partij doorgaans de openbare of de niet-openbare procedure worden gevolgd. Bij wijze van uitzondering kan, onder bepaalde voorwaarden, de procedure van gunning door onderhandelingen worden toegepast.’

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de onderhandelingsprocedure een bruikbare optie is, waarbij echter een (groot) vraagteken moet worden geplaatst of de aanbestedingsregelgeving de toepassing van deze procedure in het kader van de vorming van een Alliantie toestaat.

III.6 De concurrentie gerichte dialoog

Tot slot de concurrentiegerichte dialoog. In deze procedure vinden onderhandelingen plaats op basis van de vraagspecificatie³³, waarna ingeschreven wordt. Deze procedure mag worden toegepast bij bijzonder complexe opdrachten voor zover de aanbestedende diensten van oordeel zijn dat de toepassing van openbare of niet-openbare procedures het niet mogelijk maakt de opdracht te gunnen.³⁴ Een opdracht wordt als ‘bijzonder complex’ aangemerkt indien aanbestedende diensten:

- ‘- objectief gezien niet in staat zijn de technische middelen [in termen van prestatie-eisen en functionele eisen] te bepalen waarmee aan hun behoeften of doel kan worden tegemoet gekomen, en/of
- objectief niet in staat zijn de juridische en/of financiële voorwaarden van een project te specificeren.’³⁵

Blijkens de considerans van de Algemene Richtlijn is deze uitzondering met name bedoeld voor die gevallen waarin het

‘voor aanbestedende diensten die bijzonder complexe projecten uitvoeren zonder dat hen iets valt te verwijten, objectief onmogelijk [is] te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische en/of financiële/juridische oplossingen.’³⁶

In de zogenaamde Explanatory Note van de Europese Commissie³⁷ wordt uitgelegd dat er niet snel sprake van zal zijn, dat de aanbestedende dienst de behoeften niet zal kunnen specificeren in technische danwel functionele eisen. Maar wat wel lastig kan zijn, is de situatie dat de aanbestedende dienst niet kan bepalen wat de beste oplossing uit een aantal oplossingen zal zijn. Die situatie kan het gebruik van deze procedure wel rechtvaardigen. Daarnaast is er de kwestie van de juridische en/of financiële complexiteit. Dit doet zich o.a. voor, aldus nog steeds de Explanatory Note, indien de markt toegestaan moet worden om met voorstellen te komen hoe met verschillende elementen van het project economisch om te gaan. Projecten

Studie Allianties

waar de markt met deze voorstellen zou moeten kunnen komen, zijn: woningbouwprojecten, sportaccommodaties, scholen, ziekenhuizen, gevangenissen etc. Worden deze projecten dan ook nog gekoppeld aan langlopend onderhoud en beheer dan zijn er nog al wat juridische obstakels te nemen en voor die situatie is de concurrentie gerichte dialoog te gebruiken.

Aangenomen wordt dan ook dat toepasbaarheid van de concurrentiegerichte dialoog met name gebaseerd zal zijn op het tweede criterium, de juridische en/of financiële voorwaarden.³⁸ Dit zal vooral het geval zijn bij grotere DBFM-contracten en PPS-gebiedsontwikkelingscontracten.³⁹

Dat de concurrentiegerichte dialoog deze opening biedt, wordt ook betoogd door Van Nouhuys en Van der Bend⁴⁰. Om te beginnen wijzen zij er op dat de concurrentiegerichte dialoog veel makkelijker gekozen kan worden dank zij de al eerder genoemde Explanatory Note:

‘De Commissie geeft thans namelijk aan dat de aanbesteder mag bepalen op basis waarvan de dialoog plaatsvindt. Dat mag zowel op basis van beschrijvingen als projectvoorstellen of concrete offertes. De aanbesteder heeft derhalve in de hand hoe vrijblijvend de dialoog is. Kiest hij ervoor om op basis van offertes de dialoog aan te gaan, dan dient hij wel in ogenschouw te nemen dat hij niet mag verlangen dat deze offertes *alle vereiste en noodzakelijke elementen voor de uitvoering van het project* bevatten. Die eis mag volgens de Commissie namelijk alleen worden gesteld aan de definitieve inschrijving die na het afsluiten van de dialoog wordt gedaan.⁴¹

En voorts omschrijven zij de procedure zelf als zo flexibel dat daar de Australische workshop benadering in past:

‘Indien op basis van concrete offertes mag worden gepraat kan op de keper beschouwd worden onderhandeld zoals dat ook bij de onderhandelingsprocedure kan. Dat deze offertes niet *alle vereiste en noodzakelijke elementen voor de uitvoering van het project* kunnen bevatten omdat de Algemene Richtlijn een dergelijke eis zou verbieden, is minder problematisch dan het op het eerste gezicht lijkt. Indien de aanbesteder zijn procedure in verschillende dialoofasen opdeelt, de offertes per fase verder en telkens op andere aspecten laat uitwerken en de verschillende onderwerpen voorts meerdere keren laat terugkomen, dan kan een adequate onderhandeling worden gevoerd zónder dat in strijd met de door de Commissie genoemde voorwaarde wordt gehandeld. De dialoog kan vervolgens voortduren totdat nagenoeg alle wezenlijke punten uitonderhandeld zijn, waarna de dialoog wordt gesloten en de overgebleven deelnemers wordt verzocht een definitieve inschrijvingen in te dienen.

Theoretisch gezien is het denkbaar dat de overgebleven deelnemers bij de definitieve inschrijving nog substantieel afwijken van hun eerdere offertes of zelfs weigeren een definitieve inschrijving in te dienen. De aanbesteder heeft in dat geval een probleem, omdat hij niet kan terugvallen op het tot dan toe bereikte onderhandelingsresultaat. Dat resultaat bevat immers geen volledige inschrijving en kan dan ook naar zijn aard niet worden vergeleken met andere, wél ontvangen definitieve inschrijvingen. In de praktijk zal dit echter geen probleem opleveren. Inschrijvers die reeds in deze fase van de dialoog zijn beland en daarvoor aanzienlijke inspanningen hebben moeten verrichten, zullen niet snel geneigd zijn geen definitieve inschrijving te doen in lijn met het tot dan bereikte onderhandelingsresultaat. Het risico is overigens niet anders dan in onderhandelingsprocedures waarbij wordt dooronderhandeld totdat de aanbesteder alle inschrijvers de kans geeft hun *Best and Final Offer* (BAFO, in het Nederlands: Beste en Laatste Bieding) te doen.’

Kortom op goede gronden kan betoogd worden dat de concurrentiegerichte dialoog bruikbaar is bij het aanbesteden van een Alliantiecontract en dat voorts de procedure inhoudelijk zo in te richten is dat aan de specifieke zoektocht naar een Alliantiepartner vorm gegeven kan worden.⁴² Wel blijft onder het hier te lande vigerende aanbestedingsrecht gelden dat minimaal drie partijen uitgenodigd zullen moeten worden tot inschrijving. Dat kan het werken met de workshops – als dat met drie partijen moet geschieden – tot een transactiekosten verhogende factor maken.

III.7 De gunning

Tot slot de vraag hoe om te gaan met de fase na de gunning. Klijn⁴³ merkt daarover op in het kader van zijn voorkeur voor de onderhandelingsprocedure:

‘Het ligt dus in de rede na de workshops de opdracht te gunnen. Nu daarmee nog niet gezegd is dat partijen uiteindelijk de Alliantieovereenkomst zullen tekenen - deze moet immers nog worden overeengekomen - heeft deze gunning een voorlopig karakter; zij wordt aangegaan onder de ontbindende voorwaarden van het niet bereiken van een definitieve overeenstemming over de Alliantieovereenkomst. Tot die tijd wordt de andere inschrijver in de wachtkamer gehouden. Deze systematiek van de voorlopige gunning, die eerder is geopperd door Janssen⁴⁴, komt tot op heden niet voor in de aanbestedingsregelgeving. Het aanbestedingsrecht lijkt zich echter niet tegen deze figuur te verzetten. Het verdient niettemin aanbeveling deze met voldoende waarborgen te omkleden door in de aankondiging en/of het bestek deze voorlopige gunning aan te kondigen onder uiteenzetting van de aspecten die vervolgens tussen partijen besproken gaat worden, met andere woorden de ontbindende voorwaarden van deze voorlopige gunning.

1. *Commerciële workshops.* Voor zover deze workshops het contractuele kader niet wezenlijk wijzigen, kunnen hierbij de volgende aspecten aan de orde komen:
 - overeenstemming over fee- en overheadpercentage;
 - overeenstemming over het risk/reward-schema, voor zowel de kostengerelateerde als niet-kostengerelateerde aspecten;
 - eenduidige en gedetailleerde definities van Directe Kosten en Overheadkosten;
 - vaststellen (voornaamste) risico's;
 - overeenstemming over procedure bij scopewijzigingen;
 - structuur Alliantieovereenkomst;
 - uitwerken interim-Alliantieovereenkomst;
 - overige aspecten als verzekering, aansprakelijkheid, betalingschema's etc.
2. *Interim-Alliantieovereenkomst* De Alliantieovereenkomst kan pas worden gesloten als partijen overeenstemming hebben bereikt over de TOC. Pas dan is de ontbindende voorwaarde uitgewerkt en de gunning definitief geworden. Tot die tijd worden door de 'interim-Alliantie' behoorlijke ontwerpinspanningen geleverd, worden de risico's definitief in kaart gebracht en gekwantificeerd, de planning definitief vastgesteld en de directe kosten bepaald. Het lijkt dan ook verstandig om in navolging van het selectieproces in Australië voor de tussenperiode een interim-Alliantieovereenkomst vast te stellen om onder meer afspraken vast te leggen over vergoedingen voor de opdrachtnemer.

Studie Allianties

3. Voorlopig ontwerp en TOC. Onder de interim-Alliantieovereenkomst worden door de interim-Alliantie bovenstaande werkzaamheden uitgevoerd en de TOC vastgesteld. Overige resultaten van deze periode kunnen zijn:⁴⁵
 - vastgestelde projectprocedures en -systemen;
 - definitieve invulling Alliantieteam;
 - uitwerken Alliantieoverkomst.
4. Sluiten Alliantieovereenkomst. Is de interim-periode succesvol verlopen dan wordt de Alliantieovereenkomst gesloten. Hiermee is de gunning definitief geworden en het selectieproces afgerond.'

III.8 De Nederlandse praktijk: na de aanbesteding van een D&C contract een Alliantiecontract gunnen

De vraag dient beantwoord te worden of de Nederlandse praktijk van het wijzigen van de contractvorm na de aanbesteding van een D&C contract in een Alliantiecontract wel acceptabel is in het zicht van het aanbestedingsrecht.⁴⁶

Voorop zij gesteld dat geen bouwwerk tot stand komt zonder wijzigingen. Het spreekt voor zich dat deze wijzigingen niet per definitie aanbestedingsrechtelijke consequenties dienen te hebben. Van aanbestedingsrechtelijke consequenties zal eerst sprake zijn indien de wijzigingen zodanig zijn dat van een ander werk dan onderwerp van de aanbesteding was, gesproken moet gaan worden. Er is dan immers geen concurrentie geweest met betrekking tot dat andere werk.

Wanneer is er sprake van een ander werk? Uit de literatuur noch de jurisprudentie is daar een antwoord in abstracto op te geven. Factoren die een rol blijken te spelen zijn:

- de wijziging kan van contractuele of van fysieke aard zijn
- verschuiving van het risico van een niet-nakoming van de opdrachtgever naar de opdrachtnemer,
- de fysieke omvang van de wijziging in relatie tot het oorspronkelijke karakter van de opdracht
- financiële omvang van de wijziging in relatie tot het oorspronkelijke karakter van de opdracht
- is de wijziging wezenlijk voor de aard van het werk

De vraag waar het steeds om draait is, leidt de wijziging tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers en van degenen die hadden kunnen inschrijven, gegeven de wijziging.

De wijziging van een D&C contract in een (ontwerp en uitvoering omvattend) Alliantiecontract heeft contractueel ingrijpende gevolgen. Om maar de meest kenmerkende te noemen:

- de risicoverdeling wordt omgezet in een risicodeling
- de onderlinge verhouding wordt een geheel andere (van verticaal naar horizontaal)
- de beloningsstructuur wordt anders.

Deze wijzigingen zijn zeker ingrijpend wanneer het (slechts) om een ontwerp Alliantie gaat, zoals ten onzent tot nu toe gebruikt, uitgaande van een aanbesteed D&C contract:

- de risicotoedeling inzake het ontwerp die aanvankelijk ten laste van de opdrachtnemer kwam, komt thans ten laste van de Alliantie: het is dus tot op zekere hoogte een verlichting van de risico's voor de oorspronkelijk – alleen – ontwerpende aannemer
- er wordt een traditioneel uitvoeringscontract gesloten met een andere risicoverdeling dan bij D&C
- op de opdrachtnemer wordt in het uitvoeringsproces toezicht gehouden.

Dit overziend, is niet uit te sluiten dat marktpartijen een wapen in handen hebben om te betogen dat het werk dat wordt uitgevoerd niet het werk is dat is aanbesteed. In het interview met Taco Vergeer (Boskalis) wordt dan ook terecht opgemerkt:

‘Voordeel van de aanbesteding van een Alliantie door middel van de concurrentiegerichte dialoog is, dat je het ontwerp nog beter kunt optimaliseren. Het risico blijft (maar dat geldt naar het oordeel van Taco Vergeer ook bij Design&Construct) dat de afgewezen kandidaten vinden dat er uiteindelijk een ander project gegund wordt dan is aanbesteed.’

Is het mogelijk dat de angel uit dit probleem wordt gehaald, door van te voren bekend te maken, dat het D&C contract na de gunning kan worden omgezet in een Alliantiecontract? In dat geval is er concurrentie geweest ook ten aanzien van dat element van de opdracht, zo zou de redenering kunnen luiden. Maar als slechts is aangegeven dat die mogelijkheid er is zonder dat evenwel de voorwaarden van de Alliantieovereenkomst net zo gedetailleerd bekend zijn als die van het D&C contract, is deze redenering dan nog wel houdbaar in het zicht van de gelijke behandeling en het vereiste van transparantie? Of dit een oplossing is, kan worden betwijfeld.

III.9 Concluderend

De conclusie moet zijn dat er geen absolute zekerheid te geven is met betrekking tot de vraag welke procedure gekozen kan worden. Goede redenen zijn aan te dragen voor toepassing van de concurrentiegerichte dialoog en daarin lijkt de systematiek van workshops te passen.

De tweede conclusie is dat het omzetten van het D&C contract na de aanbesteding in een Alliantie een riskante zaak is. Terecht kan de vraag gesteld worden of een (wezenlijk) ander werk wordt gemaakt dan onderwerp van aanbesteding is geweest.

III.10 Aanbevelingen

- Bepaal vooraf of het project valt binnen de vereisten om de concurrentiegerichte dialoog toe te passen.
- Bepaal de selectie-en gunningscriteria zodanig dat daarin rekening wordt gehouden met het type contractpartner dat gezocht wordt (een partner die in een Alliantie wil werken).
- Handel daarbij gedurende de selectie en gunning transparant, objectief en verifieerbaar.
- Workshops zijn een methode om te achterhalen of het tussen de inschrijver en opdrachtgever klikt, maar verantwoording achteraf van hoe in de workshop gehandeld is en hoe de resultaten worden meegewogen, moet mogelijk zijn.
- Maak het Alliantiecontract tot onderwerp van de aanbesteding.

IV. DEELNEMINGENBELEID OVERHEID, STAATSSTEUN EN MEDEDINGINGSRECHT

IV.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen drie onderwerpen aan de orde, die alle betrekking hebben op het feit dat de Alliantie mede wordt gevormd door een publieke partij. Een Alliantie houdt in dat partijen een samenwerkingsverband aangaan, dat algemeen gezien wordt als een vennootschap onder firma of een maatschap. Hoe verhoudt deelname in zo'n verband zich met het deelnemingenbeleid van de overheid? Voorts dient de (aan de belang toenemende) vraag inzake al dan niet rechtmatige staatssteun onder ogen gezien worden. Tot slot komt het mededingingsrecht aan de orde, omdat de in de Alliantie deelnemende overheid immers mee onderneemt en daardoor in aanraking komt met deze wetgeving. Wil de RGD deelnemen aan een Alliantie dan zal duidelijkheid over deze onderwerpen dienen te bestaan.

IV.2 Het wettelijke kader van deelnemingen door de Rijksoverheid in ondernemingen⁴⁷

De bevoegdheid namens de Nederlandse Staat tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en van het privaatrechtelijke beheer is vastgelegd in de artikelen 32 tot en met 39 van de Comptabiliteitswet. De meest relevante bepalingen zullen worden besproken.

Artikel 32, lid 1 bepaalt dat de ministers, "ieder met betrekking tot de begrotingen waarover hij verantwoordelijk is", namens de Staat privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten. In het vierde lid wordt daaraan toegevoegd dat privaatrechtelijke rechtshandelingen namens een minister kunnen worden verricht, indien de betreffende minister daartoe een algemene of een bijzondere volmacht heeft verleend.

Overeenkomsten tot het aangaan van geldleningen door de Staat, die vanzelf ook nodig kunnen zijn in het kader van samenwerking met andere partijen, worden gesloten door de Minister van Financiën.

Naast een regeling voor het verrichten van rechtshandelingen in het algemeen volgt in artikel 34 een regeling over het (mede)oprichten van dan wel deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat.

Voor het (mede)oprichten daarvan is noodzakelijk dat daarover binnen de Ministerraad overeenstemming bestaat. Ook moet er minstens 30 dagen tevoren mededeling zijn gedaan aan zowel de Tweede als de Eerste Kamer. Indien 30 of meer leden van de Tweede Kamer en/of minimaal 20 leden van de Eerste Kamer daarom vragen, moeten nadere inlichtingen over de voorgenomen (mede)oprichting aan het parlement worden verstrekt.

Binnen 30 dagen na het doen van de mededeling aan de Kamer van de voorgenomen (mede)oprichting dan wel binnen 14 dagen na het verstrekken van de nadere inlichtingen kunnen beide Kamers bepalen dat voor het (mede) oprichten een machtiging bij wet noodzakelijk is. Feitelijk heeft het parlement dus een beslissende stem bij het (mede) oprichten van rechtspersonen door de Staat.

Ingeval van een voorgenomen deelname door de Staat in een rechtspersoon in de vorm van een naamloze dan wel besloten vennootschap geldt het bepaalde in artikel 34, lid 5 Comptabiliteitswet. Indien een dergelijke deelneming ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal betreft en daarmee een bedrag is gemoeid dat groter is dan het bedrag dat de Minister van Financiën heeft vastgesteld, is de hiervoor beschreven regeling ingeval van het (mede) oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon van overeenkomstige toepassing. Voor deelnemingen in NV's of BV's met een geringere (relatieve) omvang

Studie Allianties

en voor deelnemingen in andere rechtspersonen geldt voor de betreffende minister een mededelingsplicht nadat tot deelneming is overgegaan.

Tenslotte is van belang dat artikel 36 Cw bepaalt dat de geldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen niet wordt aangetast indien de terzake geldende wettelijke regels van de Cw niet worden nageleefd. Een uitzondering op deze regel vormt de onbevoegde vertegenwoordiging wegens het niet in acht nemen van het bepaalde in de artikelen 32 en 33 Cw.

In het kader van de Alliantie kunnen partijen zich beperken tot de oprichting van een maatschap of vennootschap onder firma. Dit zijn geen privaatrechtelijke rechtspersonen en dus zijn formeel beschouwd de beperkingen die in de Comptabiliteitswet worden opgelegd niet van toepassing. Naar verluidt, bestaat bij het Ministerie van Financiën de opvatting dat onder het begrip rechtspersonen tevens vallen de personenvennootschappen. Waarop die opvatting is gebaseerd, is niet duidelijk. Maar het is kennelijk thans het beleid van genoemd ministerie, waarmee rekening gehouden zou moeten worden, al lijkt dat in afwijking van het bepaalde in de wet. Daarbij dient wel te worden bedacht, dat binnen afzienbare tijd in de wet ook de vennootschap onder firma als rechtspersoon zal worden aangemerkt.

Terzijde zij opgemerkt, dat de terughoudendheid die de Comptabiliteitswet kent inzake de deelname in rechtspersonen minder ver gaat dan de terughoudendheid in o.a. de Australische Practitioner's Guide (p. 48). Daar wordt opgemerkt dat het vormen van een partnership of een joint-venture ('incorporated or unincorporated'/rechtspersoonlijkheid hebbend of niet) kan leiden tot onaanvaardbare aansprakelijkheid en fiscale gevolgen voor de overheid en daarom dient er voor zorg gedragen te worden dat dergelijke entiteiten niet in het leven geroepen worden.

IV.3 Deelnemingenbeleid van de overheid

Nota deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 12 december 2001

Het deelnemingenbeleid is neergelegd in de Nota deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 12 december 2001. Hoewel het in deze nota gaat om kapitaalvennootschappen, terwijl het bij de Alliantie om maatschappen en vennootschappen onder firma gaat, is het zinvol deze notitie te raadplegen, omdat deze een indicatie geeft van waar de grenzen voor dit type samenwerking liggen. Het uitgangspunt van deze nota luidt als volgt:

'Een adequate invulling van de rol van de Staat als aandeelhouder houdt in dat publieke en zakelijke verantwoordelijkheden duidelijk van elkaar worden onderscheiden. Deze verantwoordelijkheden moeten met de daarvoor meest geschikte instrumenten worden ingevuld.'

En voorts is van belang te noteren: 'Bewust risicodragend beleggen is als zodanig geen overheidstaak.' Dat dit van belang is, volgt uit het feit dat in een Alliantie idealiter zoveel mogelijk risico's worden gedeeld, waarmee niet gezegd is, dat een Alliantie per definitie een vorm van risicovol beleggen is.

De nota besteedt expliciet aandacht aan PPS en ook dat is een reden om de nota in het kader van de Alliantie te bestuderen. De definitie van PPS luidt als volgt:

'Met *publiek-private samenwerking (pps)* wordt beoogd projectrisico's en -verantwoordelijkheden contractueel zodanig te herverdelen tussen overheid en private partners, dat er ruimte ontstaat voor kostenbesparende en kwaliteitsverhogende initiatieven.'

Het gaat in deze definitie om de kostenbesparende en kwaliteitsverhogende werking van PPS, effecten die ook aan de Alliantie worden toegeschreven.

Een van de redenen waarom de Staat deelneemt in ondernemingen is doelmatigheid bij projectontwikkeling, een voorbeeld daarvan is de Westerschelde tunnel.

In de nota wordt verwezen naar het, bij schrijven van 12 februari 2004, TK 2003-2004, 28050, nr 7, ingetrokken wetsvoorstel Markt en Overheid:

‘Het wetsvoorstel beoogt hiervoor als hoofdregel het vereiste van een formeel juridische grondslag te stellen: overheidsorganisaties mogen in principe slechts marktactiviteiten verrichten indien dat bij of krachtens de wet of bij besluit van de minister wie het aangaat is bepaald. Een dergelijke grondslag mag slechts tot stand worden gebracht indien het verrichten van marktactiviteiten de (meest) aangewezen weg is voor de behartiging van het desbetreffende openbaar belang. Om te voorkomen dat het grondslagvereiste zou worden omzeild door marktactiviteiten te laten uitvoeren door daartoe opgerichte kapitaalvennootschappen, zal M&O tevens voorzien in regels voor het oprichten of deelnemen door overheidsorganisaties in dergelijke vennootschappen. Ook hiervoor geldt dat deelneming de (meest) aangewezen weg moet zijn ter behartiging van het betreffende openbaar belang. Een overheidsorganisatie besluit niet tot oprichting als hiermee uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd. Voor elke onderneming geldt verder dat een afzonderlijke boekhouding moet worden bijgehouden voor bijzondere of uitsluitende rechten die van overheidswege zijn verleend.’

Deze intrekking van het wetsvoorstel betekende geen afstand van deze aan het voorstel ten grondslag liggende gedachten, zo zal nog blijken.

Over PPS activiteiten leert de nota het volgende:

‘De PPS-activiteiten bij de Rijksoverheid hebben tot dusverre niet geleid tot nieuwe deelnemingen. De voorkeur bestaat voor een heldere en duidelijke contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico’s tussen de overheid en de private sector. Het aandeelhouderschap bij deelnemingen biedt op zich weinig mogelijkheden voor de overheid om werkelijk te sturen op het gewenste beleidsmatige resultaat. Voor het delen in mogelijke extra opbrengsten zijn inmiddels andere instrumenten ontwikkeld, zoals «benefit sharing». Toch kan het in bepaalde (overgangs-)situaties voorkomen dat een zekere bestuurlijke zelfstandigheid in combinatie met aandeelhouderschap van de overheid noodzakelijk is, ook om de markt te overtuigen van de serieuze betrokkenheid van de overheid. Deelneming moet steeds een tijdelijk karakter hebben. Om deze reden wordt de mogelijkheid van deelnemingen als instrument voor PPS nadrukkelijk opengehouden. Uiteraard zal het aangaan van een dergelijke deelneming op dezelfde wijze worden beoordeeld als andere nieuwe deelnemingen.’

Studie Allianties

Tot slot de criteria aan de hand waarvan beoordeeld dient te worden of deelgenomen dient te worden:

‘Het criterium moet hierbij zijn dat een deelneming uitsluitend wordt aangegaan als dat na goede afweging het beste alternatief is. Daarnaast gelden voor alle nieuwe deelnemingen de volgende randvoorwaarden:

- Deelnemingen zijn in beginsel tijdelijk. Aan elke deelneming moet een welomschreven beleidsdoelstelling ten grondslag liggen.
- Voor het bereiken van deze doelstelling is een vennootschap de aangewezen rechtsvorm en is aandeelhouderschap door de Staat logisch en noodzakelijk.
- Wordt structurele overheidsinvloed op de bedrijfsvoering gewenst, dan behoort een activiteit binnen het directe bestuur van de overheid zelf te worden verricht.
- Deelneming moet op financieel en zakelijk verantwoorde gronden berusten, dat wil zeggen met waarborgen voor continuïteit, winstgevendheid en marktconformiteit.
- De relatie met de onderneming waarin de Staat deelneemt moet zodanig worden vormgegeven, dat afstoting na het bereiken van de doelstelling mogelijk is.
- Het publieke kader moet bij aanvang, of in ieder geval zo spoedig mogelijk daarna, effectief zijn.’

De nota geeft met name met de criteria de randvoorwaarden waaraan voldaan dient te worden, wil er van Staatsdeelname plaats kunnen zijn. Het ligt voor de hand dat deze criteria, dan wel daarmee vergelijkbare, bij de vraag of in een Alliantie deelgenomen dient te worden, een rol zullen spelen.

Begrotingsstaat van Ministerie van Financiën

Naast deze nota kan ook lering getrokken worden uit de begrotingsstaten van het Ministerie van Financiën. Het zou te ver voeren deze allemaal te bestuderen, gekozen is om een blik te werpen in de meeste recente, de begrotingsstaat voor het jaar 2007 (30 800 IXB, Vergaderjaar 2006-2007) inzake de deelnemingen, die door het Ministerie van Financiën worden gepubliceerd.

De algemene beleidsdoelstelling luidt als volgt

‘Bedrijfseconomische doelmatigheid en optimaal financieel resultaat bij investeren in en verwerven, afstoten en beheren van de financiële en vaste activa van de Staat.’

Ook in dit stuk wordt uitdrukkelijk ingegaan op het gebruik van PPS. Voordat daar aan toegekomen wordt, worden eerst een aantal operationele doelstellingen weergegeven (voor zover van belang). De doelstellingen zijn voorzien van een toelichting, die thans achterwege gelaten wordt, behalve de doelstelling die als laatste wordt genoemd, omdat bij die doelstelling expliciet op PPS contracten wordt ingegaan.

'Operationele doelstellingen

- Marktconform beheer van staatsdeelnemingen binnen publieke kaders met toepassing van Nederlandse corporate governance codes.
- Aangaan van staatsdeelnemingen, mits dit de bedrijfseconomisch meest doelmatige manier is om publieke doelen te realiseren.
- Vakdepartementen realiseren publieke doelen met een bedrijfseconomisch meest doelmatige inzet van activa.
- Departementen maken voor grote overheidsinvesteringen een gestructureerde, bedrijfseconomische afweging en geven concessies uit en/of gaan PPS-constructies aan als dit de bedrijfseconomisch meest doelmatige manier is om publieke doelen te realiseren.

Motivering

Binnen het streven naar doelmatigheid en efficiëntie is publiek private samenwerking één van de mogelijke instrumenten om ingezet te worden. PPS staat voor een andere manier van werken en investeren. PPS kan als effect hebben dat er een betere prijs-kwaliteitverhouding worden bereikt bij infrastructuurprojecten en overheidsgebouwen.

PPS is nu in de meeste beleidssectoren geïntroduceerd als optie voor de realisatie van investeringen. Er is een vervolgtraject van gecontroleerde verbreding ingezet die moet leiden tot een structurele inbedding van PPS in de besluitvorming. Hierbij is het van belang rekening te houden met de voortgang bij de implementatie van PPS in de verschillende sectoren. De ingezette verbreding wordt gekenmerkt door het uniformeren en het optimaliseren van het PPS instrumentarium. Niet alleen versterkt dit de basis voor het inzetten van PPS. Ook stimuleert dit verder de huidige marktontwikkeling die gebaat is bij lagere transactiekosten en kortere transactietermijnen.'

Vergelijking deelnemingenbeleid/PPS met Alliantie

De reden waarom deze opmerkingen in PPS verband zo uitgebreid worden weergegeven, is dat de argumenten die genoemd worden voor het gebruik van PPS evenzeer pleiten voor het toepassen van een Alliantievorm. Ook Allianties beogen immers projectrisico's en -verantwoordelijkheden contractueel zodanig te herverdelen, of beter gezegd, te delen tussen overheid en private partners, dat er ruimte ontstaat voor kostenbesparende en kwaliteitsverhogende initiatieven. Het doel van een Alliantie is dan ook hetzelfde als het doel dat met een PPS wordt nagestreefd: lagere transactiekosten, door minder geschillen bijvoorbeeld, en kortere transactietermijnen (aannemende dat daarmee doorlooptijd van de werkzaamheden wordt bedoeld) zijn evenzeer gevolgen die Allianties teweeg brengen.

Is het doel hetzelfde: de weg om dit doel te bereiken, verschilt fundamenteel bij PPS constructies en de Alliantievorm. Bij PPS constructies (zoals concessiecontracten) is sprake van gescheiden opdrachtgeverschap en opdrachtnemerschap. Bij een Alliantie wordt per definitie door beide partijen deelgenomen in een voor gezamenlijke rekening en risico gedreven samenwerkingsvorm (op contractuele basis of geïncorporeerd in een zelfstandige entiteit).

Studie Allianties

Is deze deelname strijdig met de hiervoor weergegeven lijn zoals die uit de Nota Deelnemingen en de begrotingsstaat van het Ministerie van Financiën is af te leiden?

Vooropgesteld kan worden dat een Alliantie (direct) voorziet in de eigen behoefte van de rijksoverheid. Toegespit op de RGD: de Alliantie voorziet op directe wijze in de eigen behoefte, doordat de RGD middels een Alliantieverband met marktpartijen in de huisvestings- en onderhoudsbehoefte van de overheid voorziet. Van 'risicodragend beleggen' in de zin van het ontwikkelen van activiteiten waarmee beoogd wordt winst te behalen, zoals een bedrijf winst nastreeft, is geen sprake in een Alliantie. De winst die behaald wordt, is een vorm van kostenbesparing, waardoor een project met minder middelen tot stand kan komen.

De nota deelnemingenbeleid merkte voorts op: 'het aandeelhouderschap bij deelnemingen biedt op zich weinig mogelijkheden voor de overheid om werkelijk te sturen op het gewenste beleidsmatige resultaat. Voor het delen in mogelijke extra opbrengsten zijn inmiddels andere instrumenten ontwikkeld, zoals «benefit sharing».' Die opmerking houdt in wezen een pleidooi in om juist wel in Allianties deel te nemen. Immers de invloed die in een Alliantie wordt uitgeoefend is niet vergelijkbaar met de invloed die een aandeelhouder kan uitoefenen. Bij de Alliantie zit de deelnemende publieke partij (naast de private partij) letterlijk aan het stuur.

Tot slot de operationele doelstellingen die in de Begrotingsstaten van het Ministerie van Financiën zijn verwoord. Loopt men die na, dan lijkt ook daaruit niets te destilleren dat in de weg zou staan aan het deelnemen aan Allianties (eventuele problemen uit de hoek van de leerstukken staatssteun en mededingingsrecht vooralsnog buiten beschouwing gelaten).

Het spreekt voor zich dat ook bij de Alliantie marktconform beheer van staatsdeelnemingen binnen publieke kaders met toepassing van Nederlandse corporate governance codes dient plaats te vinden. Het idee van de Alliantie staat daar niet haaks op. Een voortoets die gedaan dient te worden alvorens besloten wordt tot het aangaan van deelname in een Alliantie hierin bestaande dat dit de bedrijfseconomisch meest doelmatige manier is om publieke doelen te realiseren, ligt voor de hand. In de Australische regelgeving is dit ook een voorvraag, de zogenaamde Gateway Review Process moet (verplicht) antwoord op dit type vragen en geven, juist ook omdat het Allianties vaak om risicovolle projecten gaat.

Ook de doelstelling inhoudende dat departementen voor grote overheidsinvesteringen een gestructureerde, bedrijfseconomische afweging maken en concessies uitgeven en/of PPS-constructies aangaan als dit de bedrijfseconomisch meest doelmatige manier is om publieke doelen te realiseren, wordt niet belemmerd door dat een Alliantie wordt aangegaan.

Tegen de achtergrond van de opvattingen van de regering zoals die in zake deelnemingen zijn neergelegd, lijkt er vanuit een deelnemingen perspectief niets op tegen om in Allianties deel te nemen, mits de randvoorwaarden eerder genoemd in acht worden genomen. Het ligt voor de hand dat bij een handreiking voor het aangaan van Allianties aan deze punten concrete uitwerking wordt gegeven.

Concluderend

Het deelnemingenbeleid lijkt voor het vormen van een Alliantie meer openingen te bieden dan de Comptabiliteitswet strikt genomen toestaat. Echter op grond van die wet (waar het betreft NV's en BV's) en het beleid van de Minister van Financiën (waar het betreft personenvennootschappen) moet er mee rekening gehouden worden, dat voor het vormen van een Alliantie medewerking van de Ministerraad en

van het parlement nodig kan zijn. Dat geldt te meer, als personenvennootschappen in de wet ook als rechtspersoon wordt aangemerkt. Die medewerking is overigens niet vereist, indien de participatie de door het Ministerie van Financiën vastgestelde drempelwaarde niet overschrijdt.

IV.4 Staatssteun

Het EG-Verdrag (artikel 87, lid 1) bepaalt dat steunmaatregelen van de lidstaten, in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.⁴⁸

Om een maatregel als meldingsplichtige staatssteun aan te merken zijn vier criteria bepalend, te weten:

1. Het moet gaan om een voordeel dat met staatsmiddelen bekostigd is.
2. Er is sprake van voordeel aan een onderneming dat deze onderneming niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen.
3. Er moet sprake zijn van een selectief voordeel: een voordeel voor een of meer bepaalde ondernemingen of producties.
4. Het voordeel moet de mededinging (dreigen te) vervalsen en een ongunstig effect hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Het Europese Hof van Justitie speelt een belangrijke rol bij de juiste toepassing van de staatssteunregels. De Gemeenschapsrechter interpreteert de relevante bepalingen uit het EG-Verdrag en uit de overige EG-regelgeving. Zo heeft het Hof bepaald dat artikel 87 van het Verdrag geen onderscheid maakt naar de oorzaken of doeleinden van de maatregelen maar ziet op de gevolgen voor de mededinging. Het begrip staatssteun moet zeer ruim worden uitgelegd. Het Hof heeft aangegeven dat er sprake is van 'steun' indien de staat eenzijdig 'om niet' een 'voordeel' verstrekt. Anders gezegd, indien de begunstigde onderneming geen evenredige tegenprestatie hoeft te verlenen, kan er sprake zijn van een 'voordeel' dat onder de staatssteunregels valt. Het begrip steunmaatregel omvat dus niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, maar ook maatregelen die de lasten verlichten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken.

Marktconform handelen overheid

Ook indien er wel wederzijdse verplichtingen bestaan tussen de staat en de begunstigde, kan er sprake zijn van het verstrekken van een 'voordeel'. Dat is het geval als de tegenprestatie niet opweegt tegen de prestatie van de overheid. Bij die weging wordt bekeken of het verstrekte voordeel ook zou zijn genoten als partijen de transactie op normale commerciële basis zouden zijn aangegaan. Met andere woorden: als een steunmaatregel niets méér biedt dan wat de markt onder normale omstandigheden zou bieden, valt de steun niet onder het staatssteunregime. Deze toets wordt aangeduid met het 'market economy investor principle' oftewel het principe van de particuliere investeerder.

Studie Allianties

Relatie met openbare aanbesteding

Indien een overheidsinstantie bij het plaatsen van een opdracht een aanbestedingsprocedure volgt, kan er in principe op worden vertrouwd dat de marktprijs wordt betaald voor een te leveren tegenprestatie. Het optreden van de overheid wordt dan beschouwd als ‘marktconform’ en valt dus buiten het toepassingsbereik van het steunregime. Een maatregel moet echter wél als steun beschouwd worden indien de onderneming bepaalde bijkomende voordelen geniet, die zij niet in een normale commerciële transactie zou hebben gekregen. Het kan gaan om tussentijdse versoepeling van voorwaarden van een opdracht, onevenredige risicoverdeling tussen de overheid en de onderneming bijvoorbeeld in PPS-constructies, of overdracht van bepaalde eigendomsrechten aan de onderneming die de opdracht heeft uitgevoerd. Begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties houdt in dat het EG-Verdrag alleen oog heeft voor steunmaatregelen, die het bedrijfsleven selectief bevoordelen. Steun van decentrale overheden zal al snel voldoen aan het selectiviteitscriterium. Een maatregel van gemeenten, provincies of waterschappen zal zich immers vaak beperken tot het verlenen van steun aan ondernemingen in de eigen regio.

Ondernemingsbegrip

Onder het begrip ‘onderneming’ wordt verstaan ‘elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd’. Het kan om winstbeogende (n.v.’s en b.v.’s) en niet winstbeogende instellingen (stichtingen en verenigingen) gaan. Onder ‘economische activiteit’ moet worden verstaan ‘het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt’. Het Europese begrip ‘onderneming’ is ruim. Zo kunnen gezondheidsinstellingen, stichtingen, profsportclubs en openbare bedrijven als onderneming worden aangemerkt. Typische overheidstaken vallen niet onder het begrip onderneming. Voorbeelden van typische overheidstaken zijn: brandweer, politie en milieu-inspectie. Steun aan organisaties die geen economische activiteit uitvoeren, bijvoorbeeld scholen, niet-gouvernementele organisaties, kerkelijke organisaties, vakbonden en politieke partijen is evenmin staatssteun. Hierbij moet er wel op worden gelet dat deze organisaties geen commerciële nevenactiviteiten uitvoeren. Projectontwikkelaars, particuliere investeerders en andere ondernemingen die actief zijn op de huizen- en vastgoedmarkt oefenen een economische activiteit uit in concurrentie met andere ondernemingen.

Grensoverschrijdend karakter

Het grensoverschrijdende karakter van deze activiteiten is meermaals door de Europese Commissie bevestigd in haar beschikkingen. Zelfs als ondernemingen slechts activiteiten op het Nederlandse grondgebied plegen, is niet uitgesloten dat begunstiging van de ene onderneming (waaronder ook een toegelaten instelling (woningcorporatie), kan vallen) leidt tot versterking van die onderneming ten opzichte van andere wel in het intracommunautaire handelsverkeer opererende ondernemingen. Wanneer de Commissie een steunmaatregel beoordeelt, komt zij al snel tot de conclusie dat er sprake is van (dreigende) vervalsing van de mededinging of ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, ook al gaat het om steun aan een activiteit die lokaal van aard en geografisch beperkt is. Bepalend is namelijk niet de activiteit maar de markt waarop deze plaatsvindt. De Commissie beoordeelt de economische aspecten zoals de precieze structuur van de relevante markt, het al dan niet bestaan van merkbare mededinging en het aantal ondernemingen dat op een markt actief is.

Concluderend: is er sprake van staatssteun bij het Alliantiemodel?

Het Alliantie model dwingt niet tot een bevestigende beantwoording van deze vraag. De risico's worden gedeeld: dat kan als een voordeel voor de opdrachtnemer worden beschouwd, maar zijn beloning heeft met die deling evenzeer te maken. Gaan risico's onder een ander model (D&C) naar de opdrachtnemer, dan gaat dat gepaard met een hogere prijs die aan de opdrachtnemer moet worden betaald. De voordelen die de opdrachtnemer met dit contractmodel behaalt, zijn geen voordelen die langs niet normale weg behaald zijn.

Het enkele feit dat dit model de verhouding tussen partijen anders regelt en anders met risico's omgaat, houdt op zich geen staatssteun in.

IV.5 Mededinging

IV.5.1 De overheid en mededinging

De kaders voor de mededinging in het bijzonder waar de overheid in het spel is, worden gevormd door de Mededingingswet, de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst van 18 mei 1998 (Staatscourant 1998, nr 95), de Notitie meerwaarde door Samenwerken (TK 1997/1998, 25017, nr 6) alsmede de brief van de Minister van EZ d.d. 17 februari 2006 aan de Ministerraad houdende het voorstel om de Mededingingswet zo te wijzigen dat daarin de in het ingetrokken wetsvoorstel Markt en Overheid opgenomen gedragsregels worden opgenomen.

Deze gedragsregels luiden als volgt:

- a Verbod op kruissubsidiëring van economische activiteiten uit collectieve middelen behalve wanneer sprake is van een publiek belang dat anders niet kan worden geborgd;
- b Verbod op functievermenging tussen bestuurlijke taken en economische activiteiten;
- c Verbod op discriminatoir gebruik van – uit publieke taak verkregen – gegevens ten behoeve van eigen economische activiteiten;
- d Verbod op bevoordeling van eigen overheidsbedrijven.

Voor ondernemingen die van overheidswege beschikken over een bijzondere positie zijn de beoogde gedragsregels:

- a Verbod op kruissubsidie uit taken waarmee ondernemingen zijn belast ten gunste van overige economische activiteiten;
- b Verbod op discriminatoir gebruik van de – eventueel uit de bijzondere positie verkregen – gegevens ten gunste van overige economische activiteiten.

De vraag die bij Allianties een rol speelt, betreft feitelijk de inkoop door de RGD van zaken voor eigen gebruik, dan wel gebruik van zaken ten behoeve van andere overheidsinstellingen, waarvoor de RGD heeft te zorgen, zoals gebouwen, en de inrichting daarvan. Het gaat niet om het participeren in activiteiten

Studie Allianties

die moeten leiden tot verkoop of dienstverlening aan derden buiten de overheid op de gewone markt. Over deze inkoop situatie leren A. Gerbrandy en B. Hessel⁴⁹ het volgende:

‘Een gemeente die inkoop voor *eigen gebruik* (daarvan is ook sprake als de scholen niet als ondernemingen worden aangemerkt), treedt over het algemeen niet op als onderneming.³⁷ Bij dergelijke inkoop zijn de mededingingsregels dus niet van toepassing, hoewel natuurlijk in sommige gevallen sprake moet zijn van aanbesteding. Toch kan bij inkoop door een grote gemeente door de leveranciers druk worden ervaren: die leveranciers kunnen dat voelen als misbruik van de positie die de gemeente heeft. Omdat de gemeente echter niet als onderneming optreedt, heeft het indienen van een klacht bij de NMa weinig zin. De gemeente overtreedt de Mededingingswet immers niet (zie paragraaf 1.2 van dit artikel). Wij vinden dat de gemeente zich wel bewust moet zijn van het feit dat als zij in een dergelijke situatie druk uitoefent, deze door ondernemingen wél als machtspositie wordt gevoeld. De gemeente zou zich eigenlijk van gedrag moeten onthouden dat, als zij wel onder de Mededingingswet zou vallen, misbruik van een machtspositie zou vormen en met een boete zou kunnen worden bestraft.’

Op grond van het voorgaande wordt de kans dat de overheid regels van mededinging overtreedt in het geval van Allianties gebruik wordt gemaakt om de realisering van bouwbehoeften juridisch vorm te geven, klein geacht. Wel is het zo dat het deelnemen in een commerciële organisaties zal dienen te geschieden met inachtneming van de gedragsregels zoals die eerder weergegeven zijn.

IV.5.2 Mededinging en bouwconsortia

Per 1 januari 2008 vervalt het Besluit Vrijstellingen Bouwcombinatie. O.a. dit gegeven was voor de NMA aanleiding in 2006 de vraag aan de orde te stellen middels een consultatiedocument of het wenselijk is het BVC te verlengen, al dan niet met wijzigingen. Het Instituut voor Bouwrecht, uitgenodigd daartoe, heeft met behulp van bouwrechtjuristen afkomstig uit aannemerij, advieswereld, wetenschap en branche-organisaties een reactie op dit document geschreven.⁵⁰

De kern van deze reactie wordt hier herhaald:

‘Waarom combinatievorming?’

De vraag naar inzicht in de praktijk van combinatievorming kan niet los gezien worden van de vraag naar het waarom van combinatievorming. De deelnemers aan de bijeenkomst wijzen daartoe op het volgende. Combinatievorming is noodzakelijk als zich een of meer van de volgende redenen voordoet:

- *Bedrijfseconomische noodzaak.* Hiermee wordt bedoeld dat een bedrijf soms over onbenutte capaciteit beschikt; het inschrijven op een werk biedt dan een kans om die overcapaciteit te benutten. Het verlagen van de kosten gemoeid met een inschrijving is ook een aspect van bedrijfseconomische aard dat maakt dat combinatievorming geïndiceerd is. Verder dient in dit kader te worden genoemd de spreiding van de risico's die het mogelijk is, als een opdracht gegund wordt aan een combinatie. Verwant aan dit aspect is het feit dat in een combinatie efficiencyvoordelen te behalen zijn. Tevens kan gewezen worden op het feit dat veel opdrachten met zich brengen dat snel in actie gekomen wordt om een bouwwerk te realiseren en een combinatie kan het mogelijk maken om aan die gewenste snelheid gehoor te geven. Daarnaast is gewezen op het aanbesteden van DBFMO contracten. Om aan een dergelijke

aanbesteding mee te kunnen doen, is het in de regel noodzakelijk dat bedrijven met uiteenlopende disciplines een combinatie vormen.

- *Commerciële noodzaak.* Door het vormen van een combinatie is het mogelijk om meer opdrachtgevers te bedienen en wordt de kans verkleind dat men afwijzend zal moeten reageren op andere vragen uit de markt. Stel dat een bedrijf op eigen kracht zou offeren voor een werk zoals de Coentunnel (ervan uitgaande dat men alle daartoe benodigde expertise en capaciteit etc. in huis heeft), dan zal dat bedrijf, indien aan dit bedrijf wordt gegund, voor geruime tijd niet meer 'het gezicht kunnen laten zien aan andere opdrachtgevers' en dat is commercieel niet verstandig. Uiteraard werd in dit verband ook gewezen op het door middel van een combinatie kunnen voldoen aan door de opdrachtgever gestelde eisen inzake relevante ervaring op verschillende werkterreinen en disciplines, omzet, certificaten e.d.
- *Strategische noodzaak.* Door in een combinatie samen te werken, krijgt een onderneming toegang tot mogelijk andere markten, waar een bedrijf alleen geen toegang zou kunnen hebben. Het samenwerken in een combinatie biedt voor een bedrijf dan ook groeikansen.

Er wordt hier bewust gesproken van *noodzaak* tot combinatievorming. Combinatievorming komt namelijk eerst aan de orde, wanneer een onderneming niet zelf in staat is om alleen te offeren voor een werk. Vorming van een combinatie is niet een voor de hand liggende eerste keuze die gemaakt wordt wanneer een opdracht waarop ingeschreven kan worden, zich aandient. Er zitten immers voor de deelnemers aan de combinatie ook nadelen aan combinatievorming: het kost altijd meer tijd dan gedacht en het levert lang niet altijd de synergie op die men ervan verwachtte.

Niettegenstaande deze nadelen stellen de deelnemers aan de expertbijeenkomst dat van combinatievorming de volgende positieve effecten uitgaan:

- Combinatievorming leidt tot risicodeling en efficiencyvoordelen, waarvan een prijsdrukkend effect uitgaat, welk effect direct ten goede komt aan de opdrachtgevers.
- Combinatievorming kan leiden tot juist meer aanbiedingen (meer concurrentie), omdat het mogelijk is voor meer ondernemingen om mee te dingen.
- Combinatievorming vergroot de mogelijkheid dat innovatieve oplossingen worden aangeboden als gevolg immers van het gezamenlijke (en vaak interdisciplinaire) nadenken over het in de opdracht gestelde probleem. Dit is niet alleen maatschappelijk een wenselijke ontwikkeling maar leidt voor de concrete opdracht ook tot lagere aanneemsommen.
- Combinatievorming leidt tot meer transparantie anders dan bij het werken met onderaannemers, omdat de combinanten bij de opdrachtgevers bekend zullen zijn ten tijde van de inschrijving.

Het komt de deelnemers voor dat de opstellers van het Consultatiedocument voor deze bedrijfseconomische, commerciële en strategische voordelen vooralsnog onvoldoende oog hebben en vanuit een specifiek juridische invalshoek het document geformuleerd hebben.

Voorts dient er op gewezen te worden dat de, kennelijk aan het Consultatiedocument ten grondslag liggende, vooronderstelling dat combinatievorming per se mededingingsbeperkend is, onjuist is. Niet vergeten mag worden dat het uitgangspunt van de Mededingingswet is dat combinatievorming toegestaan is. Het uitgangspunt dient te zijn dat deelnemers aan een combinatie veelal niet de intentie hebben om de mededinging te beperken. Niet ontkend wordt dan ook dat combinatievorming tot

Studie Allianties

concurrentiebeperking *kan* leiden, maar het omgekeerde is evenzeer mogelijk. De gevoelens die omtrent combinatievorming in Nederland leven c.q. de vraagstelling in het Consultatiedocument, lijken vooral ingegeven te zijn door de bouwfraude affaire en hetgeen daaraan historisch voorafgegaan is. Voor zover bekend zijn er dan ook geen klachten binnengekomen bij de Mededingingsautoriteit inzake combinatievorming, en als die binnen zijn gekomen dan heeft dat niet geleid tot sanctiebesluiten.’

De reactie hield de volgende conclusie en aanbevelingen in:

- Het fenomeen combinatievorming is in beginsel een positief verschijnsel vanwege de voordelen die het creëert voor opdrachtgevers.
- Het antwoord op de vraag of het aangaan van een combinatie noodzakelijk is, wordt bepaald door redenen van bedrijfseconomische, commerciële of strategische aard.
- Bedrijven zullen in beginsel alleen willen inschrijven.
- Het antwoord op de vraag of er mededingingsbeperkend gedrag in de zin van de Mededingingswet is, dient beantwoord te worden aan de hand van het criterium: intentie van de partijen en het criterium: is er voldoende concurrentie overgebleven na de combinatievorming?
- Het Besluit Vrijstelling Combinaties kan komen te vervallen.
- Er is behoefte aan een soort richtlijn (richtsnoeren of een bekendmaking) van de Mededingingsautoriteit zodat de praktijk bij de concrete vraag naar een combinatievorming kan inschatten of deze vorming door de beugel kan.
- Mocht de Mededingingsautoriteit de – door de aanwezigen onwenselijk geachte – weg inslaan van meer regelgeving dan wordt er gewezen dat deze niet te gedetailleerd zou dienen te zijn en zich vooral op excessen zou moeten richten.

Concluderend

Op de vraag of er sprake is van mededingingsbeperking als gevolg van de keuze voor het Alliantiemodel, luidt het antwoord ontkennend, althans, het model brengt niet meer of minder samenwerking tussen marktpartijen teweeg dan onder andere modellen het geval is. De antwoorden die aan de NMa gegeven zijn in het bovenstaande, en waarbij geen rekening werd gehouden met het Alliantiemodel, zouden niet anders luiden dan indien het Alliantiemodel er wel bij betrokken was.

V. DE ALLIANTIE: JURIDISCHE EN ORGANISATORISCHE VORMGEVING

V.1 Algemene aspecten

Inleiding

Voor een goed besef van het karakter van de juridische en organisatorische vormgeving van de Alliantie is het van belang dat men zich realiseert dat de Alliantie een samenwerkingsverband is, dat geen opdrachtgever of opdrachtnemer kent. Twee partijen die aanvankelijk los van elkaar staan spreken af samen te werken om gezamenlijk een project te realiseren. Zij werken samen zoals vrije beroepsbeoefenaren in een maatschap of vennootschap onder firma (en mogelijk in een rechtspersoon als een NV). Zij dragen elkaar niets op, maar spreken af tezamen een praktijk uit te oefenen, waarin zij ieder arbeid en/of kapitaal inbrengen. Dit kenmerk, deze afwezigheid van een partij die aan het eind van de dag bepaalt wat er gebeurt en jegens wie de ander aansprakelijk is, is bepalend voor de vormgeving van de Alliantie ongeacht of het nu gaat om een Alliantie waarin slechts het ontwerp is ondergebracht of een Alliantie waarin ontwerp en uitvoering zijn ondergebracht.

V.1.1 Alliantie voor het gehele project of voor een deel van het project

De juridische vormgeving van de Alliantie heeft twee kanten:

- een kant die alleen betrokkenen bij de Alliantie raakt
- een kant die de verhouding met derden raakt.

Het Alliantiecontract en de vormgeving van de Alliantie zien op het eerste punt. Het gaat hier om de vragen welke rechtsvorm de Alliantie dient te hebben en hoe de onderlinge verhouding contractueel wordt geregeld. Dit onderwerp komt in de volgende paragrafen aan de orde.

De andere kant betreft de vraag naar de verhouding van de Alliantie met derden. De Alliantie kan aansprakelijkheid naar zich toetrekken uit hoofde van met derden gesloten overeenkomsten en uit hoofde van een onrechtmatige daad, doordat bijvoorbeeld inbreuk op rechten van derden wordt gemaakt. Deze laatste categorie blijft hier buiten beschouwing.

De Alliantie, gevormd door personen afkomstig van de organisaties van de oorspronkelijke opdrachtgever en opdrachtnemer, gaat overeenkomsten aan met bijvoorbeeld onderaannemers of zoals in het geval van de Nederlandse Allianties die tot stand zijn gekomen: treedt op als opdrachtgever voor de aannemer. Daarmee treedt de Alliantie als opdrachtgever van een met de uitvoering belaste aannemer zoals de RGD dat in zoveel gevallen doet. In de buitenlandse Allianties heeft de Alliantie minder met derden te maken, omdat het zijn van opdrachtgever van een uitvoeringscontract geen taak van de Alliantie is; de Alliantie voert die taak immers zelf uit.

Treedt de Alliantie op als opdrachtgever van de uitvoerende aannemer, dan verandert de rol van de Alliantie gaandeweg: nadat eerst door opdrachtgever en opdrachtnemer (die daarvoor een ontwerper en

Studie Allianties

een uitvoerder in zal zetten) gezamenlijk wordt gewerkt aan het ontwerp en andere voorbereidende werkzaamheden, wordt de Alliantie opdrachtgever voor een der partners in de Alliantie. Dit heeft consequenties voor de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden voor de Alliantie, die op dit punt vergelijkbaar zijn met die van een traditionele opdrachtgever. Naar de kern genomen: de Alliantie, waarvan de aannemer deel uitmaakt, is aansprakelijk voor het ontwerp en voor de uitvoering is de aannemer alleen aansprakelijk.

Deze consequentie van de knip in de werkzaamheden dient uitdrukkelijk onder ogen te worden te zien. Drie aandachtspunten komen naar voren:

1. wat betekent de keuze voor de knip voor het type bouwcontractmodel?
2. welke juridische complicaties zijn te verwachten van de knip?
3. wat betekent de knip voor de werkzaamheden van de Alliantie?

1. Wat betekent de keuze voor de knip voor het type bouwcontractmodel?

Met de knip van het project in een ontwerpdeel en een uitvoeringsdeel doemt de vorm van het traditionele model op, met deze karakteristieke nuancering: de aannemer doet aan de ontwerptafel mee. Dit brengt ons dan ook bij het bouwteam model. Is een Alliantie die alleen ziet op ontwerpwerkzaamheden (ook al gaan die ontwerpwerkzaamheden zover dat daaronder ook alle bouwvoorbereidende werkzaamheden vallen) niet gewoon een variant op het bouwteam voor zover het althans gaat om de *werkzaamheden*?

Er is overigens wel uitdrukkelijk verschil waar het gaat om de *contractuele setting* waarin de werkzaamheden plaatsvinden. Een bouwteam kent immers een opdrachtgever, die mogelijk wel mee doet aan de ontwerptafel, maar toch in een hiërarchische/verticale verhouding staat tot de deelnemers aan het bouwteam. Het bouwteam krijgt dan ook een opdracht met daaraan gekoppeld aansprakelijkheden jegens de opdrachtgever. De Alliantiestructuur zoals die is onderzocht, kent die structuur niet. Tot slot kent het bouwteam ook niet het Alliantiefonds.

De vooralsnog hypothetische vraag die bij deze keuze voorts van belang is, is of deze knip niet in de weg staat aan hechte manier van samenwerken die een Alliantie vereist? Is de wetenschap dat men maar voor een deel van het werk als elkaars 'gelijke' optrekt, en daarna in de relatie met de Alliantiecollega's weer op de hiërarchische manier dient op te trekken, niet belemmerend voor die aanvankelijk beoogde horizontale relatie?

De vraag die de RGD zich daarom dient te stellen, is of men op zoek is naar een nieuwe juridische vorm waarin werkzaamheden worden verricht volgens de traditionele deling van ontwerp en uitvoering? Of is de RGD op zoek naar een nieuwe juridische vormgeving voor een geïntegreerde werkwijze?

Anders gezegd moet dus de Alliantievorm voor het gehele project of voor een deel van het project gelden. Een keuze voor de tweede vorm zit heel dicht aan tegen het bekende bouwteammodel.⁵¹ Een keuze voor de eerste vorm wordt hierna⁵² geadviseerd.

2. Welke juridische complicaties zijn te verwachten van de knip?

Voor toerekenbare tekortkomingen gepleegd onder vigeur van het aannemingscontract is de aannemer als enige aansprakelijk; eventueel is zijn aansprakelijkheid in omvang en/of duur beperkt, maar voor zover hij aansprakelijk is, kan hij deze niet met de opdrachtgever delen. Waar het gaat om ontwerpfouten is de aannemer niet als enige aansprakelijk, omdat die aansprakelijkheid immers in de Alliantie valt en wordt gedeeld met de andere deelnemers in de Alliantie. Net als bij een werk dat beheerst wordt door het traditionele model heeft de aannemer er belang bij uitvoeringsfouten te kwalificeren als ontwerpfouten. Niet omdat hij dan in beginsel niet aansprakelijk is (behoudens de eventuele schending van de waarschuwingsplicht), want dat is hij in de Alliantie wel als lid van de Alliantie, maar omdat ontwerpaansprakelijkheid gedeeld wordt met de andere Alliantiepartners.

De positie van de aannemer in deze geknipte situatie is vergelijkbaar met die onder de zogenaamde knip van Goudsmit. Deze hield in dat in een D&C contract de aansprakelijkheid van de ontwerpende aannemer, niettegenstaande het feit dat hij ontwerp en aanneming op zich had genomen, aan twee regimes onderworpen was. Een beperkt regime voor ontwerpfouten en een uitgebreider regime voor de uitvoeringsfouten. Hierover zijn felle discussies gevoerd in de juridische literatuur rond de introductie van de standaard voor geïntegreerde contracten. Gevreesd werd voor bewijsrechtelijke moeilijke posities van de opdrachtgever, die bij de uitvoering niet betrokken mocht zijn en dus moeilijk kan hard maken dat iets een uitvoeringsfout was en geen ontwerpfout. En men achtte het in strijd met het karakter van dit contracttype. In de UAV-GC 2005 en zijn voorloper van 2000 is dan ook uiteindelijk gekozen voor een ongedeelde aansprakelijkheid van de ontwerpende aannemer voor ontwerp- en uitvoeringsfouten.^{53/54}

Uiteraard kan tegen dit bezwaar ingebracht worden, dat nu het uitvoeringscontract gezien moet worden als een traditioneel contract er gewoon toezicht gehouden zal worden. Daarmee zou dus een deel van de bezwaren tegen de knip van Goudsmit wegvallen. Dat is correct, maar daarmee lijkt eens te meer vast te staan dat de knip in de werkzaamheden leidt tot een de facto bouwteam model althans voorzover het de werkzaamheden betreft.

3. Wat betekent de knip voor de werkzaamheden van de Alliantie?

De integratie van de werkzaamheden uit te voeren door de opdrachtgever en de opdrachtnemer beoogt te leiden tot een meer efficiënte manier van werken⁵⁵, maar er schuilt ook een gevaar in. De Alliantie heeft immers ook een controlerende taak. Het komt er dan ook op neer, dat de uitvoerende aannemer als lid van de Alliantie medeverantwoordelijk is voor de controle van zijn eigen uitvoeringswerkzaamheden. Voor het spanningsveld – veroorzaakt doordat functies niet gescheiden worden⁵⁶ - dat zich hier voordoet, zijn in de onderzochte overeenkomsten maar ten dele voorzieningen getroffen. Zo wordt geregeld, dat de Alliantie moet beschikken over een kwaliteitssysteem, waarmee de kwaliteitsborging wordt verzorgd. Tevens biedt het contract partijen de mogelijkheid om audits uit te oefenen om zich ervan te vergewissen dat de Alliantie de bepalingen van de overeenkomst nakomt, waaronder het uitoefenen van het toezicht op de werkzaamheden van de aannemer. Of met deze regeling voldoende wordt gewaarborgd dat een controle wordt uitgevoerd die vergelijkbaar is met die van een onafhankelijke functionaris/directie moet serieus betwijfeld worden: de uitvoerende aannemer is immers een van de controleurs van zijn eigen werk.⁵⁷

V.1.2 Aanbevelingen Alliantie voor geheel project of voor gedeeltelijk project

Het knippen van de werkzaamheden in een ontwerpdeel dat wel en een uitvoeringsdeel dat niet in de Alliantie wordt ondergebracht, is typisch voor de Nederlandse situatie. Het knippen hoeft niet in de weg te staan van een succesvol einde van het project, maar heeft wel een aantal juridische en organisatorische consequenties voor het Alliantiemodel die bij de keus voor die knip onder ogen gezien moeten worden.⁵⁸ De aanbeveling luidt daarom: breng alle werkzaamheden van een project onder in de Alliantie en vermijd de knip.

V.1.3 Contractstructuur

Omdat de Alliantie opereert als een zelfstandige entiteit, moet zorgvuldig onderscheid gemaakt worden tussen de juridische relaties binnen de Alliantie en de relatie van de Alliantie met derden.

De volgende vormen van Alliantie-contractstructuren zijn mogelijk:

- a) tussen de opdrachtgever – bijvoorbeeld de Rijksgebouwendienst - en een consortium van ontwerpers en aannemers wordt een Alliantie-contract gesloten ter realisering van een bepaald project (project Alliantie);
- b) tussen de opdrachtgever – bijvoorbeeld de Rijksgebouwendienst - en een consortium van ontwerpers en aannemers wordt een Alliantie contract gesloten ter realisering van een bepaald project en om dat project later te onderhouden en wellicht ook te exploiteren (uitgebreide project Alliantie)
- c) de Alliantie heeft als taak op zich genomen het ontwerpwerk te doen en de Alliantie sluit daarop met de aannemer een uitvoeringscontract (de Nederlandse variant).
- d) de Alliantie wordt in het leven geroepen voor onderhoud en exploitatie (theoretische variant, wordt vooralsnog nergens in de literatuur beschreven).

De contractstructuur zou idealiter zo moeten zijn dat waar het gaat om aansprakelijkheden die aan de uitvoerende aannemer worden toebedeeld in diens hoedanigheid van uitvoerende aannemer, en niet dus als deelnemer in de Alliantie, deze afzonderlijk in een apart contract dat met de uitvoerende aannemer wordt gesloten, worden opgenomen. Zowel in de Nederlandse contracten als in de in deze studie gebruikte Project Partnering Contract 2000 (PPC 2000) wordt dat echter niet gedaan. Hoewel niet is gebleken van moeilijkheden in de praktijk, verdient het desalniettemin de voorkeur de contracten gescheiden te houden.

V.1.4 Aanbevelingen contractstructuur

Het contract dat de Alliantieverhouding van de partners regelt, dient niet meer te regelen dan dat. Overeenkomsten met derden (met name de uitvoerende aannemer) dienen in een afzonderlijk contract ondergebracht te worden.

V.1.5 Aandachtspunten bij het opstellen van een Alliantiecontract

Bij het opstellen van een Alliantiecontract is het van groot belang dat rekening wordt gehouden met het bijzondere karakter van dit model. Bij het opstellen spelen standaard gedragingen van participanten een rol.

- a) Men is geneigd om ongunstige contracten uit te dienen met het oog op de relatie in de toekomst.
- b) Men is geneigd om tot heronderhandelingen over te gaan wanneer het contract voor de ene partij slecht uitpakt.
- c) Men is geneigd om tekortkomingen die buiten het contract vallen eerder te accepteren.

Eveneens belangrijk bij het opstellen van een Alliantiecontract is de gekozen formulering van de artikelen. Soms is voorzichtig formuleren, waarbij het ontbreekt aan duidelijke focus, noodzakelijk wanneer een onderwerp nog niet geheel duidelijk is. Daar staat tegenover dat voorzichtig geformuleerde artikelen kunnen leiden tot conflicten. Partijen dienen zich daar bewust van te zijn. Door op voorhand af te spreken hoe met dergelijke situaties om te gaan kunnen procedures voorkomen worden.

“One reason why partnering has failed in Australia may well be just this, that it does not seek to express itself contractually but rather to insist that it is a management model outside the contract. In this it lets in the law. DMR (Department of Main Roads, Queensland) had gone some way to recognising this in drafting extended partnering into its existing contracts types before it “hard wired” relationship management into its ECI contract.”

(Quick, 2007, p. 22)

V.2 Schets van de belangrijkste aspecten

In dit hoofdstuk komen de belangrijke juridische aspecten van Alliantiecontracten aan bod. Globaal worden zij beschreven en aan de hand van praktijkvoorbeelden verduidelijkt. De onderwerpen zijn:

- de considerans;
- de organisatie van de Alliantie;
- de communicatie;
- de algemene taken van de Alliantie;
- de aansprakelijkheid van en in de Alliantie;
- het Alliantiefonds;
- duur van de Alliantie, beëindiging en vroegtijdige beëindiging;
- intellectueel eigendom;
- geschillenregeling.

V.2.1 De Considerans

De considerans van de overeenkomst bevat de beweegredenen en het doel waarnaar gestreefd wordt. Zij bevat eveneens uitspraken over de wijze waarop partijen daar denken te komen. In de considerans leggen partijen de filosofie, *mission statement* (ook wel Projectvisie genoemd) en eventuele gedragsregels vast.

Studie Allianties

Het belang van de considerans bij de Alliantie is groot, omdat de samenwerking zo anders is dan bij andere modellen. De term Partnering Charter vormt min of meer het equivalent van ons begrip considerans.

“The Partnering Team members shall work together and individually in the spirit of trust, fairness and mutual cooperation for the benefit of the Project, within the scope of their agreed roles, expertise and responsibilities as stated in the Partnering Documents.”

PPC 2000 art. 1.3.

In de Australische Practitioners' Guide⁵⁹ treft men onder het kopje 'Setting the tone' in maar liefst zes leden een opsomming aan van 'Our behavioural commitments'. In bijlage 3 is het artikel in extenso geciteerd. Hieronder volgt ter illustratie het bepaalde in lid 3:

1.3 Each of us will fully disclose to the other Participants any conflict of interest or duty that exists or may arise in connection with the performance of the Work under the Alliance and we will not participate in any decision that relates to the matter which gives rise to the conflict unless and until we have the consent of all other Participants.

Een voorbeeld van een considerans in het Waardse Alliantie contract luidt als volgt:

In de Alliantie zullen partijen nauw met elkaar samenwerken, teneinde het projectresultaat zodanig te optimaliseren, dat de met de voorbereiding en de uitvoering van het Werk gemoeide maatschappelijke, financiële en technische belangen optimaal worden bediend.

In het contract zelf is ook een bepaling ten aanzien van de samenwerking opgenomen: Doelstellingen van de Alliantie en daarin wordt het volgende bepaald:

Partijen stellen zich met het aangaan van deze Alliantie ten doel om het projectresultaat zodanig te optimaliseren dat de met het Werk gemoeide maatschappelijke, financiële en technische belangen optimaal worden gediend en het Werk tijdig wordt Opgeleverd. Elk van de Partijen zal zich alle redelijke inspanningen getroosten om de voornoemde doelstellingen te verwezenlijken door te handelen in overeenstemming met de geest van deze doelstellingen en alle voor het bereiken van de doelstellingen noodzakelijke kennis, ervaring en informatie ter beschikking te stellen.

V.2.2 Organisatie van de Alliantie

De Alliantie is een zelfstandige organisatie die los van de partijen die de Alliantie hebben opgericht, opereert (eventueel in een zelfstandige entiteit). In grote lijnen komt de organisatiestructuur van de onderzochte contracten en modellen overeen.

De Alliantie wordt bestuurd door een bestuur, dat eindverantwoordelijk is. Dit bestuur wordt gevormd door een gelijk aantal vertegenwoordigers van beide partijen met eventueel de mogelijkheid van plaatsvervangende. Het bestuur wordt bij de onderzochte contracten voorgezeten door de oorspronkelijke opdrachtgever met als vice-voorzitter iemand afkomstig van de andere partij. Bij het Napred model is

voorzien in wisselend voorzitterschap. Dat laatste lijkt meer in overeenstemming met de Alliantiegedachte. Besloten wordt bij unanimitieit van stemmen, waardoor het feit dat het voorzitterschap in handen is van de persoon afkomstig van de oorspronkelijke opdrachtgever minder om het lijf heeft dan gedacht zou kunnen worden. Blijkt unanimitieit niet te bereiken, dan kan het probleem worden voorgelegd aan de Raad van Deskundigen of een committee van vier wijze mensen. Deze laatste regelingen zijn essentieel om te voorkomen dat men in patstellingen terecht komt.

De Napred Projectmanager (dat kan eventueel ook het management team zijn) heeft nog een opvallende taak. Volgens art. 12 lid 1 beslist hij of enig deel van het werk een gebrek vertoont, dan wel dat het werk niet overeenstemt met de eisen voortvloeiend uit de overeenkomst. Hij dient dat dan schriftelijk te melden aan de verantwoordelijke partij, waarna deze het gebrek herstelt. De kosten daarvan zijn voor rekening van de Alliantie. Dit betekent dus dat een van de leden van de eigen organisatie moet beslissen of een van zijn 'collega-leden' verantwoordelijk is voor een gebrek in het werk. Deze figuur, die de Nederlandse contracten niet kennen, lijkt geënt te zijn op de figuur van de Engelse en in de internationale FIDIC contracten veel voorkomende figuur van de Engineer, die hoewel in dienst van de (oorspronkelijke) opdrachtgever, onafhankelijk en objectief ('fair') moet uitmaken of de van de alliantie deel uitmakende aannemer handelt overeenkomstig de overeenkomst. Deze figuur staat in de literatuur onder druk, omdat men aarzelingen heeft omtrent zijn objectiviteit gezien het feit dat hij door de opdrachtgever wordt betaald. De taak die de projectmanager in het Napredmodel opgelegd heeft gekregen, lijkt voor een vergelijkbare spanning te zorgen: stel hij is afkomstig van de aannemer: hoe kritisch zal hij zijn ten aanzien van gebreken veroorzaakt door het aannemerlid van de Alliantie?

Een enkel woord dient gewijd te worden aan de bemensing van de Alliantie. In het Napredmodel wordt over dit onderwerp niets geregeld⁶⁰; dat is het wel het geval bij de onderzochte contracten. In overeenstemming met de aard van dit type contract wordt bepaald dat in onderling overleg medewerkers ter beschikking van de Alliantie worden gesteld. Er wordt naar gestreefd om in gelijke mate personen van beide organisaties op te nemen; naast kwaliteiten van de persoon wordt dan ook gekeken naar diens herkomst opdat evenwicht in de organisatie wordt bereikt. Het ter beschikking gestelde personeel blijft in dienst van de partij die hem ter beschikking stelt en deze betaalt ook het salaris. Over de terbeschikkingstelling van personeel zullen partijen een vergoeding overeenkomen, die ten laste van het Alliantiefonds aan partijen wordt betaald. Eenmaal ter beschikking gesteld personeel mag nog slechts met toestemming van het management team aan de Alliantie worden onttrokken. Het team oordeelt ook over het functioneren van het personeel.

“Het probleem van de dubbele petten speelde ook bij de Waardse Alliantie. Maar partijen gingen hier van nature heel goed mee om. Aanvullende arrangementen waren niet nodig. Wel is het van belang dat het bevoegd gezag geen plaats neemt in de Alliantie. Dat is vragen om problemen.”

Cees Brandsen, directeur projecten RWS

V.2.3 Organisatie van de Waardse Alliantie als voorbeeld

De Alliantie kent twee bestuursorganen: een bestuur en een management team. De Waardse Alliantie komt in grote mate overeen met het Napredmodel. Toch zijn er een aantal belangrijke verschillen die deels gelegen zijn in het feit dat het om nadere uitwerking van artikelen gaat, afhankelijk van de specificaties van het project. Ten aanzien van het bestuur zijn dit:

- a) het feit dat het voorzitterschap *niet rouleert*, maar in handen is van de oorspronkelijke opdrachtgever; als vicevoorzitter fungeert een afgevaardigde van de zijde van de oorspronkelijke opdrachtnemers;
- b) een *even aantal bestuurders*, waarmee beide partijen voortdurend elkaar in evenwicht houden. Nu de eis wordt gesteld dat beslist wordt bij unanimitieit, maakt het feit dat er geen oneven aantal getal is niet uit;
- c) het bestuur *eindverantwoordelijk is* voor het bereiken van de doelstellingen van de Alliantie, hetgeen onder meer inhoudt het waken over de financiële, personele en organisatorische gang van zaken binnen de Alliantie;
- d) het bestuur *houdt verder toezicht* op de Alliantie en de wijze waarop samengewerkt wordt en is bevoegd binnen bepaalde financiële grenzen *beslissingen* te nemen over uitgaven ten laste van het Alliantiefonds;
- e) het bestuur is een *geschilvoorkomende rol* toebedeeld alsmede een *geschiloplossende rol*. Om deze taak naar behoren en efficiënt uit te kunnen voeren, dienen de leden van het bestuur een voldoende volmacht te hebben;
- f) bij geschillen en uitblijvende unanimitieit wordt de *vertegenwoordiger* van de oorspronkelijke opdrachtgever aangewezen als degene die het *besluit neemt*. Wanneer ook dit niet leidt tot een oplossing wordt de zaak voorgelegd aan een *arbitrage*;
- g) daar waar het Napredmodel uit gaat van het bijeenkomen van het bestuur van 4 maal per jaar; in de Waardse Alliantie ligt die *frequentie veel hoger*: variërend van 1 maal per maand tot minimaal 1 maal per kwartaal.

Ten aanzien van het Project Management Team zijn dit:

- a) het team bestaat meestal uit 3 of 4 leden: een door beide partijen te benoemen manager van het team, een manager omgeving, een manager techniek en een manager ontwerp;
- b) de manager omgeving wordt aangesteld door de oorspronkelijke opdrachtgever, die voor techniek en ontwerp wordt benoemd door de opdrachtnemer;
- c) de taak van het management team is zorgen voor de dagelijkse gang van zaken: leiden, begeleiden en controleren van de werkzaamheden en rapporteren aan het bestuur van de Alliantie;

- d) De project manager voert het dagelijks management en is verantwoordelijk voor de coördinatie van de activiteiten. Daartoe worden aan hem door het team zodanige bevoegdheden gedelegeerd dat hij daadwerkelijk dat management kan voeren
- e) Met betrekking tot de bevoegdheden wordt in het contract concreet aangegeven dat de Alliantiemanager de Alliantie jegens de uitvoerende aannemer vertegenwoordigt alsmede jegens andere opdrachtnemende partijen en ook vertegenwoordigt hij de oorspronkelijke opdrachtgever bij de bestuurlijke overheden
- f) De verantwoordelijkheid voor het *beheer van het kwaliteitssysteem* berust bij de Alliantiemanager

In deze contracten is aan de projectmanager noch het projectteam de taak opgelegd van het vaststellen van gebreken in het werk van een van de Alliantieleiden. Dat lijkt gezien de onderlinge noodzakelijk goede verstandhouding ook juist. De vraag rijst wel: wie controleert de werkzaamheden van de leden van het team? Is dat het bestuur van de Alliantie? Van dit bestuur wordt als expliciete taak genoemd dat het eindverantwoordelijk is voor het bereiken van de doelstellingen en dat betekent onder meer dat het bestuur waakt over de financiële, personele en organisatorische gang van zaken binnen de Alliantie. De technische werkzaamheden die verricht worden binnen de Alliantie worden daarbij niet genoemd. Mogelijk is de controle daarop wat impliciet geregeld.

In artikel 10 lid 12 wordt uitgebreid opgesomd waarover het projectteam ieder kwartaal over moet rapporteren. Een paar onderdelen zijn:

- *de stand van zaken van het Alliantiefonds en de prognose van de eindstand van het Alliantiefonds*
- *de overeengekomen wijzigingen*
- *de top tien van actuele risico's van de Alliantie*
- *de wijzigingen in het kwaliteitssysteem*
- *de resultaten van de gehouden audits*

Uit het Waardse Alliantie contract.

Bemensing

De partijen van de Alliantie besluiten in onderling overleg en naar gelang de noodzaak medewerkers ter beschikking te stellen. Het streven is om in gelijke mate personen van beide organisaties op te nemen. Hierbij wordt gekeken naar competentie. Bekostiging van de bemensing komt ten laste van het Alliantiefonds. Het projectteam oordeelt over het functioneren van haar personeel.

Integriteit

Integriteit vormt een belangrijk aandachtspunt bij Allianties. Immers, vaak vraagt men zich af of overheidsmedewerkers wel zo nauw verbonden mogen raken met medewerkers van commerciële ondernemingen. Het is evident dat in de praktijk van de Alliantie hier voorzieningen voor getroffen moeten worden.

In de buitenlandse literatuur heeft het aspect van integriteit ook de aandacht getrokken. Ook al vormen de buitenlandse Allianties niet zo'n bestuurlijke hechte band als bij de Nederlandse Allianties het geval is, dit heeft niet belemmerd dat medewerkers van betrokken ondernemingen met groot enthousiasme zich aan het fenomeen verbonden hebben. Integendeel, Sweet⁶¹ waarschuwt met kracht tegen de medewerker

Studie Allianties

die al te vriendelijke relaties aanknoopt met de medewerkers van de andere partij. Een medewerker, zo merkt hij op, moet loyaal zijn aan zijn werkgever en moet niet vergeten wie hem betaalt en voor wie hij werkt. Het is één ding om als ‘partners’ te werken, maar het is een ander ding om in de verleiding te komen iets weg te geven wat niet van de medewerker is. “This must be hammered into the minds of those selected to implement partnering.” Dat dit de realiteit is, blijkt volgens Sweet uit het feit dat CALTRANS meldde dat het in sommige districten veel minder en ook lagere claims ontving dan elders. Zijn zegsman bij deze opdrachtgever hield rekening met de mogelijkheid dat lagere claims “result from district officials giving away too much because of tenderness toward contractors.” Myers lijkt daar minder bang voor te zijn. In zijn voordracht voor de IBA-bijeenkomst in september 2000 wijst hij er juist op dat zakelijke en persoonlijke verhoudingen in elkaar opgaan en dat een ‘trusting personal relationship can drive the business a long way.’⁶² Het op deze manier werken met elkaar verandert vaak de wijze waarop bedrijven werken en een voortzetting van de relatie in de toekomst hoort daar bij, aldus Myers

Tot slot

Tot slot resten twee belangrijke opmerkingen. In eerste instantie bestaat het risico dat unanimiteit patstellingen teweeg brengt. Om toch de besluitvorming niet te frustreren is daarmee een goede geschillenregeling essentieel. In tweede instantie moet bij het opstellen van het contract rekening gehouden worden met het specificeren van de artikelen. Het mag niet de bedoeling zijn alles zo te formuleren dat alle creativiteit ontnomen wordt. Door oplossingen niet op voorhand te willen vastleggen en de prestatie-eisen in functionele termen te omschrijven kan dit risico vermeden worden.

Buitenlandse regelingen van bestuur

In de buitenlandse literatuur over partnering komt men de hiervoor beschreven figuur van bestuur niet tegen, omdat de samenwerking daar meestal niet zo ver gaat. Wel wordt het bestuur van de opdrachtgever en de opdrachtnemer op het hart gedrukt, zoals al eerder is aangegeven, om zich de doelstellingen van de samenwerking eigen te maken, maar tot een formele integratie leidt dit niet. Een recente ontwikkeling in bestuurlijke zin is die van de Core Group. De PPC zegt er in art. 3 dit over:

“The Partnering Team members shall establish a Core Group (project- managementteam, red.) who shall meet regularly to review and stimulate the progress of the Project and the implementation of the Partnering Contract and to fulfil their other functions as described in these Partnering Terms. Members of the Core Group shall compromise the individuals so listed in the Project Partnering Agreement subject to replacement only with the prior consent of the current Partnering Team members.”

Interessant is voorts de in de PPC 2000 geïntroduceerde *Partnering Adviser*. Dit is een onafhankelijk persoon, die de plicht heeft om alle leden van het Alliantieteam eerlijk en constructief te adviseren met betrekking tot de het Alliantieproces, de ontwikkeling van het Alliantieproces en het hanteren van het Alliantiecontract.

De taken van deze adviseur, PPC 2000, artikel 5 lid 6:

“In all matters relating to their partnering relationship and the operation of the Partnering Contract, the Partnering Team members may together or individually utilise the advice and support of the Partnering Adviser, subject to prior agreement of costs and the Partnering’s Advisor’s duty of care, including: review of Specialist Contracts for consistency with the Partnering Documents;”

*preparation of any Partnering Charter;
preparation of any Joining Agreements, Pre-Possession Agreement and Commencement Agreement;
provision of fair and constructive advice as to the partnering process, the development of the partnering relationships and the operation of the Partnering Contract;
attendance at such meetings of the Core Group and the Partnering Team as their members consider appropriate;
assistance in the solving of problems and the avoidance or resolution of disputes in accordance with clause 27.*

Wat het Verenigd Koninkrijk betreft is het Framework Arrangement illustratief. Dit regelt het team in artikel 20⁶³. Deze regeling voorziet in een team gevormd door vijf mensen van iedere partij. Het team stelt zelf een gedetailleerd 'terms of reference' op, dat geratificeerd moet worden door partijen. Daarin moet in ieder geval opgenomen zijn informatie over nieuwe projecten en de evaluatie van bronnen en requirements; het samenstellen van gemeenschappelijke management teams voor al het werk van ontwerp, aanbesteding en realisatie; het opzetten en administreren van partnering workshops; het contact met de eigen management teams; en het samenstellen en toezicht houden op een strategisch 'Disputes Resolution Panel', dat zelf een vergelijkbaar Panel opricht ten behoeve van projecten. Hoewel het managementteam een plaats heeft in Critchlows Framework, moet wel vastgesteld worden dat de beschrijving ervan in termen van taken, bevoegdheden en samenstelling erg mager is. In de tekst van het boek wordt aan het formeren van een echt team ook vrijwel geen expliciete aandacht besteed, al wordt wel opgemerkt dat het 'appropriate' is⁶⁴. Dit gemis aan aandacht voor wat toch een centraal punt in de organisatie is, is opvallend, maar wel in overeenstemming met de andere hier eerder genoemde literatuur⁶⁵ en met de praktijk. Formele teams worden buiten Nederland vrijwel nergens in het leven geroepen; wel wordt veel aan gemeenschappelijk zakelijke en sociale bijeenkomsten gedaan en ook wordt personeel over en weer gedetacheerd⁶⁶. Het ontbreken van formele teams is er waarschijnlijk de oorzaak van dat aan communicatieprocedures en evaluatieprocedures bijzonder veel aandacht wordt geschonken, want nu er geen team is, spreekt het niet voor zich dat beide partijen over dezelfde informatie beschikken.

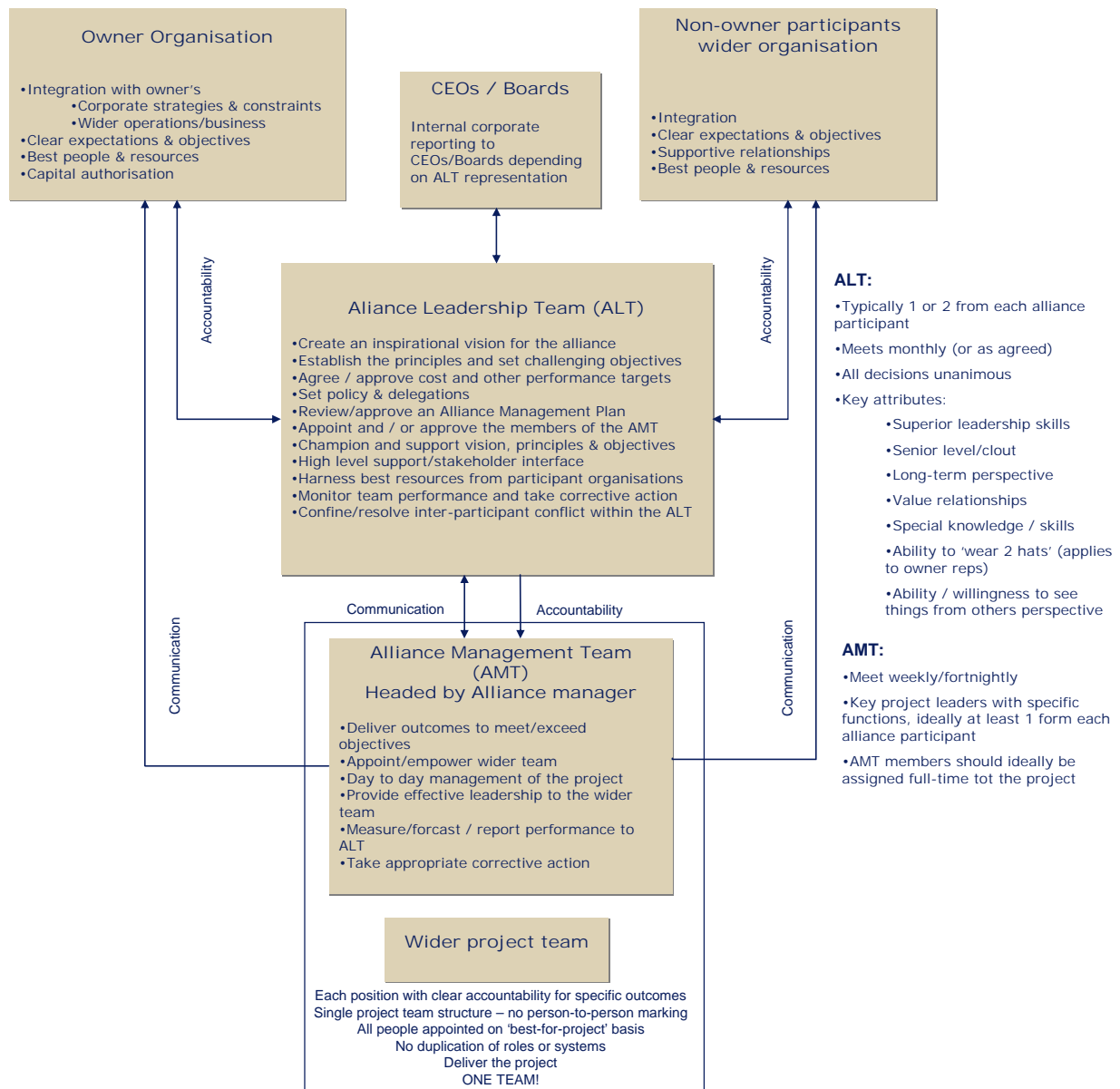
In de Australische Practitioners' Guide wordt wel op het bestuur ingegaan. Er wordt gesproken van een Alliance Leadership Team waarin senior vertegenwoordigers van alle betrokken plaatsnemen. De taak van dit team is het doel van de Alliantie te bereiken en dat iedereen doet wat van wat hem verwacht wordt. Beslissingen worden unaniem genomen. Van de bestuursleden worden belangrijke eigenschappen verwacht:

- superieure leiderschapseigenschappen, waaronder de mogelijkheid om vooringenomen standpunten te kunnen laten varen

Voorts is er een Alliantie management team dat zorg draagt voor het dagelijks wel en wee van de organisatie. De basis voor de benoeming in het team is niet de herkomst maar de bekwaamheid.

Studie Allianties

De Australische organisatie wordt als volgt weergegeven:



Figuur 5 Project alliance governance and management typical framework (ontleend aan Practioner's Guide, p.12).

V.2.4 Aanbevelingen organisatie van de Alliantie

- De organisatie van de Alliantie is geen ingewikkelde: een bestuur en een management team zijn essentieel.
- Passend bij de Alliantiegedachte is dat besluitvorming plaatsvindt bij unanimititeit.
- Ten einde patstellingen te voorkomen, dient er een goede voorziening te worden getroffen om meningsverschillen vlot te trekken voordat deze culminereren in echte geschillen.
- Medewerkers moeten zich verbonden weten met de Alliantie, dat wil niet zeggen met de wederpartij. Gewaakt moet worden voor relaties die de scope van de Alliantie te buiten gaan.

V.2.5 Communicatie

Bij Alliantievorming is goede onderlinge communicatie van groot belang. Men zou zelfs kunnen zeggen dat informatie-uitwisseling tussen de partijen een doel van partners is.⁶⁷ De aandacht die dit vergt, gaat dan ook veel verder dan alleen de juridische kant van dit onderwerp. In wezen is de essentie vertrouwen en openheid. Dit is lastig in juridische regels te vatten en zal bijzondere aandacht van iedere Alliantie-opzet verlangen. Wederzijds wantrouwen door ‘misverstanden’ en miscommunicatie doet het welslagen van de Alliantie sterk reduceren.

“Met name het management blijkt in de praktijk nog heel veel traditionele reflexen te hebben. Daarmee wordt bedoeld dat zowel opdrachtgever als opdrachtnemer dikwijls de neiging hebben te redeneren en reageren vanuit het rollenpatroon bij een traditionele opdracht.”

Cees Brandsen is directeur projecten RWS

“Wees open en eerlijk tegen de partners. Er is niets zo ‘dodelijk’ voor Allianties als verborgen agenda’s. Wederzijds vertrouwen is van enorm belang”

Napred model, in de lijst van ‘Doen bij het onderhouden’.

“Vorm geen groepjes binnen de Alliantie, dat is heel slecht voor de teamgeest”

Napred model, in de lijst van ‘Laten bij het onderhouden’.

Met betrekking tot de manier van communiceren zullen afspraken gemaakt dienen te worden over:

- *De vorm van communicatie.* Als het gaat om schriftelijke communicatie hoe dienen stukken bewaard te worden, wanneer is een accordering van het Bestuur dan wel bepaalde aanwezig gewenst.
- Over *welke onderwerpen* moet gecommuniceerd worden? Bijvoorbeeld, tijd- en budget overschrijding al dan niet door partijen zelf dan wel derden veroorzaakt, archeologische vondsten, en dergelijke.

Studie Allianties

- Hoe worden de leden van het team die niet de geadresseerde van een boodschap zijn op de hoogte gehouden?
- Wie draagt de kosten van de informatie?
- Hoe vaak wordt door het Bestuur, door het Team en/of de Kerngroep vergaderd?
- Hoe vaak wordt door de Project Manager verslag gedaan aan het Bestuur?
- Hoe worden deze vergaderingen voorbereid en hoe wordt er verslag van gedaan?
- Het creëren van een sfeer waarin informatie vanzelfsprekend wordt gedeeld en niet pas wanneer daarnaar wordt gevraagd.
- Welke sancties staan partijen ter beschikking indien informatie niet wordt gedeeld? En wat als daardoor schade ontstaat?⁶⁸
- Omvat de informatie uitwisseling ook informatie over prijzen en kosten (is er dus sprake van ‘open book costing information’⁶⁹)?
- Hoeveel ruimte wordt aan de ‘werkgroepen’ gelaten om zelf met oplossingen te komen en hoe snel dient een hoger niveau geraadpleegd te worden?⁷⁰
- Worden computersystemen en huisvesting gedeeld en wie is eigenaar hiervan?
- Als elektronische middelen als email gebruikt mogen worden (en het is moeilijk voorstelbaar dat dit niet het geval zou zijn): hoe het bewijs daarvan te bewaren.
- Wie is eigenaar van documenten gedurende en na het beëindigen van de Alliantie?
- Het bewaren en de geheimhouding van de (elektronische en niet elektronische) informatie dienen ook geregeld te worden.

Formulering artikel ten aanzien van communicatie:

“Partijen zullen elkaar steeds, en zo spoedig mogelijk, informeren omtrent al hetgeen redelijkerwijs van belang kan zijn in verband met de deelneming aan en/of de doelstelling van de Alliantie”.

Uit de Waardse Alliantie en de Alliantie N201.

In het contract van de Waardse Alliantie komt de volgende bepaling voor:

In geval van onduidelijke of tegenstrijdige eisen in het Prestatiebestek zullen deze worden uitgelegd naar de wens van NS RIB. De kostenconsequenties komen voor rekening en risico van de Alliantie. Dit laat het recht van Partijen ingevolge artikel 29 onverlet.⁷¹

Deze bepaling staat haaks op het idee van de horizontale relatie; hij komt in het contract van de Alliantie N201 niet meer voor.

Om problemen met communicatie te voorkomen wordt in veel (buitenlandse) contracten ruimte geboden aan een artikel dat ingaat om een soort ‘vroeg waarschuwingssysteem’. Het doel van dit waarschuwingssysteem is om verrassingen bij andere te voorkomen. Het systeem zorgt ervoor dat wanneer het Project Management Team er niet uit komt, het probleem naar een hoger niveau getild wordt. Voor Nederlandse contracten hoeven dergelijke artikelen niet expliciet opgenomen te worden, immers plichten hieromtrent vloeien voort uit ‘redelijkheid en billijkheid’.

“The Partnering Team members shall operate an Early Warning system, whereby each Partnering Team member shall notify the others as soon as it is aware of any matter adversely affecting or threatening the Project or that Partnering Team member’s performance under the Partnering Contract, and shall include in such notification proposal’s for avoiding or remedying such matter. The Client Representative shall convene a meeting for the Core Group within 5 Working Days from the date of any such notification unless all Core Group members agree an alternative action.”

PPC 2000, art. 3 lid 7.

V.2.6 Aanbevelingen

- Neem de tijd voor het regelen van de communicatie, neem de hiervoor genoemde lijst als basis.
- Betrach openheid in de communicatie.
- Neem expliciet een bepaling op dat gewaarschuwd moet worden bij omstandigheden die kostenverhogend kunnen werken.

V.2.7 Algemene taken van de Alliantie

De verplichtingen die partijen op zich nemen in de Alliantie – beter gezegd: de taken van de Alliantie - kunnen in een studie als deze slechts in algemene bewoordingen worden beschreven. Het spreekt voor zich dat deze immers afhankelijk zijn van de concrete taken, werkzaamheden en omstandigheden. Per project zullen dan ook in een Basisovereenkomst afspraken gemaakt dienen te worden. Toch wordt in deze paragraaf geprobeerd in algemene zin op de algemene taken van de Alliantie in te gaan. Ter inleiding zij het volgende opgemerkt.

Inleiding

De aard van de verplichtingen in een Alliantie/partnering setting is uit de aard van de zaak een andere dan in een traditioneel contract. In een traditioneel contract neemt bijvoorbeeld de aannemer de opdracht aan om een werk te realiseren en deze opdracht wordt hem verstrekt door de opdrachtgever, die op zijn beurt gehouden is de aannemer te betalen. Bij een Alliantie is van een dergelijke verticale verhouding geen sprake en luiden de algemene verplichtingen dan ook niet alleen anders dan in de UAV 1989 of de UAV-GC 2005, maar hebben zij ook een ander karakter. Er is immers geen opdrachtnemer van de Alliantie. Schiet de Alliantie tekort in de taken die zij op zich heeft genomen, dan is er geen opdrachtgever die haar aansprakelijk kan stellen. Men dient zich te realiseren dat het hier gaat om een wezenskenmerk van de Alliantiefiguur. De bevoegdheden van een (oorspronkelijke) opdrachtgever in een Alliantie zijn zeer beperkt om niet te zeggen dat zij als zodanig non-existent zijn. De Alliantie kent geen opdrachtgever en dat betekent heel praktisch voor de opdrachtgever van deze studie, de Rijksgebouwendienst, dat anders dan bij andere contractmodellen de mogelijkheid om *als opdrachtgever* te sturen beperkt zijn. Er kan wel gestuurd worden als zich ontwikkelingen voordoen die sturing en bijsturing vereisen, maar dat gebeurt middels het bestuur van de Alliantie en niet door middel van het opdragen van wijzigingen etc.

Studie Allianties

Het feit dat er geen opdrachtgever is die de Alliantie aansprakelijk kan stellen, wil natuurlijk niet zeggen dat de Alliantie (de deelnemers in de Alliantie) niet zal voelen dat er gevolgen zijn van een gebrek in haar werkzaamheden. Voordat daaraan toegekomen wordt, worden eerst de taken beschreven, zoals deze in de Nederlandse contracten vorm gegeven zijn.

De taken in het Napredmodel

Het Napredmodel zet in drie (juridische) artikelen uiteen wat en hoe de taken van de Alliantie geregeld zijn. Samenvattend komt dat op het volgende neer:

1. Taken van de Alliantie: Partijen gaan een samenwerkingsverband met elkaar aan met als doel het realiseren van werk. Om dat doel te bereiken zullen partijen acties moeten uitvoeren als het aanvragen van vergunningen, verrichten van leveringen, ontwerpen dan wel uitvoeren van werk.
2. Taakverdeling van de Alliantie: Iedere partij realiseert die werken en leveringen die noodzakelijk zijn om het doel van de Alliantie te bereiken. Veelal worden deze toebedeeld in de bijlage van contracten. Mocht deze niet zijn toebedeeld dan zal het bestuur op voorstel van het management team den werkverdeling bepalen.
3. Overige Taken van de Alliantie: Het gaat hier om uiteenlopende onderwerpen zoals ontwerp- en meer-/minderwerk. Over het ontwerp wordt bepaald dat het werk wordt uitgewerkt overeenkomstig de fasering neergelegd in een van de bijlagen. Na iedere fase dient goedkeuring te worden verkregen van het Management Team.

Onderzochte contracten

De contracten regelen de taken en daaraan gekoppelde verantwoordelijkheden vrij uitgebreid in de overeenkomst zelf. Hierbij dient wel aangetekend te worden dat er naast de Alliantieovereenkomst met de bijlagen, waaronder het bestek, ook nog een aannemingsovereenkomst is, waarin de zaken die door de uitvoerende aannemer voor zijn rekening en risico worden uitgevoerd, zijn vastgelegd. Ook in dit geval is voor een volledig beeld van de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer meer informatie nodig. Twee contracten hebben het onderwerp ondergebracht in een annex en de derde afzonderlijk in een andere overeenkomst.

Toepassing van taakomschrijvingen die projectspecifiek zijn, heeft reeds plaats gevonden voor de Waardse Alliantie en het andere onderzochte contract. De taakomschrijvingen gaan eveneens gepaard met de daarbij behorende risico omschrijvingen.

Het werken met een Alliantie betekent dat met name de opdrachtgever veel bevoegdheden en taken, die onder vigeur van andere meer traditionele contractsvormen binnen zijn bereik vallen, in handen legt bij een organisatie waar hij maar ten dele invloed op heeft. Het gaat hier om planning, grondverwerving, vergunningen, kwesties van kabels en leidingen en archeologie alsmede ontwerpen en de controle op en aansturing van de uitvoerende aannemer (tot en met de oplevering), maar ook op de ontwerper⁷². Voor de opdrachtnemer betekent dit dat hij ten dele taken te dragen krijgt, waar hij in het verleden geen bemoeienis mee had. Daar staat tegenover dat een deel van de werkzaamheden die hij onder een Design and Construct contract alleen zou moeten verzorgen, nu aan de Alliantie zijn toebedeeld. De verantwoordelijkheid van de aannemer groeit, maar de taken waarop de verantwoordelijkheid betrekking

heeft, worden ook in die mate mede door hem uitgevoerd. Tussen verantwoordelijkheid en werkzaamheden lijkt aldus een zeker evenwicht gerealiseerd.

Algemene bepalingen van de Combinatie N201:

“De Alliantie is verantwoordelijk en aansprakelijk voor alle taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden welke ingevolge lid 2 van dit artikel niet voor verantwoordelijkheid van de Provincie in de rol van opdrachtgevende partij en/of ingevolge lid 3 van dit artikel niet voor verantwoordelijkheid van de Combinatie N 201 in de rol van Uitvoerend Aannemer komen.

De Alliantie dient haar taken zo uit te voeren dat het Project tijdig en conform de eisen van de Vraagspecificatie kan worden opgeleverd en bij de Oplevering van het Project een maximaal financieel resultaat voor de Alliantie is behaald. De Alliantie is hierbij verantwoordelijk voor de beheersing van de tot de Alliantie behorende risico's. De Alliantie zal haar werkzaamheden uitvoeren binnen de kaders zoals aangegeven en voortvloeiende uit de Alliantieovereenkomst en de daarin opgenomen Bijlagen”.

Uit het contract van de Alliantie N201.

Taken van de Waardse Alliantie waren onder andere:

- Verantwoordelijkheid voor de algehele contractbewaking ten aanzien van het aannemingscontract.
- Toezicht houden op de uitvoerende aannemer via prestatieverklaringen.
- Toezicht houden op de veiligheidseisen en kwaliteitsbeheersing.
- Ontwerpwerkzaamheden, zoals het uitwerken van het aanbiedingsontwerp en de daarmee samenhangende hoofdvoeringsplanning. Hierbij lag de verantwoordelijkheid voor de uitvoering zelf niet bij de Alliantie.
- Controle op het werk via nulmetingen.
- De interpretatie van de geo-thechnische gegevens.
- Aanpassingen aan het ontwerp en/of de hoofdvoeringsmethode aan eisen van derden zoals kabels en leidingen, waterschapsissues en dergelijke.
- Vergunningen, Keuringsplannen en V&G plannen.
- Beheer van het Alliantiefonds.

Een belangrijk risico van de Waardse Alliantie betrof de verwerving van de gronden en het tijdig verleggen van de Kabels en leidingen. Hoewel de Alliantie niet tot taak had de gronden te verwerven droeg zij wel een risico. Namelijk het risico van het niet tijdig beschikbaar zijn de gronden. Voor de opdrachtnemende partij betekende dit een extra aansprakelijkheid, immers zij had tot taak de gronden te verwerven.

“De verdeling 50% - 50% is een regel om gelijkwaardigheid te creëren. Daar moet echter niet te rigide mee om worden gegaan. Niet alles hoeft op 50 – 50 basis te worden geregeld. Zo is in de Waardse Alliantie niet 50 – 50 ingebracht. Belangrijk is dat partijen de ruimte zoeken in de onderhandelingen hierover.”

Cees Brandsen, directeur projecten RWS

Studie Allianties

Taken van de Alliantie N201 waren min of meer het zelfde waarbij de volgende taken expliciet waren geregeld zoals:

- Planning: de Alliantie draagt zorg voor het opstellen en het up-to-date houden van de hoofdvoeringsplannen
- Kwaliteitsborging: de Alliantie draagt zorg voor alle taken inzake veiligheid en gezondheid
- Communicatie: de Alliantie verzorgt de projectvoorlichting, bouwcommunicatie en klachtenafhandeling
- Conditie: de Alliantie zorgt voor de afstemming en het overleg met de omgeving, beheerders en bevoegd gezag. Coördinatie en aansturing inzake vergunningenverzekering en grondverwerving en dergelijke vallen hier ook onder.

Specifiek bij de Alliantie N201 werden afspraken gemaakt over de nazorg. Deze is apart geregeld als taak van de Alliantie. De Alliantie dient zich na oplevering van het werk door de uitvoerend aannemer aan de provincie dusdanig te organiseren dat zij ook na oplevering haar taken nog kan vervullen. Een half jaar voor oplevering zal het management team een voorstel bij het Alliantiebestuur in te dienen inzake de vraag hoe deze werkzaamheden te verrichten en wat de omvang van het Alliantiefonds moet zijn om de werkzaamheden op adequate wijze uit te oefenen.

Voor de regeling van de taken van de buitenlandse Allianties zij verwezen naar Bijlage 5.

V.2.8 Aansprakelijkheid en risico's van en in de Alliantie

De aansprakelijkheid van de Alliantie en de onderlinge verdeling van de draagplicht raken de kern van de Alliantie. De Alliantie kent juridisch geen opdrachtgever.⁷³ In contractuele zin worden in de UAV-aannemer/de UAV-GC aannemercontracten geen aansprakelijkheidsbepalingen gekoppeld aan de taken van de Alliantie. Er wordt ook geen taak opgedragen aan de Alliantie, want de opdrachtgever is zelf lid van de Alliantie. In lijn daarmee zijn in de contracten van de Waardse Alliantie en de Alliantie N201 geen aansprakelijkheidsbepalingen opgenomen, die ertoe zouden kunnen leiden dat dé Alliantie contractueel aansprakelijk gesteld wordt door een (oorspronkelijke) opdrachtgever. Als er schade ontstaat door fouten van deelnemers in de Alliantie, dan ligt de schade waar die valt: in de Alliantie zelf, of preciezer in het Alliantiefonds, zoals ook de personenvennootschap zelf met schade zit die door de leden van de vennootschap wordt veroorzaakt.⁷⁴

V.2.9 Aansprakelijkheid volgens het Napredmodel

Om te beginnen dient gewezen te worden op artikel 9 dat aan kapitaalverschaffing is gewijd. In dit artikel wordt bepaald dat de 'afnemer'/'opdrachtgever' een bepaald maximum inbrengt in de Alliantie. In het volgende lid wordt bepaald dat partijen indien de Alliantie meer kapitaal nodig heeft om het doel te realiseren meer kapitaal nodig heeft partijen daaraan in een af te spreken verhouding zullen bijdragen. Aan dit bedrag is in art. 26 van het model een zekere beperking gekoppeld tot een in te vullen absoluut bedrag.⁷⁵ Terecht heeft Van den Berg⁷⁶ er op gewezen dat deze bepaling met zich brengt dat er geen limiet is aan de risico's die in de Alliantie worden gebracht. De enige limiet die er is, is die van lid 3

inzake de bijdrage aan de kapitaalbehoefte. Daar is geen absoluut bedrag afgesproken maar een percentage van de behoefte. In noot 5 behorend bij artikel 26 wordt echter opgemerkt dat de beperking van de aansprakelijkheid niet zover dient te gaan, dat de werking van artikel 9 (het delen van investeringsrisico) daardoor wordt beperkt. Met Van den Berg⁷⁷ kan niet anders geconcludeerd worden dat deze aansprakelijkheidsbeperking niet ziet op de in art. 9 lid 5 bedoelde risico's noch op lid 3 van die bepaling, zo voeg ik daar aan toe.

Dit brengt ons naar lid 5 van artikel 9. Ieder van partijen verklaart dat zij zich voorafgaand aan het aangaan van de Alliantie en alvorens zich met het budget akkoord verklaard te hebben, volledig op de hoogte hebben gesteld van de aard en omvang van het werk, de conditie van het terrein en de omgeving en andere omstandigheden die van invloed op de uitvoering van het werk kunnen zijn. Door het aangaan van de Alliantie wordt geaccepteerd dat het budget niet wordt aangepast vanwege risico's en/of omstandigheden die zich na het aangaan van de Alliantie voordoen. Van den Berg vergelijkt deze bepaling met par. 47 UAV 1989 (kostenverhogende omstandigheden) en hij constateert dat de aannemer die in zee gaat met dit contract zich heel wat op de hals haalt. Het enige wat een aannemer nog ten dienste kan staan indien hij met kostenverhogende omstandigheden wordt geconfronteerd onder dit model is een beroep op art. 6:258 BW (op grond van art. 6:250 BW is daar niet van af te wijken). Maar zoals bekend biedt dat artikel alleen soelaas indien er sprake is van naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare omstandigheden. Ook de herstelkostenregeling van de UAV 1989 is voor de aannemer gunstiger dan het Napredmodel: herstel van schade die het gevolg is van buitengewone omstandigheden wordt onder de UAV 1989 verrekend als meerwerk (par. 44 lid 7), maar onder het model dragen partijen deze gezamenlijk.⁷⁸

Art. 11 - Verzekering en schade aan het werk - bepaalt dat het werk van de ondertekening van de overeenkomst tot het moment dat het werk door partij A is getest en goedgekeurd voor rekening en risico van de Alliantie is, die ook de nodige verzekeringen af zal sluiten. De Alliantie zal schade aan het werk (doen) herstellen, tenzij de verzekering deze dekt.

Art. 12 valt uiteen in drie leden en regelt gebreken in het werk.

Het eerste lid regelt het geval dat het werk voor de goedkeuringsdatum en/of binnen een periode van 365 dagen gebreken vertoont dan wel niet overeenstemt met de vereisten voortvloeiend uit de overeenkomst.

De projectmanager, die aldus beslist al dan niet op aanwijzing van het bestuur, zal hiervan de verantwoordelijke partij(en) op de hoogte stellen die daarop het gebrek herstelt(ellen). De kosten van dit herstel zijn voor de Alliantie, aldus bepaalt art. 12 lid 2. Deze regel geldt echter niet onvoorwaardelijk. Een van de uitzonderingen is dat als het gebrek veroorzaakt is doordat een partij (haar werknemers, of andere door haar ingeschakelden) niet hebben gewerkt met de vakbekwaamheid en zorgvuldigheid die redelijkerwijs verwacht mag worden, zijn de kosten niet voor de Alliantie.

Past deze regeling in een Alliantie?

De bepaling gooit immers de deur naar verwijten van onzorgvuldigheid en onbekwaamheid wagen wij open, of genuanceerder: houdt die deur net zo open als onder traditionele contracten gebruik is en die daar ook verder op toegesneden zijn. Het Napredmodel bouwt hier wel veel intern contradictoir gedrag in: enerzijds verklaren partijen op een bijzondere manier met elkaar om te gaan, anderzijds mogen zij elkaar op de gebruikelijke wijze verwijten maken. Het laat zich denken dat dit partijen of psychisch in een

Studie Allianties

spagaat brengt (en juist de psyche is bij Allianties zo van belang) of zij worden cynisch en laten de Alliantiegedachte al snel varen ten einde niet aan het kortste eind te trekken. Geen voorbeeld om na te volgen.⁷⁹

Het Napred model bevat voorts een bepaling op grond waarvan partijen elkaar kunnen aanspreken. Artikel 20 bepaalt dat als een van de partijen naar het oordeel van de andere partijen in de nakoming van haar verplichtingen jegens de andere partijen, de Alliantie en/of derden toerekenbaar tekortschiet, zijn de andere partijen gerechtigd de nalatige partij daarop aan te spreken en haar schriftelijk te sommeren binnen een te stellen redelijke termijn alsnog aan haar verplichtingen te voldoen. Eventuele schade ontstaan doordat de nalatige partij niet aan haar verplichtingen na de sommatie voldoet, kan op haar verhaald worden. Iedere partij is voorts gehouden de anderen te vrijwaren voor schade voortvloeiend uit nalatigheid van de nalatige partij.

De vraag kan gesteld worden of deze bepaling past in een Alliantiemodel. Het idee er achter staat immers haaks op de gedachte van de ‘no fault - no blame culture’. De bepaling is bovendien, weliswaar noodzakelijkerwijs, vaag en is daarom vanuit een geschilvoorkomingsgedachte ook gevaarlijk.

V.2.10 Aansprakelijkheid bij de Waardse Alliantie en Alliantie N201

De regelingen van de risico's in de contracten van de Waardse Alliantie en de Alliantie N201 wijken af van het Napredmodel. Ook hier geldt dat geen aansprakelijkheid omschreven wordt jegens de “opdrachtgever”. Evenmin is er een aansprakelijkheid omschreven van de leden van de Alliantie jegens elkaar. Wel is in beide contracten de draagplicht van partijen beschreven indien risico's zich voordoen of zich tekortkomingen dan wel fouten voordoen. Verder wordt aangegeven welke risico's in de Alliantie vallen:

- Grondverwerving
- Vergunningen
- Archeologie
- Planbeheer
- Bodemsanering
- Communicatie
- Schade afhandeling derden
- Schade en bovengemiddelde slijtage aan wegen
- Overige werkzaamheden

“In de uitvoering van het risicomanagement ging veel geld zitten. Er is ondermeer gebruik gemaakt van de ‘Verschilnotitie’, een matrix waarbij de aanbidding werd afgezet tegen ontwerpwijzigingen, optimalisaties, meerwerk en de daarbij behorende risico's. Met name de informatie met optimalisaties en risico's waren erg interessant en werden nauwlettend in de gaten gehouden.”

Cees Brandsen, directeur projecten RWS

Opvallend in de Alliantiecontracten van de Waardse Alliantie en de Alliantie N201 is dat er enkele artikelen zijn opgenomen die niet thuis horen in een Alliantie contract dan wel in een contract met de aannemer. Dit heeft alles te maken met het soort project en met de knip die gemaakt is tussen het Design

and Constructcontract en de later fase de Alliantie. Dit wordt duidelijk aan de hand van een artikel opgenomen in het Waardse Alliantiecontract:

“Indien er risico’s zijn die niet tot het risicodomein van de Alliantie behoren, worden deze geacht voor risico te zijn van de partij voor wie het risico zou zijn, mocht er een Design, Construct en Maintenance contract gelden.”

In tegenstelling tot het Napredmodel om een partij aansprakelijk te stellen ontbreekt deze bepaling in de Alliantiecontracten van de Waardse en de N201. De *no fault – no blame* gedachte van Alliantiecontracten is voor wat betreft risico’s en aansprakelijkheid heel helder in het Alliantie N201 contract verwoord en komt neer op:

“De aansprakelijkheid voor fouten en/of gebreken is een collectieve ook al zou de fout te wijten zijn aan één van de deelnemers.”

Er kan dus allen maar aansprakelijkheid zijn van de Alliantie en niet van de individuele leden van de Alliantie. Uiteraard blijft wel bestaan het beroep op redelijkheid en billijkheid. Al zijn de mogelijkheden hiervan beperkt door de grens van het ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn’ van de gevolgen.

Wat het tweede deel van deze bepaling betreft, dringt de vergelijking zich op met de aansprakelijkheidsbepaling uit het VG bouwteam model uit 1992. Deze bepaling gaat echter niet uit van een collectieve aansprakelijkheid, maar juist van het omgekeerde daarvan, de individuele aansprakelijkheid: aansprakelijk voor een advies of ontwerp is dat lid van het team op wiens terrein het advies of ontwerp betrekking heeft en die het tot het zijne heeft gemaakt en aanvaard. De onderhavige bepaling laat ontwerpen en adviezen nu juist aanvaarden en tot het zijne maken van alle team leden. Het in casu gekozen stelsel past het beste bij een Alliantie.⁸⁰ Iedere discussie over wie aansprakelijk is voor een fout wordt zo de pas afgesneden en dat draagt bij aan de in de Alliantie gewenste sfeer. In de woorden van Van den Berg: ‘De kans op heilloze zwartepietenspelletjes is hier (bij het Napredmodel, MC) manifest. Door een bepaling als is opgenomen in de Waardse Alliantie, kan men zich een hoop negatieve energie besparen. Deze benadering sluit bovendien aan bij de internationale trend om in Alliantiecontracten “no claims” of “no blame, no dispute” clauses op te nemen.

In het vierde lid wordt bepaald dat HBSC gedurende de uit het aannemingscontract voortvloeiende garantiefase aansprakelijk is als bedoeld in lid 3 van dit artikel. Na afloop van de garantieperiode vervalt de aansprakelijkheid van HBSC. Indien het werk geheel of gedeeltelijk vergaat na verloop van de garantie is HBSC wel nog aansprakelijk voor haar verantwoordelijkheden uit hoofde van de Alliantieovereenkomst. Tot slot bepaalt dit artikel dat ongeacht het feit dat partijen met elkaar in een Alliantie werken, HBSC volledig verantwoordelijk en aansprakelijk is voor de fouten en/of gebreken in het werk; de aannemer is niet aansprakelijk voor fouten of gebreken waarvoor de Alliantie verantwoordelijk is. Het laatste is nogal vanzelfsprekend en is een van de verschillende voorbeelden van bepalingen, die niets met de Alliantie te maken hebben en in deze overeenkomst dan ook niet thuishoren.

Onderdeel van de aansprakelijkheidsbepalingen is ook de beperking van de draagplicht van de aannemer voor het geval de Alliantie aansprakelijk is. In de beide hier aan de orde zijnde contracten komt een dergelijke beperking van de draagplicht voor. Citaat uit het contract van de Alliantie N201:

Studie Allianties

- 1. De in totaal door de Combinatie N 201 aan de Provincie te vergoeden schade voor:
Ontwerpfouten, en
Gebreken in het Werk als gevolg van uitvoeringsfouten is gelimiteerd tot € 8.444.000,-*
- 2. Deze beperking van de draagplicht voor de Combinatie N 201 vindt toepassing, zowel in het geval van aansprakelijkheid, op grond van de wet, als ingeval van aansprakelijkheid uit overeenkomst. De beperking van de draagplicht vindt echter geen toepassing in geval van fraude, opzet of grove schuld aan de zijde van de Combinatie N 201 of de partijen waarvoor zij verantwoordelijk is.*

Ook voor deze artikelen geldt dat beperking van de schadeplichtigheid met betrekking tot de uitvoering van een werk niet thuis hoort in een Alliantiecontract. Van een aansprakelijkheidsstelling is in casu geen sprake, want die is immers uitgesloten doordat partijen collectief verantwoordelijk zijn. Het gaat dus om tekortkomingen die zich voordoen en die (los van toerekeningsvragen) - verholpen dienen te worden, waarmee kosten gemoeid zijn. In die kosten hoeft de partner niet méér bij te dragen dan het overeengekomen bedrag.

Conclusie

Concluderend kan gesteld worden dat het op het eerste oog lijkt alsof er geen enkele stok achter de deur is om partijen te dwingen zich zo op te stellen dat het werk van de grond komt. De uitwerking die een artikel van schadeplicht heeft kan enerzijds helpen veroorzaakte schade vergoed te krijgen en anderzijds leidt het ertoe dat het werk zo goed mogelijk verricht wordt. Echter, de extra prikkel nodig om partijen te bewegen zich in te zetten voor het werk is het *Alliantiefonds*.

Het Alliantiefonds groeit namelijk wanneer er besparingen worden bereikt en krimpt wanneer er kosten zijn door te nemen risico's en de daaruit voortvloeiende verplichting. Het saldo van het Alliantiefonds wordt aan het einde van het werk tussen partijen gedeeld en dat maakt dat een ieder die werkzaamheden dient te verrichten voor de Alliantie een prikkel heeft om zijn werk goed te doen. Het prikkelen van partijen die iets moeten doen om hun werk goed te doen, is in de Nederlandse Alliantiecontracten aanwezig, maar in een minder negatief stelsel in vergelijking tot de modellen (Napredmodel / PPC 2000), die nog steeds werken met de combinatie van de 'carrot and a stick'.

Alles overziend is het dus niet zo dat de Alliantie een bodemloze put is waarin, op onbeperkte wijze de risico's die een project met zich brengt, worden gestort. Wel is de risicodeling een fundamenteel andere dan men hanteert bij andere contractmodellen. Een deel van de risico's wordt in de Alliantie gebracht en aldaar gedeeld (idealiter op basis van gelijke delen). Deze risico's worden in vrij algemene zin onder woorden gebracht en zullen risico's zijn die moeilijk te beheersen zijn. Het is immers juist mede voor dat soort risico's dat een Alliantie in het leven wordt geroepen, omdat het gezamenlijk managen en dragen van deze risico's bijdraagt aan het wél beheersbaar en draagbaar maken van die risico's. Mogelijk komen op beide partijen, als gevolg van deze risicodeling, risico's te rusten, die (althans ten dele) in andere modellen niet op hen zouden rusten, omdat zij overgeheveld konden worden naar de andere partij. De idee van de Alliantie is om die wijze van risico-denken te doorbreken. De risico's die niet aan de Alliantie toebedeeld worden, komen mogelijk voor rekening van de uitvoerende aannemer indien in de overeenkomst tussen hem en de Alliantie daarin is voorzien.

Buitenlandse regelingen en aansprakelijkheid

De buitenlandse regelingen lijken minder ver dan de Nederlandse contracten. Zo bepaalt art. 22 lid 1 van de PPC 2000 dat partijen jegens elkaar ‘shall use reasonable skill and care appropriate to their respective roles, expertise and responsibilities as stated in the Partnering Documents, and shall owe each other such duty of care duty of care’ en aangenomen wordt dat het hier om een afdwingbare verplichting gaat. De Nederlandse contracten bepalen dat niet, maar betekent de verplichting dat men jegens de ander een ‘duty of care’ verschuldigd is, niet uit onze verplichting om zich te gedragen overeenkomstig redelijkheid en billijkheid, welke verplichting ook deze relatie beheerst? Het grote verschil met Nederland lijkt er vooral in te zitten dat er zo uitdrukkelijk van verplichtingen en van normen waaraan deze moeten voldoen, wordt gesproken.

In de internationale literatuur komt de aansprakelijkheid ook aan de orde. Chew⁸¹ merkt op dat het in zuivere Alliantiemodellen onvermijdelijk is dat overeengekomen wordt dat partijen niet aansprakelijk zijn, behalve in geval van opzet (‘wilful default’). Hij citeert uit het volgende uit een overeenkomst die daadwerkelijk tot stand kwam:

‘A failure by any Project Alliance Participant to perform any obligation or to discharge any duty or in connection with this Project Alliance Agreement will not give rise to any enforceable obligation at law or in equity except to the extent that the failure also constitutes Wilful Default.’⁸²

Het is wel de vraag of deze uitsluiting van aansprakelijkheidsstelling naar Australisch recht in ieder geval rechtsgeldig is. Daarnaast heeft deze uitsluiting consequenties voor de verzekeraar: waar aansprakelijkheid ontbreekt (uitgesloten wordt) zal een verzekering ook niet uitkeren wanneer deze tekortkomingen zich voordoen.⁸³

Wat daar overigens van zij, in de Practitioners’ Guide⁸⁴ wordt opgemerkt dat de idee van ‘no blame’ dat zo fundamenteel is voor de project Alliantie dat meestal volstaan wordt met de mogelijkheid van aansprakelijkheid slechts bij insolventie of bij opzettelijk gedrag met grote gevolgen. Aarzelingen over de geldigheid van deze bepaling heeft men hier niet. De filosofie van de Alliantie maakt dat de aansprakelijkheidsuitsluiting zo geregeld wordt.⁸⁵

V.2.11 Aanbeveling aansprakelijkheid en risico’s bij Allianties

- Een zo optimaal mogelijk functioneren van de Alliantie wordt bereikt door geen aansprakelijkheidsbepalingen op te nemen in de overeenkomst.
- De prikkel om goed te presteren, dient in positieve zin gevonden te worden middels het Alliantiefonds.

V.2.12 Het Alliantiefonds

Een organisatie die zelfstandig dient te functioneren, dient ook een in financiële zin armslag te hebben. Daartoe dient het Alliantiefonds. Het Alliantiefonds heeft ook nog een andere functie namelijk dat het eindsaldo van het fonds gedeeld wordt tussen “opdrachtgever” en “opdrachtnemer”. Zoals we aan het einde van de vorige paragraaf zagen, hebben beide partijen er daarom belang bij dat het fonds aan het eind van de rit behoorlijk gevuld is. Het Alliantiefonds is één van de typische kenmerken van het

Studie Allianties

Alliantiemodel. Eigenlijk zou de stelling dienen te luiden, dat zonder zo'n fonds er geen sprake is van een Alliantie, omdat met behulp dit fonds de Alliantieleden *'put their money where their mouth is'*.

Het is in het uiteindelijke delen van het positieve of negatieve resultaat dat verzekerd wordt dat partijen zich zullen inspannen voor een goed resultaat, welke inspanning in andere contracten verkregen wordt door het opnemen van risicotoedelingsbepalingen met daaraan gekoppeld aansprakelijkheids- en boetebepalingen. Het weggevalen effect dat men met dit soort bepalingen nastreeft, wordt in een Alliantie overeenkomst bereikt door de werking van het Alliantiefonds.

Napredmodel

Het model van Napred regelt het inbrengen van kapitaal in de Alliantie en de uiteindelijke verdeling van het saldo. Het model gaat uit van het in eerste instantie opstellen van een liquiditeitsprognose door partijen. Kapitaal wordt ingebracht naar verhouding en naar gelang noodzakelijk is om het doel te bereiken. Partijen accepteren verder dat het budget niet zal worden aangepast wegens omstandigheden of risico's die zich na het aangaan van de Alliantie voordoen. Dit betekent dat de onder een traditioneel contract zo veel voorkomende discussies en geschillen over meerwerk uitgesloten zijn, behalve in het geval dat de opdrachtgever er voor kiest het werk uit te breiden. Afrekening geschiedt door het projectsaldo ongeacht of dit positief of negatief is, te verdelen volgens een af te spreken en te hanteren verdeelsleutel over partijen.

5.2.12.1 De Waardse Alliantie als praktijk voorbeeld

In het contract van de Waardse Alliantie⁸⁶ wordt in art. 2 het Alliantiefonds als volgt gedefinieerd:

“Het financiële budget waarmee de Alliantie nader in de Alliantieovereenkomst te omschrijven kosten en risico's moet dekken.”

Het Alliantiefonds is een administratief fonds, waarvan de administratie door het Management Team wordt bijgehouden. De omvang van het Fonds is onderwerp van de overeenkomst tussen partijen. Betalingen ten laste van het Alliantiefonds worden door NS RIB gedaan. Het Fonds dekt de volgende kosten:

- de organisatie- en huisvestingskosten;
- de kosten van opdrachten aan derden;
- de kosten ten gevolge van wijzigingen in de aanneemsom voortkomend uit het werkgebied van de Alliantie en passend binnen de gestelde randvoorwaarden;
- betalingen aan derden, ten behoeve van derden of van het project in het algemeen, ter voldoening van (schade)vergoedingsverplichtingen die behoren tot het werkgebied van de Alliantie;
- kosten van het verrichten van (herstel)werkzaamheden ten gevolge van het optreden van een of meer risico's en/of aansprakelijkheden die behoren tot het werkgebied van de Alliantie;
- de kosten voortvloeiende uit mogelijke aansprakelijkheden die door een (personeelslid van) de Alliantie worden veroorzaakt.

Van belang in deze context is het bepaalde in art. 12 (Bemensing van de Alliantie). In lid 1 wordt bepaald dat partijen in onderling overleg medewerkers aan de Alliantie ter beschikking stellen. Deze worden betaald door de partij die ze ter beschikking stelt (zie lid 4 van art. 12). De betalende partij krijgt deze

kosten dan weer terug van de Alliantie overeenkomstig een vooraf overeengekomen waardering van de inzet van de medewerkers (lid 4).

Interessant in deze is de verhouding met de aanneemsom:

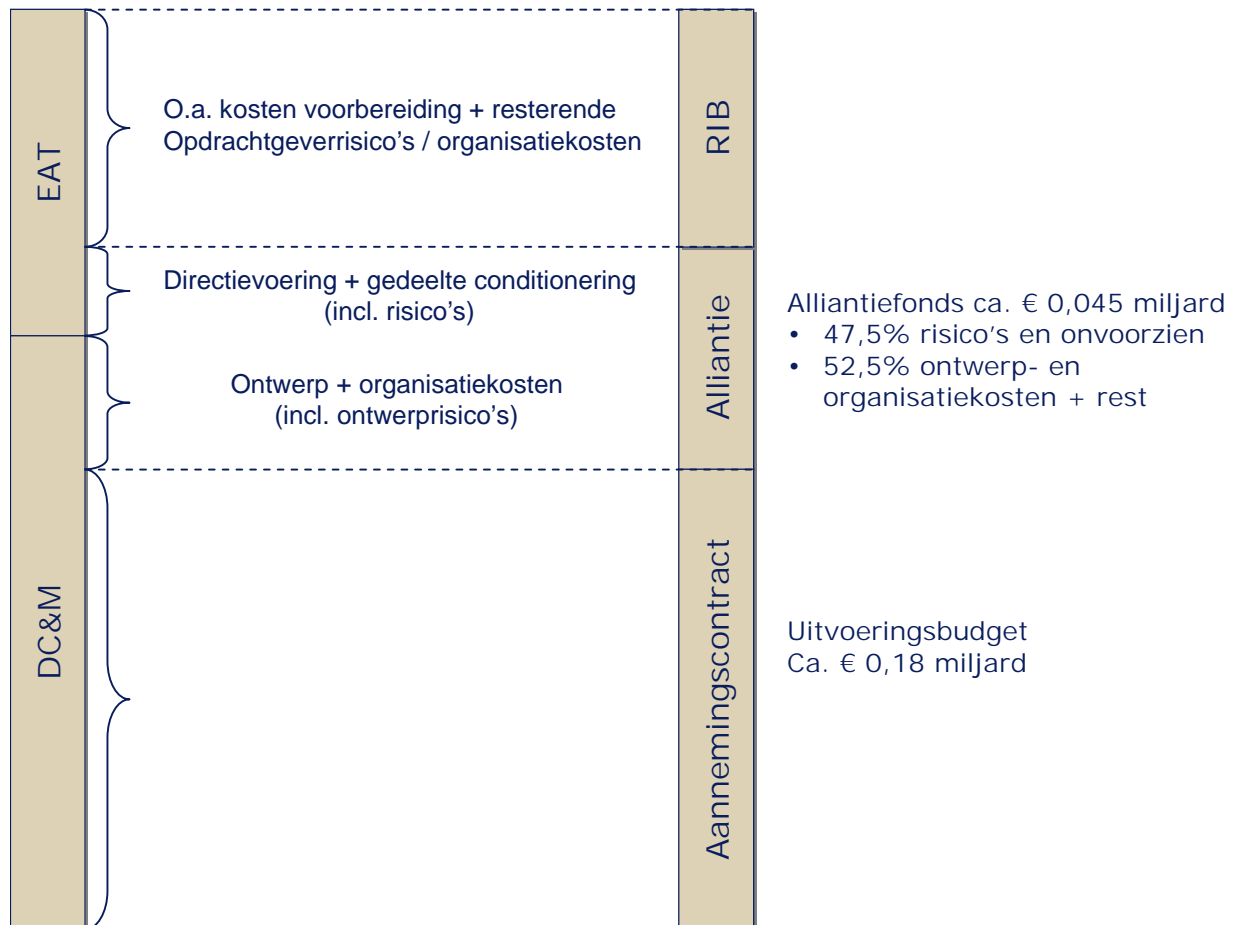
“Het Alliantiefonds en aanneemsom zijn communicerende vaten. Het fonds wordt verhoogd wanneer besparingen worden bereikt door optimalisatie van het ontwerp en wel door het gelijktijdig verlagen van de aanneemsom met hetzelfde bedrag aan minderwerk. Het omgekeerde is ook geregeld.”

En voorts:

“De eventueel op de aanneemsom in te houden kortingen worden toegevoegd aan het Alliantiefonds. Mutaties in het fonds kunnen slechts plaatsvinden op grond van een daartoe genomen besluit door partijen, het bestuur dan wel het management team. ... Uiterlijk een maand na de oplevering wordt het saldo van het fonds vastgesteld. ...”

In het contract van de Waardse Alliantie werden lusten en lasten gedeeld op basis van 50/50. De financiële inbreng van partijen verliep volgens onderstaand schema. Overigens zijn niet alle kosten in het fonds ondergebracht. Het ging vooral om de kosten ten aanzien van engineering en apparaattoeslag (EAT) en een deel van het budget van de oorspronkelijke DC&M aanbidding die de aannemer had gedaan.

Studie Allianties



Figuur 6 Uit de evaluatie van de Waardse Alliantie

Financiële verwachting van de partijen (Railinfrabeheer en HBSC)

Railinfrabeheer had de volgende financiële verwachting⁸⁷:

'Met het aangaan van een Alliantie samenwerkingsverband werd door Railinfrabeheer beoogd dat ontwerp en uitvoering beter aan de projectomstandigheden konden worden aangepast en risico's daardoor beter konden worden beheerst. Hiernaast werd beoogd dat besparingen mogelijk waren door verdere uitwerking en optimalisaties van het aanbiedingsontwerp. In totaal werd een besparing van 10% ten opzichte van de DC&M situatie mogelijk geacht, bestaande uit de hieronder genoemde onderdelen (deze besparingen zijn niet als target gesteld voor de Waardse Alliantie):

- 2% besparing op organisatiekosten (verbeterde efficiëntie);
- 3% besparing door het beperken van de consequenties van optredende risico's en onvoorziene omstandigheden (verbeterde risicobeheersing);
- 5% besparing door optimalisatie van het aanbiedingsontwerp (verbeterde geschiktheid van het ontwerp met betrekking tot de vraagspecificatie – zonder overbodige marges – en eventueel ook, op basis van voortschrijdend inzicht of geldende specifieke omstandigheden, aanpassingen van de vraagspecificatie zelf).

De financiële verwachting van HBSC was:

“Door HBSC werd eveneens beoogd dat met het aangaan van de Alliantie een verbetering mogelijk was ten opzichte van de DC&M situatie. Voor HBSC lag de nadruk echter meer op het beperken van risico's dan op het vergroten van winst. Het aanbiedingsontwerp was onder tijdsdruk opgesteld en bood aan het eind van de onderhandelingsfase slechte vooruitzichten voor wat betreft het projectresultaat. Hierbij speelde met name ontwerprisico's een rol. Voor enkele onderdelen van het ontwerp bestond onzekerheid of het aanbiedingsontwerp bij het uitwerken in een definitief ontwerp wel zou voldoen.”⁸⁸

Voor de dekking van de kosten die binnen het risicodomein van de Alliantie vielen is door beide partijen in totaal een bedrag ingebracht van ca 7,5% ten opzichte van de oorspronkelijke aanbiedingssom voor design and construct. Per september 2002 is 2% benut van dit bedrag en de (voorzichtige) prognose was dat (Korfs stuk dateert van 2003) tot aan de oplevering nog eens 4% daarbij zou komen. Korf schatte in dat bij oplevering de kosten voor risico's in totaal 6% bedragen. Dit is een verbetering van 1,5% in vergelijking met de ingebrachte 7,5%, een verbetering die iets lager ligt dan de 3% die door Railinfrabeheer mogelijk werd geacht. De verwachting was dat de verbetering die 1,5% zal overtreffen. Navraag leert dat deze verwachting nog positiever is uitgeslagen.

Optimalisaties van het ontwerp

Optimalisaties van het ontwerp zijn een belangrijk onderdeel van Allianties. Tussentijds onderzoek toonde aan dat op dat moment er maar liefst 60 optimalisaties zijn doorgevoerd. Ten opzichte van de aanbiedingssom voor het Design and Construct contract bedroeg 8,5%. Van deze 8,5% bestond 20% uit optimalisaties die verband hielden met wijzigingen van de vraagspecificatie uit het prestatiebestek. Dit betroffen geen functionele eisen maar betrof de verwerking van voortschrijdend inzicht en aanvullende informatie. Daarnaast ging het om eisen die met nieuwe en meer nauwkeurigere tracéspecifieke informatie opnieuw werden beschouwd. Dit betekende dat ook optimalisaties mogelijk waren zonder dat de functionaliteit van het ontwerp werd aangetast. De overige 80% van de optimalisaties (6,5% van de D&C aanbiedingssom) betroffen optimaliseringsaanpakken aan het ontwerp binnen de randvoorwaarden die in het prestatiebestek waren gesteld (o.a. door volumereductie van gebruikte materialen en inzet van personeel en materieel).

Organisatiekosten

Korf heeft ook de organisatiekosten (huisvesting en personeel o.a.) onder de loep genomen. De partijen hadden een bedrag ingebracht in het Fonds van 11% ten opzichte van de oorspronkelijke aanbiedingssom. De tussentijdse prognose gaf een bedrag dat overeen kwam met de totale organisatiekosten tot aan de oplevering. De algemene organisatiekosten (alle posten met uitzondering van het ontwerp) laten een besparing van 1% zien. Maar deze besparing wordt opgeslokt door de extra kosten die nodig waren voor

Studie Allianties

de ontwerpaanpassingen in verband met de realisatie van de optimalisaties. De totale besparing van 1% is daarmee minder dan Railinfrabeheer mogelijk had geacht. Deze bedroeg namelijk 2%.

De conclusie ten aanzien van het saldo van de besparingen op risicobeheersing, ontwerpoptimalisaties en organisatiekosten bedroeg 9%, terwijl Railinfrabeheer 10% had ingeschat.

De resultaten mogen bevredigend genoemd worden. Toch is er een kantekening bij te plaatsen. Het aanbiedingsontwerp van HBSC is onder tijdsdruk tot stand gekomen. Het bood slechte vooruitzichten na de onderhandelingsfase voor wat betreft het projectresultaat. Dit vertroebelt uiteindelijk het eindresultaat. Aangenomen wordt dat als er meer tijd beschikbaar was geweest en het ontwerp van het begin af aan beter was geweest. Geconcludeerd wordt dan ook dat het niet verstandig is om aanbestedingen met zo'n tijdsdruk gepaard te laten gaan dat ontwerpen welhaast vanzelfsprekend niet optimaal in de markt gezet worden.⁸⁹

5.2.12.2 Status van het Alliantiefonds

De status van het Alliantiefonds behoeft enige aandacht. Ervan uitgaande dat de Alliantie een VOF is, lijkt het voor de hand te liggen dat het fonds behoort tot het afgescheiden vermogen van de VOF. Zoals hiervoor al eerder aan de orde was, betekent het feit dat het vermogen afgescheiden is:

- a) dat het dient tot verhaal van de vennootschapscrediteuren. Alleen het, na ontbinding bij vereffening, overblijvende saldo kan na verdeling onder de vennoten leiden tot verhaal van de privécrediteuren;
- b) dat met de vorming van het vennootschapskapitaal door de inbreng van een of meer partij(en) ook geen vermogensverschuiving is beoogd, maar slechts wordt beoogd de vennootschap met middelen te versterken⁹⁰. Zolang geen ontbinding en verdeling heeft plaatsgevonden heeft het fonds, aannemende dat het tot het afgescheiden vermogen behoort, niets te vrezen van eventuele privécrediteuren van bijvoorbeeld de opdrachtnemer.

Faillissement

Vooropgesteld zij dat het faillissement van een van de vennoten niet leidt tot het faillissement van de vennootschap⁹¹ en ook niet tot het faillissement van de andere vennoten. Wel leidt het faillissement van een der vennoten tot ontbinding van de vennootschap. Het aan de failliete vennoot toekomende deel in het vermogen van de vennootschap zal als gevolg van de insolventie van de vennoot onder zijn crediteuren moeten worden verdeeld. Tot dat deel hoort echter niet het kapitaal van de vennootschap, maar het kapitaal waaruit het Alliantiefonds bestaat. Maar alleen indien en voor zover dat maar door één vennoot is gevuld en wel zonder de intentie om een vermogensverschuiving teweeg te brengen. Geconcludeerd kan dus worden dat het faillissement van een der vennoten wel gevolgen heeft voor het voortbestaan van de Alliantie, maar dit doet het fonds niet vatbaar zijn voor aanspraken van de curator van de - niet aan het fonds bijgedragen hebbende - failliet.

Ernstiger is de situatie indien de VOF failliet gaat. In dat geval hebben de crediteuren van de vennootschap uiteraard wel aanspraken op het kapitaal dat zich in het Alliantiefonds bevindt. De vraag wordt dan actueel wat nu eigenlijk dat kapitaal inhoudt. Anders gezegd, wat is de inbreng van de kapitaalbrengende vennoot.

Het Napred model regelt in artikel 9 lid 2 dat partij A kapitaal in de Alliantie zal brengen tot een maximum van €X. In de andere contracten wordt het iets anders geformuleerd: partijen zijn een Alliantiefonds overeengekomen ter dekking van bepaalde kosten en dit bedraagt bij ondertekening €X. Daar wordt aan toegevoegd dat het fonds een administratief fonds is; de administratie is in handen van het Alliantie management team. Betalingen ten laste van het fonds worden door de opdrachtgever verricht.

In de eerste variant ligt het voor de hand te concluderen dat de inbreng gelijk is aan het genoemde bedrag. Vennootschapscrediteuren kunnen zich zo nodig op dat gehele bedrag verhalen. In het tweede geval lijken de kaarten echter anders te liggen: het fonds dient ter dekking van activiteiten, het is administratief van aard, betalingen geschieden door de opdrachtgever en het totale bedrag is €X. Wat is nu de bedoeling van deze formuleringen en opzet? Dat het genoemde bedrag geacht moet worden het vennootschappelijk, afgescheiden, vermogen te vormen of is het mogelijk de bedoeling de vennootschap aanspraken te geven op betalingen voor de genoemde activiteiten alsmede aan het eind van de rit partijen een aanspraak te geven op de helft van het saldo? Zo bezien is de inbreng van de opdrachtgever niet bedrag €X, maar aanspraken op bepaalde betalingen tot een bedrag €X. Er wordt dus geen geld ingebracht - om het plastisch uit te drukken - in de zin van: een zak met geld die ergens beschikbaar is. Nee, er wordt een vermogensrecht ingebracht, hierin bestaande dat indien bepaalde kosten worden gemaakt, de opdrachtgever deze zal vergoeden tot het genoemde bedrag⁹². Het vermogen van de vennootschap ziet er dan heel anders uit en omvat aldus veel minder voor vennootschapscrediteuren om zich op te verhalen⁹³. Of dit daadwerkelijk de bedoeling is van het hiervoor weergegeven contract, moet in het midden blijven. Het is immers een interpretatie van het contract. Wel zouden toekomstige Alliantie-opdrachtgevers kunnen overwegen om de veiligstelling van hun kapitaal dat ten behoeve van de vennootschap aangewend wordt, anders te regelen. Het doel van de Alliantie vereist niet meer dan dat partijen zich verzekerd weten van bepaalde aanspraken en daarvoor kan de inbreng van de kapitaalverschaffende vennoot anders worden gerealiseerd.

Het is echter ook mogelijk dat de Alliantie de vorm aanneemt van een maatschap. De maatschap kent geen afgescheiden vermogen. Het Alliantiefonds heeft bij de maatschap dan ook geen bijzondere status ten opzichte van de rest van het vermogen van de leden van de Alliantie.

5.2.12.3 Betaling van de niet-overheid Alliantiepartner bij ontwerp- en uitvoeringsAlliantie

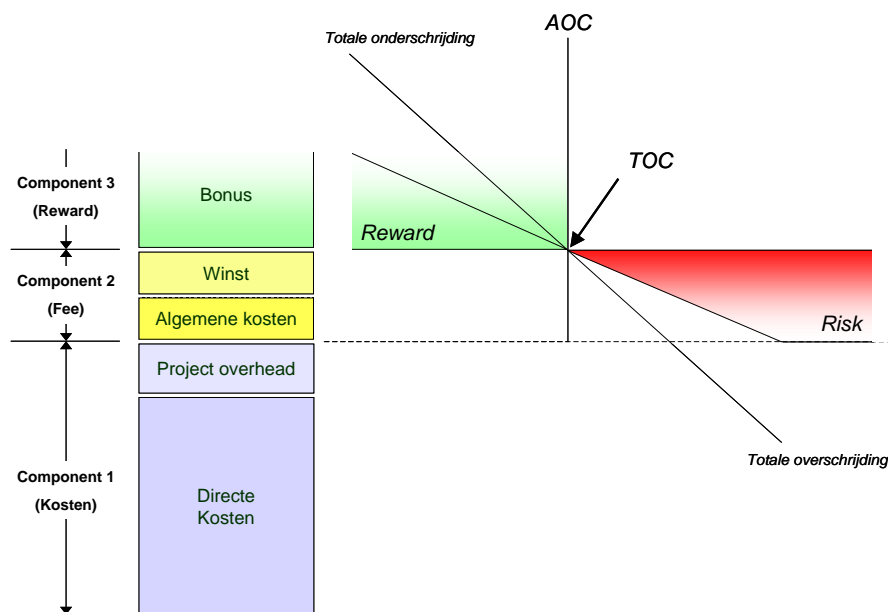
In de buitenlandse praktijk komt men een alternatief voor het Alliantiefonds tegen. Het Alliantiefonds, zoals dat in Nederland wordt gebruikt, is bedoeld als prikkel om het werk zo optimaal mogelijk te realiseren. Het prikkelen van de deelgenoten. Dit kan op een eveneens positieve manier ook nog op een andere manier worden bereikt. In de Australische praktijk⁹⁴ wordt eveneens gewerkt met een zogenaamd '3 Limb compensation model'.⁹⁵

Dit ziet er als volgt uit.

Studie Allianties

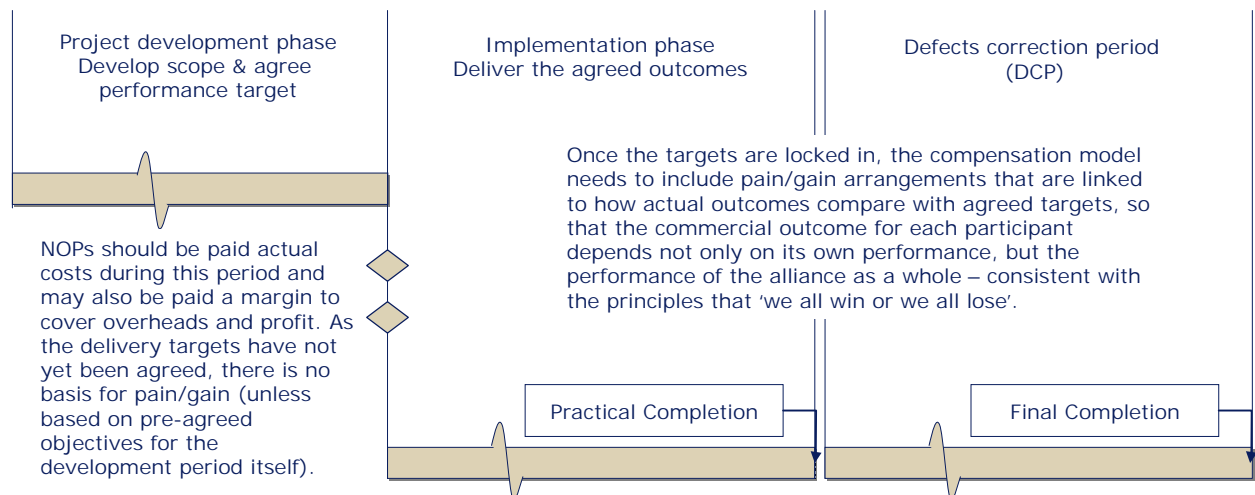
De ‘*non-owner-participants*’ (anderen dan de initiatiefnemende overheid) krijgen hun kosten,⁹⁶ inclusief project specifieke overhead kosten volledig vergoed op basis van openboek berekeningen. Daarnaast ontvangen zij een bedrag ter dekking van ‘*corporate overhead kosten*’ (als tegengesteld aan de overhead kosten die het project genereert) en normale winst. En het derde deel van de vergoeding bestaat uit een ‘*gainshare/painshare regime*’ waaronder beloningen voor uitstekende prestaties en ‘pain’ voor slechte prestaties gelijkmatig worden gedeeld onder de leden van de Alliantie. Aan de mogelijke ‘pain’ voor de ‘*non-owner-participants*’ is een beperking ingebouwd ter hoogte van de vergoeding van het tweede deel (corporate overhead en winst). De aannemer komt daarmee altijd uit de kosten van het project, maakt mogelijk geen winst maar zal geen verlies lijden. De beperking van het risico van de aannemer dient zo in overeenstemming te zijn met het beginsel dat ‘*all participants win, or all participants los, depending on the outcomes actually achieved*’.

Onderstaande schema's dienen ter verduidelijking van dit systeem.



Figuur 7 Risk-reward schema's

De fasen waarin de niet-overheidspartij betaald krijgt, wordt duidelijk in het onderstaande schema.



Figuur 8 Project alliance compensation model and phases

Cruciaal is de bepaling van de grens, waar het financiële risico gaat spelen. Die grens is aangegeven in figuur 7 met de letters TOC, welke letters staan voor Target Outturn Cost. In deze kosten zijn opgenomen de directe kosten van alle deelnemende marktpartijen, de directe kosten van de opdrachtgever en voorzieningen voor *alle* projectgebonden risico's. De TOC moet een redelijke schatting zijn van wat een dergelijk werk zou moeten kosten. Deze inschatting moet worden gecontroleerd door een onafhankelijke derde. De TOC is aan het eind van de rit bepalend voor de verdeling van winst en verlies. De TOC wordt dan namelijk vergeleken met de feitelijke kosten (de Actual Outturn Cost). De bepaling van de TOC gebeurt in de Australische situatie voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst in workshops (zie daarover III.2). Het verschil tussen de TOC en de AOC is het bedrag dat aan het eind van het project wordt gedeeld over partijen, met dien verstande dat de marktpartij in ieder geval het eerste deel van de vergoedingskolom (limb 1) ontvangt, zodat zijn verlies nooit meer is dan het tweede deel van de kolom, terwijl aan een positief resultaat geen maximum voor deze verbonden is.

5.2.12.4 Aanbevelingen Alliantiefonds

- Het Alliantiefonds moet zo ingericht zijn dat de deelnemende aannemer zich verzekerd weet minimaal uit de kosten te kunnen komen.
- Vast gelegd moet worden wat de omvang van deze kosten kan zijn en hoe vastgesteld wordt dat deze kosten gemaakt zijn.
- Het Alliantiefonds moet de prikkel bevatten om optimaal te presteren, maar de omvang ervan dient wel realistisch bepaald te worden.
- Bepaal op basis daarvan de omvang van het Alliantiefonds in gezamenlijk overleg.
- Laat een onafhankelijke derde bepalen of de omvang van het Alliantiefonds gezien de kosten die er uit vergoed dienen te worden realistisch is.

V.2.13 Duur, beëindiging en vroegtijdige beëindiging van de Alliantie

Napredmodel

In art. 19 is een regeling getroffen voor de duur van de Alliantie en de uitstapregeling. Van den Berg⁹⁷, de Alliantie die onder het Napredmodel tot stand komt karakteriserend als een maatschap, wijst erop dat de maatschap volgens 7A:1686 lid 2 BW niet kan worden opgezegd, tenzij dit is bedongen. In casu is die opzegmogelijkheid bedongen. Van den Berg vergelijkt deze opzegmogelijkheden met die, die van toepassing zouden zijn indien het werk onder vigeur van de titel aanneming van werk tot stand zou zijn gekomen. In die situatie kan de opdrachtgever makkelijker van de aannemer af, zie immers art. 7:764 BW, dat hem daartoe dat recht ongeclausuleerd toekent (weliswaar tegen betaling van een prijs). Van den Berg vraagt zich af waarom voor partij B, de aannemer, niet hetzelfde recht als voor de opdrachtgever (partij A in het Napredmodel) is bedongen. Zijn advies⁹⁸ luidt daarom in de Alliantieovereenkomst een met de titel van aanneming van werk overeenkomende opzegbepaling⁹⁹ op te nemen.

De Waardse Alliantie en Alliantie N201

De Waardse Alliantie regelde de duur van de Alliantie als volgt:

“Het Alliantiebestuur ontbindt de Alliantie als het Werk na afloop van de in het Aannemingscontract genoemde garantietermijn van 3 jaar het deel van het Werk waarop deze garantietermijn betrekking heeft door NS RIB is aanvaard.”

Over de voortijdige beëindiging van de Alliantie is niets bepaald. Dat is anders bij de Alliantie N201. De relevante bepalingen luiden als volgt:

“De Alliantie blijft zolang bestaan als de werkzaamheden in het kader van de Alliantie nog niet zijn afgerond en zich nog verplichtingen dan wel aansprakelijkheden voordoen uit hoofde van de Alliantie die aanleiding kunnen geven tot besluitvorming dan wel afrekening tussen Partijen.”

En voorts:

- a) *“Als de Alliantie ondanks de inspanningen van Partijen niet functioneert en als gevolg daarvan voortijdig moet worden beëindigd zullen Partijen het Project verder voorbereiden en uitvoeren volgens de D&C-overeenkomst. Alle door de Provincie behaalde Optimalisaties zullen alsdan gelijkelijk tussen de Provincie en de Combinatie N201 worden gedeeld. De kosten van de door de Alliantie vervaardigde producten welke niet bruikbaar zijn onder de werkwijze zoals omschreven in de D&C-overeenkomst zullen gelijkelijk tussen partijen verdeeld worden. Als Partijen niet tot overeenstemming kunnen komen over de wijze waarop het Project voortgezet dient te worden op basis van de D&C-overeenkomst wordt het geschil voorgelegd aan de Raad van Deskundigen.”*
- b) *“De Provincie is te allen tijde bevoegd de Alliantieovereenkomst en het Uitvoeringscontract op te zeggen. De Provincie zal aan de Combinatie N201 daadwerkelijk door de Combinatie N201 gemaakte kosten vergoeden. De verrekening van de gemaakte kosten zal op dezelfde wijze plaatsvinden als de verrekening van de kosten van de Combinatie N201 in het Alliantiefonds plaatsvindt, met dien verstande dat deze kosten niet ten laste komen van het Alliantiefonds.”*

In het Alliantie N201 contract is opgenomen dat de Alliantieovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Niet is bepaald dat het einde van de aannemingsovereenkomst het einde van de Alliantie overeenkomst betekent. Dat is merkwaardig. Daarentegen ontbrak het bij de Waardse Alliantie aan een duidelijke opzeggingsbepaling. Het is zeker wel aan te raden om een opzeggingsregeling te treffen die betrekking heeft op de aanneming van het werk. In de laatste twee artikelen is men bij de Alliantie N201 zelfs een stap verder gegaan namelijk dat de oorspronkelijke opdrachtgever te allen tijde mag opzeggen.

Het lijkt vanzelfsprekend dat wanneer niet de juiste ‘chemie’ tussen partijen tot stand komt er een exit mogelijkheid moet zijn. Het verdient dan ook de aanbeveling hier in het contract rekening mee te houden. Dat de aannemer niet dezelfde positie heeft als die van de oorspronkelijke opdrachtgever in de opzegregeling komt omdat de aannemer min of meer ‘beschermd’ is. Immers, zijn positie wordt beschermd door het feit dat bij opzegging door de oorspronkelijke opdrachtgever er een prijskaartje aan hangt.

Tot slot bestaat er bij opzegging ook een middenweg. Partijen kunnen onder traditionele manier verder met elkaar. Dit is ook bij de Alliantie N201 toegepast. In dat contract is bepaald dat mocht de Alliantie voortijdig eindigen dat dan in een D&C overeenkomst met de aannemer verder wordt gewerkt aan het project. Dit levert een zogenaamde terugval mogelijkheid.

V.2.14 Aanbevelingen

- Neem een afscheidingsregeling op,
- Die overeenkomt met de regeling van art.7:764 BW.

V.2.15 Intellectuele eigendom

In zowel het Napredmodel als in de gesloten overeenkomsten zijn bepalingen opgenomen inzake intellectuele eigendom. Ook in de buitenlandse literatuur komen we bepalingen hieromtrent tegen.

Studie Allianties

Napredmodel

Ontwerpen in Alliantieverband leidt tot gemeenschappelijk auteursrecht. Er vindt immers wederkerige beïnvloeding plaats, waaruit een resultaat ontstaat waarin de bijdragen van de participanten niet meer te onderscheiden zijn. Dit komt door het proces dat hier aan ten grondslag ligt. Men neemt gezamenlijk beslissingen, deelt kennis van waaruit nieuwe denkrichtingen en toepassingen ontstaan. De afzonderlijke bijdragen zijn daardoor niet meer herkenbaar. Ook voor het octrooirecht zou in de richting van een gemeenschappelijke aanspraak gedacht moeten worden. Dit is echter niet het stelsel van het Napredmodel. Hierin wordt bepaald dat naar rato van de voortgang van het werk alle rechten in eigendom worden overgedragen aan de opdrachtgever/initiatiefnemer en voor zover dat niet kan, wordt er een licentie aan deze verleend.

De Waardse Alliantie en de N201

Deze contracten zijn net zo onvriendelijk voor de niet initiatiefnemende partij als het Napredmodel: door middel van een ondertekende akte zijn de auteursrechten overgedragen aan NS RIB en de Provincie en hetzelfde is bepaald voor de octrooirechten. Moest bij de Waardse Alliantie nog door NS RIB een licentie om niet aan de aannemer worden verstrekt, bij de N201 komt dat ook de aannemer niet meer toe. Dit doet afbreuk aan de Alliantiegedachte. Men ondervangt dit doordat gezamenlijk bepaald wordt voor (be)vindingen, die volgen uit de uitvoering van de Alliantieovereenkomst, octrooi wordt aangevraagd.

PPC 2000

Staken de Nederlandse contracten op veel punten gunstig af bij wat in het buitenland wordt aangetroffen en zijn de Nederlandse regelingen meer in overeenstemming met de Alliantiegedachte, op het punt van de intellectuele eigendom wijken zij wel erg af in de negatieve zin van het woord. In de PPC 2000 wordt bepaald dat ieder lid van het ontwerp team zal bijdragen aan het ontwerp; een geïntegreerd ontwerp zal er uiteindelijk het resultaat van zijn. De

PPC 2000 bepaalt in art. 9 lid 2:

“Each Partnering Team member shall retain Intellectual Property Rights in all designs and other documents that it prepares in relation to the Project, and as beneficial owner grants to the Client and the other Partnering Team members an irrevocable, non-exclusive, royalty-free licence to copy and use all such designs and documents for any purpose relating to completion of the Project and (only in regard to the Client) the Operation of the Project, in all cases with the right to transfer and sub-license such rights for the same purposes, and shall ensure that such licence shall have the support of such rights from third parties as are necessary to allow the grant of such licence.”

Chew¹⁰⁰ beschrijft een aantal praktische problemen die kunnen ontstaan indien partijen gezamenlijk ‘eigenaar’ zijn van de intellectuele rechten.

Hij wijst er op dat het te prefereren is dat een partij eigenaar is en de ander een licentie krijgt. Maar uitgangspunt zonder discussie is dat *‘each alliance participant gains the benefit of the alliance’s joint efforts.’*

Hetzelfde beeld komt naar voren in de *‘Practitioners Guide’*¹⁰¹:

“As a default position, consideration should be given to whether it is more appropriate to ensure that intellectual property vests:

- *in the owner with appropriate licences granted to the NOPs; or*
- *in the party most likely to exploit the technology, while ensuring that the owner is licensed to use the technology in similar projects without further payment for that technology.*

Ultimately, it is a commercial decision between the alliance participants, although any government intellectual property policy should also be considered.”

De boodschap in de literatuur omtrent de rechten van intellectuele eigendom is dat de algemene voorwaarden zoals die verwoord in de PPC 2000 niet afdoende zijn om problemen te vermijden.¹⁰² In dat opzicht zou geoordeeld kunnen worden dat de Nederlandse regelingen wel positief afsteken. Het is immers zonneklaar dat de (oorspronkelijke) opdrachtgever zo goed als alleen-gerechtigd is.

V.2.16 Aanbevelingen

- Regel het tijdens de werkzaamheden ontwikkelde intellectuele eigendom zo dat beide partijen daar zo gelijk mogelijk van profiteren

V.2.17 Geschillenbeslechting

De Alliantievorm is gericht op het voorkomen van geschillen, maar het zou niet van realiteitszin getuigen indien verondersteld zou worden dat de regeling zo in elkaar zit, dat geschillen zich ook daadwerkelijk niet voordoen¹⁰³. In de literatuur wordt dan ook aangeraden om een regeling van geschillen op te nemen en ook in de contracten die onderzocht zijn, waaronder het Napred model, is een geschillenregeling opgenomen. Geconstateerd wordt dat de verschillende regelingen vormen bevatten, die de traditionele geschillenbeslechts - burgerlijke rechter en arbitrage-instituten - laten voor wat zij zijn. Er wordt gebruik gemaakt van wijze mannen die een bindend advies uitbrengen, van Raden van Deskundigen of van een andere vorm van alternatieve geschillenbeslechting zoals Mediation. Het niet gebruik maken van de traditionele geschillenbeslechts past bij dit type contract evenals de raad, die vrijwel overal wordt aangetroffen, om geschillen daar te laten beslechten waar zij zich voordoen. Scott¹⁰⁴ beschrijft de tijd die in acht genomen moet worden bij het behandelen van geschillen vanaf het moment dat zij zich voordoen in de volgende fasen: op het niveau van de toezichthouder moet een probleem binnen 24 uur worden aangekaart; komt deze er niet uit dan moet de project-manager er aan te pas komen en deze moet niet meer dan 2 dagen nemen voor een mogelijke oplossing; is hij er binnen die periode niet uit dan moet het probleem voorgelegd worden aan het bestuur van de Alliantie, waar een week besteed mag worden aan het probleem; de laatste schakel in deze keten wordt gevormd op ‘executive level’: bereikt men daar niet binnen twee weken de oplossing dan is het geschil rijp om aan echte geschillenbeslechts (d.w.z. een Raad van Deskundigen, mediator e.d.) voorgelegd te worden. Op alle momenten in deze keten dient men echter een open geest te houden voor de mogelijkheid om er met onderhandelingen uit te komen.

Studie Allianties

Napredmodel

De regeling inzake de geschilbeslechting bij dit model komt samengevat neer op het volgende. Geschillen worden beslecht bij wege van bindend advies, zie art. 28 lid 1. Een geschil wordt voorgelegd aan ‘vier wijze mannen’: drie partij-adviseurs en een bindend adviseur. De drie worden door de partijen benoemd en de vierde persoon door de eerdere drie. Bij unanimitieit van stemmen. De partij-adviseurs bepleiten het standpunt van hun partij, waarna de bindend adviseur een concept bindend advies opstelt dat becommentarieerd wordt door de andere drie. De bindend adviseur houdt bij zijn advies zo veel mogelijk rekening met de gemaakte opmerkingen van de partij-adviseurs.

Het commentaar op deze regeling van Van den Berg¹⁰⁵ luidt dat dit geen navolging verdient. Het feit dat partijen ieder zelf een adviseur benoemen leidt tot verkokering en oplossing van een geschil zal neerkomen op het doorhakken van een gordiaanse knoop. Bij een Alliantie hoort juist dat partijen zelf aan een oplossing werken. Een bindend advies verdient daarom geen navolging, aldus Van den Berg.

Waardse Alliantie en N201

Bij de in de aanhef genoemde overeenkomsten komt men de Raad van Deskundigen tegen in art. 29, maar deze is eerst te benaderen nadat partijen zelf gepoogd hebben er via een minnelijke schikking uit te komen. De Raad komt met een niet bindend advies, waarbij zij acht zullen slaan op redelijkheid en billijkheid. De Raad is onpartijdig en opereert dan ook onafhankelijk van partijen. De Raad brengt advies uit aan het bestuur van de Alliantie. Komt het bestuur er vervolgens niet uit, dan neemt de voorzitter van het bestuur een beslissing over de afhandeling van het geschil. Wie zich daar niet mee kan verenigen, kan zich vervolgens, na melding daarvan aan de andere leden, wenden tot het Nederlands Arbitrage Instituut.

Deze regeling, zo besluit Van den Berg¹⁰⁶ zijn bespreking van dit onderdeel, spreekt in het kader van de Alliantie meer aan.

V.2.18 Aanbevelingen

- Probeer geschillen zo dicht mogelijk bij de oorzaak op te lossen.
- De geschilbeslechtsregeling beoogt te voorkomen dat uitgekomen wordt bij arbitrage of rechtspraak
- De geschilbeslechtsregeling laat beide partijen in hun waarde en bevoordeelt niet de positie van een van hen.

V.3 De rechtsvorm van de Alliantie

V.3.1 Inleiding

Na de bespreking van de belangrijkste aspecten van de Alliantie vraagt de rechtsvorm van de Alliantie aandacht. Verschillende mogelijkheden dienen zich aan. De beschrijving van die mogelijkheden zijn gebaseerd op het huidige recht en niet op het recht dat naar alle waarschijnlijkheid per 1 januari 2008 wordt ingevoerd.^{107/108}

Een van de uitgangspunten van de organisatie van onze samenleving is de bevoegdheid een onderneming te starten. Deze associatievrijheid houdt ook het recht in vrijheid een rechtsvorm te kiezen, deze te

wijzigen, de inrichting en organisatie te kiezen die men daarvoor wenselijk oordeelt etc. De wet biedt wel waarborgen voor de rechten van leden en derden, maar dat doet aan die vrijheid af, aldus samengevat Raaijmakers in zijn bewerking van Pitlo¹⁰⁹. Partijen kunnen dus kiezen voor een rechtsvorm die een wettelijke regeling heeft gevonden, zoals de maatschap in Titel 7A.9 (art. 1655 - 1682) BW of de VOF en de CV in art. 16 - 34 WvK¹¹⁰, maar zij kunnen ook kiezen voor een afwijkende vorm.

De vraag die thans aan de orde is, is die naar de kenmerken van de in de context van de Alliantie relevante vennootschappen: de maatschap, de VOF en de CV, opdat beoordeeld kan worden of de doelstellingen van de Alliantie-overeenkomst in combinatie met de verdere inhoud van die overeenkomst de Alliantie brengen onder de ene of de andere paraplu.

Maatschap

De wettelijke regeling van de maatschap is zo dat de maatschap een bijzondere overeenkomst is, de regeling ervan bevindt zich dan ook in boek 7A en niet in het Wetboek van Koophandel. Artikel 7A:1655 BW bepaalt dat bij een maatschap twee of meer personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen¹¹¹ met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkander te delen. Het doel is commercieel, wat betekent winst behalen of kosten besparen. Bij de maatschap is er in principe geen sprake van een afgescheiden vermogen (een vermogen dat is afgescheiden van het privé-vermogen van de maten).

Bij de maatschap bindt de maat in beginsel alleen zichzelf, maar kan het zijn dat de maten naar gelijke delen (dus in ieder geval: geen hoofdelijke gebondenheid) gebonden zijn¹¹²

Crediteuren (schuldeisers) van de maatschap kunnen bij de individuele maten uitsluitend terecht voor gelijke delen. Schuldeisers van de maatschap hebben volgens de wet geen voorrang op privé-schuldeisers. Iedere vennoot is gerechtigd en bevoegd tot beheer en bestuur en gezamenlijk wordt de zeggenschap uitgevoerd over de vennootschap en haar onderneming als geheel. De maten zijn voor gelijke delen aansprakelijk voor de verplichtingen in hun privé-vermogen. De maatschap komt men tegen bij de traditionele - ook wel vrije - beroepsuitoefenaren, zoals specialisten, advocaten en architecten, maar ook tussen bedrijven, zoals in het geval van bouwcombinaties¹¹³. Ook de Alliantie kan zich in deze vorm voordoen, er is immers een commercieel doel en er is sprake van inbreng van alle partners.

VOF/CV

Het belangrijkste gevolg van de kwalificatie van de Alliantie als VOF betreft de aansprakelijkheid van de vennoten. Anders dan bij de maatschap zijn de vennoten hoofdelijk voor het geheel verbonden, zie art. 18 WvK.. Daarnaast wordt aan het aan de vennoten gezamenlijk toebehorende vennootschapsvermogen een afgescheiden karakter toegekend. Daarmee wordt bedoeld een algemeenheid van goederen en schulden die zowel intern, door afzondering ten opzichte van het vermogen van de rechthebbende(n), als extern, ten opzichte van derden als rechtens zelfstandige vermogensseenheid haar eigen rechten en verplichtingen heeft en vooral bij ontbinding en vereffening ook als zodanig wordt afgewikkeld¹¹⁴. Dit vermogen dient in de eerste plaats tot verhaal van de vennootschapscrediteuren en het overblijvende saldo na ontbinding kan na verdeling onder de vennoten dienen tot verhaal van de privé-crediteuren¹¹⁵. Hoe dit afgescheiden vermogen zich verhoudt tot het Alliantiefonds is aan de orde gesteld in paragraaf 2.2 onder f.

Nog niet aan de orde is de derde vennootschapsvorm geweest, de commanditaire vennootschap; hiervan is sprake indien een of meer van de vennoten alleen als geldschieter betrokken is en die geen daden van beheer mag verrichten, zie de artikelen 19 en 20 WvK. Bij de Alliantie zou deze figuur kunnen voorkomen, maar noch de standaard van de Napred noch de contracten die tot stand zijn gekomen, veronderstelt deze figuur. Zij wordt om die reden niet verder besproken. Om diezelfde reden worden ook de vormen besloten en naamloze vennootschappen niet besproken.

V.3.2 De praktijk

Artikel 2, lid 1 van het Voorbeeldcontract van Napred luidt als volgt:

‘Door deze overeenkomst gaan partijen een samenwerkingsverband aan (de ‘Alliantie’) met als doel het realiseren van het Werk.’

Achter het woord Werk staat een noot met de volgende inhoud:

“In deze Overeenkomst is uitgangspunt, dat partijen een samenwerkingsverband vormen dat als maatschap dan wel (als partijen jegens derden onder gemeenschappelijke naam optreden) als VOF kwalificeert. In de praktijk wordt wel getracht de aanwezigheid van een maatschap of VOF tussen partijen uit te sluiten.”

Van den Berg houdt het ervoor dat nu er naar wordt gestreefd om op voet van gelijkheid samen te werken een van de wezenskenmerken van de *affectio societatis* aanwezig is, terwijl voorts aan de eisen van art. 7A:1655 BW wordt voldaan. Er is namelijk inbreng van alle vennoten (in geld en arbeid) en men heeft als oogmerk gemeenschappelijk economisch voordeel. De NapredAlliantie laat zich dan ook karakteriseren als een maatschap. Is de Alliantie mogelijk ook te zien als de gekwalificeerde vorm van de maatschap, de vennootschap onder firma? Ja, ook dat kan, aldus nog steeds Van den Berg, want er is voldaan aan de aanvullende eisen: het onder gemeenschappelijke noemer uitoefenen van een bedrijf. De consequentie van het zijn van vof is dat partijen hoofdelijk aansprakelijk zijn de verbintenissen van de vennootschap. Aan de kwalificaties door Van den Berg is niets toe te voegen.

Het uitsluiten van de maatschap of VOF vorm treft men inderdaad in de praktijk aan, zie immers het contract, Waardse Alliantie:

De Alliantie wordt aangegaan in de vorm van een samenwerkingsconstructie met de intentie te functioneren als ware het een zelfstandige organisatie. Deze Alliantieovereenkomst wordt niet aangegaan, en kan niet als zodanig worden uitgelegd alsof zij is aangegaan, om een vennootschap op te richten, noch zal zij ten aanzien van Partijen aanleiding geven tot het opleggen van rechten, verplichtingen of aansprakelijkheden zoals de oprichting van een vennootschap met zich mee kan brengen.

Van den Berg¹¹⁶ merkt ter zake dat de opstellers van het contract hier hun hand hebben overspeeld, want als een samenwerkingsvorm voldoet aan een bepaalde wettelijke omschrijving, heeft deze als zodanig te gelden. Zijn conclusie, die gedeeld wordt, luidt dan ook dat nu er inbreng is in de zin van art. 7A:1655 BW alsmede het doel om gezamenlijk economisch voordeel te behalen ook hier van een maatschap sprake. Voorts stelt Van den Berg vast dat ook de Waardse Alliantie voldoet aan de extra eisen die aan het bestaan van een vof gesteld worden.

De overeenkomst inzake de N201 bepaalt niets over de rechtsvorm van de Alliantie. Aangenomen wordt dat ook hier feitelijk sprake is van een vennootschap onder firma, omdat ook hier op voet van gelijkheid wordt samengewerkt om gezamenlijk economisch voordeel te halen (gesproken wordt in de overeenkomst van een win-win situatie), terwijl voorts door partijen onder gemeenschappelijke noemer van de Alliantie een bedrijf wordt uitgeoefend.

V.3.3 Buitenlandse literatuur

De buitenlandse literatuur is ten aanzien van het juridische karakter van partneringovereenkomst veel terughoudender dan deze Nederlandse praktijk. Zo schrijft Critchlow¹¹⁷ dat sommige onderdelen van de partneringafspraken, hij spreekt van ‘arrangements’, zeker in een contract vastgelegd moeten worden zoals de bepalingen omtrent het verdelen van bonussen, maar andere aspecten dienen daar beslist buiten te blijven, met name denkt hij dan aan ‘expressions of good will and cooperation’. Het opnemen van dergelijke bepalingen zou tot grote onzekerheid leiden, want een rechter zou er wel eens een verplichting om te handelen ‘in good faith’ in kunnen lezen¹¹⁸. Dit onbestemde begrip, zo vervolgt hij, zou de rechten van partijen om zich strikt aan het contract te houden, kunnen beperken: “..the concept (‘of good faith’, toevoeging van de auteurs) is nebulous and could fix the parties with obligations or restrictions beyond those they contemplated at the time of contract.”¹¹⁹ In het model Framework Arrangement, waarin de intenties van partijen worden neergelegd, is achter het woord Arrangement¹²⁰ een noot opgenomen. In deze noot wordt uitgelegd dat het woord Arrangement is gebruikt om te benadrukken dat het document niet bedoeld is om juridisch afdwingbaar te zijn. Voor de Verenigde Staten geldt eenzelfde insteek.

Wat er zij van de haalbaarheid van deze terughoudendheid die ook in het buitenland wordt aangetroffen: ten onzent heeft hoe dan ook te gelden, dat een samenwerkingsvorm, die al dan niet benoemd wordt, heeft te gelden als die wettelijke samenwerkingsfiguur waarvan het kenmerken draagt.

V.3.4 Aanbevelingen rechtsvorm

- Het heeft geen zin bepalingen op te nemen die er toe zouden moeten leiden dat een bepaalde rechtsvorm niet wordt aangenomen indien niet ook de onderliggende regeling in die zelfde richting wijst.
- Naar huidig recht ligt het voor de hand openlijk aan te geven dat de rechtsvorm die van de vennootschap onder firma is dan wel de maatschap.
- Met de op handen zijnde herziening van de wettelijke regeling van de personenvennootschappen zal te zijner tijd (2008?) gehouden moeten worden.

Studie Allianties

VI. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN VOOR DE RIJKSGEBOUWENDIENST

VI.1 Contractstructuur

De belangrijkste conclusie is zonder twijfel het feit dat een Alliantie minimaal de ontwerpfase en de uitvoeringsfase moet betreffen (eventueel nog uit te breiden met de beheersfase).

Is de Alliantie beperkt tot de ontwerpfase dan kan het oordeel niet anders luiden dan dat hier sprake is van een veredeld bouwteam met als bijkomend nadeel, dat in de bouwfase controle wordt gevoerd mede door degene die gecontroleerd wordt, te weten de aannemer. Deze situatie wordt niet aanbevelingswaardig geacht, ja dient ontraden te worden.

De tweede conclusie is dat het contract inzake de oprichting van de Alliantie geen bepalingen dient te bevatten die de overeenkomst van de Alliantie met de uitvoerende aannemer betreffen.

VI.2 Aanbestedingsrecht

Twee conclusies springen uit dit hoofdstuk. De eerste is dat de concurrentiegerichte dialoog de aangewezen procedure is. De tweede conclusie is dat de dialoog fase zo ingericht dient te worden dat optimaal contact kan plaatsvinden met de inschrijvers. De Australische manier verdient hier navolging.

Of de concurrentiegerichte dialoog ook daadwerkelijk gebruikt mag worden, is onderwerp van discussie, maar in de praktijk lijkt deze discussie niet tot problemen (althans nog niet tot jurisprudentie) te leiden.

VI.3 Deelnemingenbeleid, staatssteun en mededingingsrecht

Van deze drie onderwerpen levert het eerste twijfels op. Beleid en wetgeving lijken niet geheel parallel te lopen: de wetgeving is strenger dan het beleid. Dat betekent dat als het zekere voor het onzekere genomen wordt, de weg langs de Kamers gegaan dient te worden teneinde het antwoord te vernemen op de vraag of in een onderneming deelgenomen mag worden.

De twee andere onderwerpen zijn geen sta in de weg aan het oprichten van een Alliantie, waarbij de RGD partij is.

VI.4 Juridische en organisatorische vormgeving

De Alliantie vereist het ontbreken van hiërarchische verhoudingen. Het contract dient daarvan dan ook geen sporen te dragen.

De VOF lijkt de vorm te zijn, die voor de hand ligt.

Aansprakelijkheidsbepalingen dienen afwezig te zijn.

Communicatie dient goed geregeld te zijn en deze regeling dient ook nageleefd te worden.

Studie Allianties

Intellectuele eigendom dient op een wijze geregeld te zijn, waar beide partijen in de toekomst profijt van kunnen hebben.

Het verdient aanbeveling een afscheidingsregeling op te nemen.

VI.5 Tot slot

In dit rapport worden (beargumenteerd en gefundeerd) suggesties gedaan om een overheidsopdrachtgever als VROM in staat te stellen weloverwogen een beslissing te nemen ten aanzien van de vragen:

- of de (horizontale) Alliantievorm in bepaalde gevallen een geschikte / de geschiktste bouworganisatie-/ bouwcontractvorm is (afgezet tegen de bekende (verticale) contractvormen);
- welke keuze-elementen en afwegingsoverwegingen daarbij een rol (kunnen) spelen;
- welke hinderpalen/beperkingen ondervonden worden op gebied van regelgeving en bestaand beleid;
- welke aanbevelingen omtrent structuur, (juridische) vormgeving en organisatievorm kunnen worden gedaan om, indien voor een Alliantie wordt gekozen, deze tot een succes te kunnen maken.

Voor VROM ligt het **toepassingsgebied voor Project Allianties** mogelijk bij complexe projecten met onzekere risico's en een technisch bovengemiddelde bouwopgave (bijvoorbeeld: herbouw of renovatie van een monumentaal pand in een binnenstedelijke omgeving).

In andere projecten lijken bestaande (verticale) contractvormen een bruikbaar en minder gecompliceerd alternatief. Vergt het ontwerp bijzondere aandacht, dan is een bouwteamovereenkomst een goed instrument. Vraagt een project om geïntegreerde uitvoering van ontwerp en bouw, dan zijn geïntegreerde contractvormen een goed middel. Spelen (private) financiering en de levenscyclus-kosten van het gebouw een belangrijke rol dan zijn "FM"-component contracten (DBFM/DBFMO) aangewezen.

Momenteel besteedt de RGD meerdere DBFM(O)-contracten aan middels de concurrentiegerichte dialoog. In deze dialogen wordt veel ervaring opgedaan met integraal aanbesteden en worden gegadigden geprikkeld hun oplossingsvoorstellen te optimaliseren. De kennis en ervaring die in deze projecten opgedaan wordt kan worden ingezet in een mogelijk Alliantie-project, De betrokkenen zijn reeds bekend met de risicodiscussie en allocatie en kunnen van daaruit effectiever focussen op het samenwerken en optimaliseren.

Geadviseerd wordt een voor de Alliantievorm (potentieel) geschikt project te identificeren; de keuze-elementen en afwegings-overwegingen uit de Handleiding / het Rapport toe te passen en in een pilot-situatie een (volledige) Alliantie voor te bereiden, te ontwikkelen en aan te besteden. Het spreekt voor zich dat de resultaten van een dergelijk experiment na afloop een kritische evaluatie verdienen.

Bijlagen

Studie Allianties

**Bijlage 1 Opsomming van nadelen van partnering (behorend bij II.1.3.)
(ontleend aan Bennett en Peace, 2006, p. 11)**

- Organizations trying to establish a partnering culture for specific projects face severe problems when they have to use cut-throat competition to win other projects.
- Modern forms of decentralized decision-making undermine partnering as decisions by one department are contradicted elsewhere.
- Commercial realities that require firms to have alternative suppliers and many customers inhibit the development of deep partnering relationships.
- The open communication required by partnering is inhibited when one partner also works with another partner's competitors.
- Partnering relationships inhibit firms from developing more profitable new businesses.
- Teams responsible for individual projects achieve shallow forms of partnering because the approach takes time to develop.
- Forming teams from people who fit the partnering ideal exclude creative individuals, new ideas and distinctive skills.
- Powerful partners dictate terms and conditions to weaker partners who depend on them for future work and so cooperative teamwork is impossible.
- Senior managers retain detailed control so that work teams lack the freedom to become cooperative team players.
- Partnering is undermined by targets that focus on aspects of performance that are easy to measure.
- Partnering is undermined by targets that expect too much too soon
- Partnering is undermined by targets that can be achieved only at the expense of those further down the supply chain.
- Attempts to standardize on the most efficient processes and designs undermine quality and value.
- Construction professionals only provide feedback that is directly relevant to their own firms' projects.
- Feedback is used in different ways at different levels in organizations and gets distorted, and important background information is lost.
- Partnering is undermined when commercial and organizational conditions change.
- Strategic collaborative working relationships too often mean that individual projects are sacrificed in the interests of long-term development.
- Some benefits attributed to partnering are equally well provided by different arrangements.'

Studie Allianties

Bijlage 2 Senior Managers' Partnering Checklist **(ontleend aan Bennet and Peace, 2006, p. 185)**

Techniques and checklists

5. Senior Managers' Partnering Checklist

This checklist will help senior managers ensure that their organization is using partnering effectively. It identifies issues that should be given attention by teams using partnering.

Basic checks on successful partnering

- Everyone involved in partnering should understand that it is a set of practical actions that deliver benefits when they are applied steadily and consistently on the basis of commitment and hard work.
- Partnering should achieve significant benefits even when it is being used for the first time.
- The level of benefits should increase as teams work together on a number of projects.

Key requirements for cooperative teamwork

- Invest in training and workshops when teams have not worked together before or are new to partnering.
- Create conditions that encourage and reward cooperative behaviour.
- People should take account of others' interests and understand that this concern is in their own best interests.

Developing successful project partnering

- Invest in developing ever more effective relationships between work teams.
- Provide continuity by forming project teams from work teams that have established efficient relationships.

Avoiding problems

- Be aware of potential conflicts of interest where partnering firms are partnering with competitors, but maintain the open communication required by partnering and build in checks to ensure that commercial information is not abused.

Ensuring effective decision-making

- Partnering teams should discuss widely before decisions are made so they consider a range of points of view and accept that good ideas often come from unexpected sources.
- The interests of all the stakeholders should be taken into account by devising ways of ensuring they are consulted and their interests taken into account.
- Use task forces that include external experts to help ensure that divergent but useful ideas are taken into account.
- If a talented individual capable of making a significant contribution to a project is unwilling or incapable of cooperative teamwork, consider creating space within the project team for them to

Studie Allianties

work independently. Give them opportunities to comment on team decisions but do not waste resources trying to include them in partnering activities.

Dealing with weaker partners

- Recognize that even powerful organizations using partnering benefit from producing the maximum net benefits and sharing them in a manner that is sufficiently fair to motivate everyone to do their best possible work.
- Be prepared to help weaker partners; for example, through training in the actions needed to meet exacting standards, and providing advice on finance, control systems or other key organizational issues.

Setting targets

- Set targets that are challenging and achievable. Initially they can aim at substantial improvements in one specific area. Then broader and tougher targets can be set as success grows. Take the time and care needed to ensure that targets take account of the interests of everyone involved with a construction project.
- Ensure that targets are easily measured to avoid arguments about whether improvements have been achieved.
- Ensure that targets can be achieved without damaging those further down the supply chain because the benefits will be small in comparison with what could be achieved by fully involving subcontractors, suppliers and manufacturers.
- In setting targets partnering teams must also establish a firm datum of established performance that must be achieved so that teams do not neglect established good practice.

Ensuring continuous improvements

- Establish good standards and procedures and use them unless they conflict with agreed mutual objectives.
- Use task forces to develop robust improvements to standards and procedures.

Establishing feedback systems

- Invest in setting up and using good feedback systems that guide partnering teams in searching for ways of improving their performance.
- Provide significant incentives for project team members at the end of each project to collate and feed back their experience.
- Ensure that feedback is produced and used by people carrying out direct design and construction work as an integral part of their normal work so it has immediate relevance.
- Involve work teams in direct face-to-face discussions when their own good ideas and experience are developed for use by other teams because they understand the details and potential problems.
- Invest in feedback from project to project to provide a powerful spur to long-term substantial improvements in performance.
- Ensure that senior managers have strategic feedback about the costs and benefits of partnering needed in guiding their businesses.
- Senior managers should visit the workplace regularly and talk to staff about their work including their use of feedback so important information is never lost in badly designed feedback systems.

Strengthening partnering firms

- In introducing partnering into a traditional organisation, provide support for a strong individual in taking risks to establish cooperative behaviour in the face of any opposition from colleagues convinced of the benefits of competition.
- Senior managers need to give partnering teams the authority, time and resources to decide their own best ways of working. The support needs to be maintained when initial costs are incurred before the benefits emerge.
- Senior managers need to accept that new partnering teams have to learn how to work together and some initial decisions may be poor and have to be changed.
- Senior managers should not take over but act as a coach or mentor, provide training and encourage partnering teams to find effective ways of working.
- Accept that partnering changes the nature of work for many people in requiring more face-to-face contacts and this may require training and organizational changes.
- Ensure that everyone involved in partnering has sufficient authority to make decisions that will be supported by their own organization.

Developing successful strategic arrangements

- Ensure as far as possible that strategic arrangements provide partners with a volume of business that makes commercial sense to them.
- Encourage 'competing' suppliers to cooperate in finding ever more effective answers they can all provide for the buying organization.
- In developing a strategic relationship look for opportunities to develop more profitable new businesses.

Maintaining partnering arrangements

- Work on the basis that partnering arrangements will continue long term to give everyone involved the confidence to put their best efforts into ensuring that the partnering arrangement is successful.
- Recognize that circumstances change and a successful arrangement may become less attractive to some partners. If this happens treat firms that leave generously.
- Recognize that the long-term interests of a specific project to be compromised in order to test a major innovation or new design concept.

Studie Allianties

Bijlage 3 Voorvragen voor keuze Alliantiemodel (ontleend aan Practioner's Guide p. 22)

3.2.2 Step 1 – Primary tests

In confirming the appropriateness of project alliancing as a procurement method, the relevant agency or department (owner) must satisfy a number of primary tests, including that:

1. They have undertaken a full risk assessment on the project, including stochastic/probability modelling, to cost the risks associated with the project, reviewing the quantifiable risks and showing an understanding of the risks that cannot yet be determined or scoped.
2. They have assessed all project risks and can demonstrate that:
 - There is a significant degree of uncertainty involving risks that cannot be adequately quantified and which would result in large risk premiums under traditional forms of procurement.
 - Changes or disruptions that also cannot yet be adequately scoped are expected during the project term.
 - These risks, should they materialise, will have a material impact on project cost and/or the achievement of project objectives.
 - The uncertainty surrounding these risks is due to the nature of the project, rather than inadequate planning, scoping or time, and additional time and/or resources will not clarify or quantify these risks.
 - The risk is best managed collectively with joint input from government and service providers, improving the effectiveness and reducing the overall cost to the project.
3. The organisation is capable of delivering the project using project alliancing. A number of issues relating to the owner organisation's attitude and culture may make project alliancing an unwise choice, even where a project's characteristics ideally suit an alliance.

One of the greatest risks to the success of a project alliance is that the owner organisation does not properly recognise or address the importance of developing a psychological foundation enabling high alliance performance. As a key step in confirming the decision to use project alliancing, the senior responsible owner (SRO) of the project should carefully consider the following questions. Unless the SRO is able to answer yes to ALL the questions, then an alliance may not be the appropriate way forward.

Table 3.1: Questions to use in considering whether to use project alliancing
Primary test/question Yes No

Q1. A. The SRO has read Chapter 2 of this Guide thoroughly and is fully aware of what an alliance is, what it takes to create a successful alliance, the risks associated with using a project alliance and the steps involved in establishing an alliance.

B. The SRO has identified at least two people as suitable candidates for the ALT. Each has all the required attributes for ALT members as listed in section 2.3.2.

Q2. There is at least one person within the owner's organisation who is closely involved with the project and who could take on a senior project role at AMT level – allocated on a full-time basis to the alliance.

Q3. The SRO can access at least two people who can be allocated on a full-time basis to undertake technical and/or administrative roles as members of the wider project team.

Q4. The alliance will not have an undue negative impact on the owner's broader organisation, given the level of resources required.

Q5. The owner is willing to engage the necessary specialist advisers and facilitators to assist with the proper establishment and support of the alliance.

This could include a probity adviser, alliance adviser/facilitator(s), alliance lawyer, FA-E, IE and budget reconciliation advisers.

If the primary tests are met, the agency must then demonstrate that they have assessed alternative procurement methods showing that alliancing offers the best value for money.

Bijlage 4 Alliance agreement sample – Behavioural commitments **(behorend bij par. 4.2.1.)**

1. Our behavioural commitments

1.1 We will work together in an innovative, cooperative and open manner so as to produce outstanding results in delivering the Alliance Works (in accordance with the Scope and Design Brief set out in Schedule 2).

1.2 We acknowledge that a key purpose of our alliance is to avoid disputation and we commit to notify each other of perceived or real differences of opinion or conflicts of interest immediately they arise and to strive to promptly resolve those differences or conflicts.

1.3 Each of us will fully disclose to the other Participants any conflict of interest or duty that exists or may arise in connection with the performance of the Work under the Alliance and we will not participate in any decision that relates to the matter which gives rise to the conflict unless and until we have the consent of all other Participants. *(Note that some alliance agreements deal with the issue of conflict of interest more specifically, as discussed in section 4.2.5.)*

1.4 We undertake to act reasonably and to do all things properly and reasonably within our power that are necessary to give effect to the spirit and intent of this PAA and to give due regard to the representations of all Participants when reaching any decisions, including decisions as to the giving or withholding of consent or approval, or when exercising any other discretion pursuant to this PAA.

1.5 We undertake to act in good faith in conducting all activities arising out of this PAA and will:

- a. be fair and honest;
- b. not impede or restrict each other's performance;
- c. fully disclose to each other any conflict of interest or duty that exists or may arise in connection with the performance of the Work under the Alliance before we participate in any decision that relates to the matter which gives rise to the conflict; and
- d. make decisions on a 'best for project' basis, giving as much weight to the interests of the Project as to our own self interest.

1.6 We undertake to conduct the Work under the Alliance in a manner consistent with the commitments and principles set out in the Alliance Charter in Schedule 3, and to take all reasonable steps to ensure that our employees, sub-contractors, suppliers and other agents (and their employees, sub-contractors, suppliers and other agents) involved with the alliance make a similar commitment.

Studie Allianties

Bijlage 5 Taken Alliantie (behorend bij V.2.4.)

Buitenlandse contracten

De PPC 2000 onderscheidt verspreid over de gehele overeenkomst verschillende taken die de Alliantie op zich heeft genomen. In artikel 4 worden de Partnering Objectives benoemd, vanwege de voorbeeldfunctie die van deze bepaling uit kan gaan, wordt hij hier in zijn geheel weergegeven:

4. Partnering Objectives
 - 4.1. The Partnering Team members shall establish, develop and implement their partnering relationships in accordance with the Partnering Documents, with the objectives of achieving for the benefit of the Project and for the mutual benefit of Partnering members:
 - i. trust, fairness, dedication to common goals and an understanding of each other's expectations and values;
 - ii. finalisation of the required designs, timetables, prices and supply chain for the Project;
 - iii. innovation, improved efficiency, cost-effectiveness, lean production and reduction or elimination of waste;
 - iv. completion of the Project within the agreed time and price and to the agreed quality;
 - v. measurable continuous improvement by reference to the targets described in clause 4.2 and the KPIs¹²¹;
 - vi. commitment to people including staff and the users of the Project.
 - 4.2. Each Partnering Team member undertakes to the others to do all that it can, within its agreed role, expertise and responsibilities and in accordance with the Partnering Documents, to implement the recommendations identified by the Construction Task Force in their July 1998 Report 'Rethinking Construction' and to pursue for the benefit of the Project and for the mutual benefit of the Partnering Team members the targets stated in the KPI's for:
 - i. reduced capital cost and whole life costs;
 - ii. reduced design, supply and construction time;
 - iii. reduced defects and zero defects;
 - iv. reduced accidents;
 - v. increased predictability;
 - vi. increased productivity;
 - vii. increased turnover and Profit;
 - viii. improved quality;
 - ix. improved Sustainability;
 - x. any other targets identified in the KPIs.

Studie Allianties

Andere taken van de Alliantie betreffen:

- Het in acht nemen van de overeengekomen tijd voor onderdelen van de activiteiten (zie art. 6).
- Het nastreven van de hoogst mogelijke gezondheids- en veiligheidsstandaarden (zie art. 7).
- Het ontwerpen in overeenstemming met als doel het bereiken van 'best value for the Client' (art. 8). Artikel 8 bevat een uitgebreide opsomming van verplichtingen waaraan voldaan dient te worden.
- Het opstellen van een overeenkomst door de aannemer in overeenstemming met het bepaalde in artikel 10 met een specialist (zie art. 10).
- De opdrachtgever dient de aannemer te betalen overeenkomstig de afspraken (zie art. 11)
- Het bereiken van de kwaliteit van het Project overeenkomstig de Partnering Documenten (art. 16).
- Het verzekeren van het Project (art. 19).
- Het betalen van de consultants door de opdrachtgever.

Bijlage 6 Duur en Beëindiging van de Alliantie in de buitenlandse literatuur (behorend bij V.2.7.)

PPC 2000

Deze set van algemene voorwaarden regelt de Project completion als een oplevering van het werk. Van een einde aan het team wordt niet gesproken en omdat er geen gezamenlijke onderneming is opgestart, hoeft ook daar niets over bepaald te worden.

In de literatuur worden meer woorden besteed aan het einde van de samenwerking. In de Australische overeenkomsten komen zogenaamde ‘termination for convenience clauses’ veelvuldig voor en zijn ze niet omstreden. Zo’n bepaling geeft de opdrachtgever het recht om naar eigen inzicht (‘at its own discretion’) op te zeggen; de bepaling is niet aan het optreden van bepaalde situaties gekoppeld en komt daarmee overeen met het bepaalde in art. 7: 764 BW. De vraag of dit een geldige bepaling is, is in de Engelstalige literatuur onderwerp van discussie, maar omdat er een prijskaartje aan gehangen wordt en aan vormvereisten wordt voldaan, is dit een academisch punt geworden. In de Practitioners’ Guide¹²² wordt er op gewezen dat een van de ‘key drivers’ voor de oorspronkelijke opdrachtgever in een Alliantie de flexibiliteit is. Dit geeft ook ruimte aan de oorspronkelijke opdrachtnemer, want de aanbevolen benadering luidt als volgt:

- als leden van de Alliantie het niet eens worden over de ‘target outturn cost’^{123/124} kan de non-owner participant zich terug trekken (de oorspronkelijke opdrachtgever heeft dit recht altijd);
- is de overeenkomst gesloten dan heeft de oorspronkelijke opdrachtgever altijd het recht zich terug te trekken, maar hij dient de aannemer daarvoor wel een redelijke vergoeding voor het verrichte werk te betalen;
- de non-owner participants hebben geen recht om de Alliantie te beëindigen, maar zij mogen zich wel terugtrekken als de oorspronkelijke opdrachtgever zich schuldig maakt aan opzettelijk tekortschieten en weigert dit te herstellen.

Studie Allianties

Bijlage 7 Geschilbeslechting (behorend bij V.2.9.)

Buitenlandse literatuur

Voor de PPC 2000 zijn twee bepalingen van belang. In art. 3 lid 7 worden partijen opgeroepen om te werken volgens een – hiervoor al eerder genoemd systeem – ‘early warning system’: wanneer een probleem, dat een bedreiging kan vormen voor het project of voor de prestatie van de leden van het team, wordt onderkend door een lid, worden direct de andere leden geïnformeerd met voorstellen om te komen tot een oplossing dan wel voorkoming van realisering van het probleem.¹²⁵ Dat het niet gaat om een vrijblijvende melding blijkt uit art. 18 van de PPC 2000, waar verlangd wordt van de aannemer dat hij gewaarschuwd heeft, wil hij recht hebben op termijnverlenging. Artikel 18 bevat de geschillenregeling en kent een gestructureerde opbouw ten einde problemen onder te controle te houden. Samengevat komt de regeling er op neer dat de leden van het team te horen krijgen dat er een geschil/verschil van meningen is; daarna wordt de ‘Problem solving hierarchy’ ingeschakeld.

Van de Australische praktijk is het volgende een normaal voorbeeld¹²⁶:

‘The Project Alliance Participants embrace the fact that one of the prime advantages of alliancing is to avoid disputation and litigation. The contractual structure is designed to reinforce the fact that there are to be no disputes or litigation, the only exception being in the event of Wilful Default by a Project Alliance Participant. To that end, a failure by any of the Project Alliance Participants to perform any obligation or to discharge any duty or in connection with this Project Alliance Agreement will not give rise to any enforceable obligation at law or in equity except to the extent that the failure also constitutes Wilful Default.’

In de Practioners’ Guide¹²⁷ wordt als uitgangspunt genomen dat als er geschillen zijn deze primair door het Alliance Leadership Team opgelost moeten worden. Dit moet gebeuren door het bereiken van een onderlinge overeenkomst en niet door verwijzing naar een derde. Er lijkt bijna een afkeer van geschilbeslechting door derden (rechter, arbiter of deskundige) te zijn. Lees wat wordt opgemerkt:

‘Typically, alliance agreements are silent on what happens if the ALT is unable to resolve a disagreement, despite pursuing all reasonable opportunities to remedy it. In such exceptional circumstances, the parties to the alliance may agree to termination. Feedback from alliances with no express deadlock-breaking mechanism suggests that the absence of an independent dispute resolution mechanism is a highly desirable feature, as ALT members are compelled to resolve disagreements themselves. Of course there is nothing to prevent the ALT from engaging external experts and/or facilitators in appropriate circumstances.’

Een aanbevolen formulering van de regeling van geschillen wordt op de volgende pagina van de Practioners’ Guide gegeven:

Studie Allianties

No Dispute

3.1 We recognise and agree that the potential for conflict and disputation within traditional contracting relationships is a significant factor restricting the ability to achieve Gamebreaking Performance in project outcomes. We commit to working cooperatively to identify and resolve issues to our mutual satisfaction so as to avoid all forms of Dispute in performing our obligations under our Alliance Agreement.

3.2 We believe that our Alliance, by focusing on our Alliance Principles, Alliance Objectives, collective responsibility for all project risks and the equitable sharing of risks and rewards, reinforces our commitment to No Dispute.

3.3 We will promptly notify each other of any Dispute or potential Dispute when it arises and, when the AMT cannot resolve a Dispute, elevate it to the ALT for resolution.

3.4 The ALT will deal proactively with any Dispute on a Best for Project basis and determine whatever action it believes is necessary to achieve unanimous resolution (which may include the appointment of an independent expert or mediator to assist the ALT to unanimously resolve any Dispute).

3.5 We agree that any act or omission of an Alliance Participant in performing the work under our Alliance Agreement which:

a. amounts to a Wilful Default or an Act of Insolvency will give rise to enforceable obligations at law and/or in equity; or

b. does not amount to a Wilful Default or an Act of Insolvency will not give rise to any

enforceable obligations at law or in equity; and we agree to release each other from any effects at law or in equity of any act or omission in performing our obligations under our Alliance Agreement that do not amount to a Wilful Default that we may have had recourse at law or in equity but for this No Dispute clause.

Bijlage 8 Lijst met figuren

Figuur 1 Stages in establishing the alliance framework.....	18
Figuur 2 Recommended process for selecting alliance non-owner participants.....	20
Figuur 3 Tabel: Typical timing for selecting the preferred proponent.....	21
Figuur 4 Typical timetable for selecting alliance non-owner participants.....	22
Figuur 5 Project alliance governance and management typical framework (ontleend aan Practioner's Guide, p.12).....	56
Figuur 6 Uit de evaluatie van de Waardse Alliantie	70
Figuur 7 Risk-reward schema's	74
Figuur 8 Project alliance compensation model and phases.....	75

¹ Geraadpleegde literatuur waaruit de ervaringen gedestilleerd zijn: J. Sweet, *Sweet on construction law*, Chicago: ABA Publishing, American Bar Association 1997; J. Critchlow, *Making partnering work in the construction industry*, 1998, Chandos Publishing (Oxford) Limited; J. Barlow e.a., *Towards positive partnering. Revealing the realities in the construction industry*, Bristol: the Policy Press University of Bristol, 1997; J. Bennett en S. Jayes, *The seven pillars of partnering*, University of Reading, 1998; J. Bennett en S. Jayes, *Trusting the team, The best practice guide to partnering in construction*, Reading Construction Forum, 1995; M.A.B. Chao-Duivis, *Moderne contractvormen in het bouwrecht: partnering en alliancing*, in *Privaatrecht in de 21e eeuw, Bouwrecht*, onder redactie van M.A.B. Chao-Duivis, 1999; M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstuk VII Allianties*, in *Veranderende rollen, een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, p. 361 e.v. D. Mosey, *PPC 2000: the first standard form of contract for project partnering*, september 2001, paper UK Society of Construction Law; J.J. Myers, 'Alliancing contracting: A potpourri of proven techniques for successful contracting', *ICLR* 2001, p. 56-82; M.A.M.C. van den Berg, *Alliancing*, *Bouwrecht* 2002. S. Roe en J. Jenkins, *Partnering and alliancing in construction projects*, 2003, Sweet and Maxwell, London; D. Jones, D. Savage, R. Westgate, *Partnering and collaborative working, law and industry practice*, 2003, LLP, London, Hong Kong, M.A.M.C. van den Berg en P. Kamminga, *Optimising contracting for alliances in infrastructure projects*, *International Construction Law Review*, 2006, p. 59 e.v.; A. Chew, *Alliancing in delivery of major infrastructure projects and outsourcing services in Australia – an overview of legal issues*, *International Construction Law Review*, 2004, p. 319 e.v.; J.S.J. Koolwijk en R.P. Geraedts, *ProjectAlliantie, procesinnovatie bij complexe bouwprojecten*, VSSD, 2006; J. Bennett en S. Peace, *Partnering in the construction industry, a code of practice for strategic collaborative working*, Elsevier, 2006; R. Quick, *Queensland's ECI contract*, *International Construction Law Review*, 2007, p. 4 e.v.

² Bennett en Jayes (1995, p. 48).

³ Bennett en Peace (2006, p. 11).

⁴ Ontleend aan Quick (2007, p. 26).

⁵ Zie Barlow, 1997, p. 45. De belangrijkste drijfveer in die casus was om op deze manier kosten te besparen (kosten van de bouw daalden met 60%), maar de ervaring leerde dat ook de tijd gemoeid met de bouw aanzienlijk afnam. Overigens wordt onderkend dat deze optimalisaties mede te danken waren aan andere invloeden dan alleen het feit dat in een partnering verband werd samengewerkt.

⁶ Bradburn beschrijft in *Partnering in design and construction*, Godfrey, 1996 p. 72, een geval waarin halverwege een project de verhoudingen verslechterden en waar de opdrachtgever, net gehoord hebbend van het concept partnering, besloot het project los te trekken met behulp van deze nieuwe manier van werken. Maar dit is niet de gewone gang van zaken.

⁷ Zie voor de Australische situatie Bijlage 3 Voorvragen voor keuze Alliantie.

⁸ De aanknopng bij het Australische aanbestedingsrecht is gerechtvaardigd, omdat dit recht door dezelfde beginselen van non-discriminatie, proportionaliteit etc. wordt gekenmerkt als het Nederlandse/Europese aanbestedingsrecht. Zie in deze zin ook Klijn, 2006, p. 320.

⁹ Commonwealth Procurement Guidelines 2005, p. 42.

¹⁰ Guidance on Mandatory Procurement Procedures 2005, p. 23.

-
- ¹¹ Ontleend aan Klijn, BR 2006, p. 321, die de criteria op zijn beurt ontleende aan Ross, op. cit., p. 11, Main Roads of Western Australia, 'Tom Price Road Stage 2 - Request for Proposals Evaluation Document', 2004, p. 18.
- ¹² M.B. Klijn, Aanbesteden van Alliantiecontracten, BR 2006. p.312 e.v.
- ¹³ Practioners' Guide p. 69.
- ¹⁴ Ontleend aan de Practioner's Guide p. 67.
- ¹⁵ In de Practioner's Guide, p. 74, wordt over het formeren van het eigen team opgemerkt: 'It is important for the owner to make the effort to build their team in advance of the interviews and workshops, specifically:
1. The owner needs to advise proponents of their nominees for the alliance team, including details of their capabilities, what they want to get out of the alliance and what they expect to contribute to it. The owner's team needs to spend time together learning about alliancing and the project and discussing their aspirations and expectations in order to gather this information properly.
 2. The owner's team needs to be functioning effectively as a team already in order to participate in a balanced and consistent way in the selection workshops. The owner needs to identify and develop candidates who can operate effectively within an alliance environment.'
- ¹⁶ Ontleend aan Practioners' Guide p. 69.
- ¹⁷ Ontleend aan de Practioner's Guide p.
- ¹⁸ Ontleend aan de Practioner's Guide p. 70.
- ¹⁹ A.J.G. van Wassenauer karakteriseerde deze figuur wel als een 'Crocodile Dundee' type.
- ²⁰ Practioners' Guide p. 78.
- ²¹ Practioner's Guide, p. 79.
- ²² Lijst is ontleend aan Klijn, 2006 p. 322, die deze ontleende aan Ross, op. cit., p. 3; Main Roads Western Australia 2005, op. cit.
- ²³ Klijn, 2006, p. 322.
- ²⁴ Ross, op. cit., p. 3; Main Roads Western Australia 2005, op. cit.
- ²⁵ Sommige aanbestedende diensten kiezen ervoor geen separate interim-overeenkomst te sluiten, maar direct tot het sluiten van de Project Alliance Agreement over te gaan. Ook het moment van gunning verschilt per project. Soms vindt dit plaats direct na de keuze van de preferred proponent, soms pas bij het ondertekenen van de Project Alliance Agreement. Is het eerste het geval dan is er dus sprake van een soort voorlopige gunning. Deze kan uitmonden in een definitieve gunning indien over alle aspecten tijdens het commerciële traject overeenstemming wordt bereikt.
- ²⁶ Ross, op. cit., p. 11; Main Roads Western Australia, 2005, op. cit.
- ²⁷ Zie de publicatie, Selecting the team, afkomstig van de Construction Industry Council juni 2005.

²⁸ De Bond van Nederlandse Architecten.

²⁹ Art. 30 lid 1 sub b) Algemene Richtlijn; art. 30 lid 1 sub b) BAO; art. 5.2.1 ARW 2005. De andere gevallen betreffen kort gezegd (1) die wanneer in het kader van een openbare of niet-openbare procedure of een concurrentiegerichte dialoog inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn en (2) bij R&D-opdrachten zonder winstoogmerk.

³⁰ Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2004) 327 def., 30 april 2004, p. 10.

³¹ Pijnacker Hordijk, 2004, p. 145, neemt het standpunt in dat de onderhandelingsprocedure en de concurrentiegerichte dialoog elkaar in toepassingsgebied overlappen.

³² Zie ook A.G.J. van Wassenauer, 'Aanbesteden van PPS-projecten onder de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (nr. 2004/18/EG) en onder het ARW 2004', BR 2005, p. 701. Overigens lopen in de literatuur de meningen over de formele toepasbaarheid van de onderhandelingsprocedure nogal uiteen. Zie o.m. Janssen, BR 2000, p. 724; Jansen, BR 2001, p. 68; Moolhuizen & Brackmann, BR 2002, p. 783; Petit, BR 2003, p. 6; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys, op. cit., p. 145.

³³ Art. 29 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 29 lid 3 BAO; art. 4.7.1. ARW 2005.

³⁴ Art. 29 lid 1 Algemene Richtlijn; art. 29 lid 1 BAO; art. 4.2.1 ARW 2005.

³⁵ Art. 1 lid 11 sub c) Algemene Richtlijn; art. 1 lid 11 sub w) BAO; art. 4.2.2 ARW 2005.

³⁶ Nr. 31 Considerans Algemene Richtlijn. Zie ook Explanatory Note, p. 3 e.v.

³⁷ CC/2005/04_rev 1 of 5 october 2005/

³⁸ In het geval van technische complexiteit zal eerder gebruik gemaakt kunnen worden van de onderhandelingsprocedure.

³⁹ Van Wassenauer 2005, op. cit., p. 104.

⁴⁰ De concurrentiegerichte dialoog of: onderhandelingen die zo nodig dialoog moeten heten, BR 2006, p. 433.

⁴¹ Art. 29 lid 6 Algemene Richtlijn

⁴² De procedure wordt inmiddels volop gebruikt, getuige de aanbestedingen van de Tweede Coentunnel, de Kromhout Kazerne, het Belastingkantoor Doetinchem, Zestienhoven en IBG Groningen.

⁴³ Klijn, 2006, p. 327.

⁴⁴ J.G.J. Janssen, 'Aanbesteding van een geïntegreerd project; de inbedding van de UAV-GC 2000 in de (Europese) aanbestedingsregelgeving, BR 2000, p. 725 e.v.

⁴⁵ Ross, op. cit., p. 3; Main Roads Western Australia 2005, op. cit.

-
- ⁴⁶ Het onderstaande is grotendeels ontleend aan M.A.B. Chao-Duivis, Aanbestedingsrechtelijke consequenties van contractuele wijzigingen, in Liber Amicorum Aangenomen Werk, 2003, p. 35 e.v.
- ⁴⁷ Ontleend aan aan Publiek-private samenwerking bij de inrichting en haar exploitatie, A.G. Bregman en R.W.J.J. de Win, Bouwrecht Monografieën, 2005, p. 79 e.v.
- ⁴⁸ Het hierna volgende is ontleend aan de VROM/Europa Decentraal publicatie, redacteuren: Ilze Jozepa (Kenniscentrum Europa decentraal) Angélique van Herwijnen (Ministerie van VROM) HANDREIKING STAATSSTEUN EN STEDELIJKE VERNIEUWING; zie tevens de Handleiding Staatssteun bij PPS bij Gebiedsontwikkeling, afkomstig van het Ministerie van Binnelandse Zaken en Europa decentraal.
- ⁴⁹ A. Gerbrandy en B. Hessel, Wanneer kunnen gemeenten met mededingingsrecht te maken krijgen, De Gemeentestem, 2005, 7221, p. 12.
- ⁵⁰ Gepubliceerd in BR 2006, p. 901 e.v.
- ⁵¹ Zie voor de redenen die ten grondslag gelegen kunnen hebben aan het slechts beperkt in de Alliantie opnemen van activiteiten en risico's, Van den Berg, 2002, p. 849.
- ⁵² Paragraaf 3.1
- ⁵³ Voor de discussie lees, Chao-Duivis en Koning, 1999, p. 233. Er waren twee grote bezwaren tegen deze knip in de aansprakelijkheid van de aannemer voor enerzijds ontwerpwerkzaamheden (beperkt zoals de aansprakelijkheid van architecten en raadgevend ingenieurs beperkt is) en anderzijds uitvoerende werkzaamheden (voor verborgen gebreken onbeperkt): de knip zou aanleiding geven tot bewijsrechtelijke chicanes, omdat het in het belang van de uitvoerende partij was gebreken onder de noemer van ontwerpfouten te brengen; en de knip paste dogmatisch niet bij het idee van een geïntegreerd contract: als de werkzaamheden geïntegreerd zijn, dient ook de aansprakelijkheid geïntegreerd te zijn.
- ⁵⁴ Ook Van den Berg, 2002, p. 849, is kritisch over deze knip.
- ⁵⁵ Aldus is verklaard tijdens een van de opdrachtgevers bij een Alliantie: 'Een belangrijk doel bij de ontwerpuitwerking is het realiseren van besparingen. Daartoe kunnen zowel het aanbestedingsontwerp als het prestatiebestek ter discussie worden gesteld. Behalve aandacht bij de feitelijke ontwerpwerkzaamheden, zal er apart gestuurd moeten worden op het zoeken naar dergelijke mogelijkheden. Dat kan bijvoorbeeld door value engineering, het voortdurend toetsen of een ontwerp wel de maximale waarde levert in relatie tot de kosten die ermee gemoeid zijn'. Vergelijk ook Myers in zijn IBA voordracht, waar hij wijst op de winst die te boeken is bij de zogenaamde 'constructibility reviews' van de ontwerpen; hij ziet de oorsprong van het controleren op uitvoerbaarheid in de praktijk van de general contractor. De hier gemaakte winst dient verdeeld te worden over de leden van het Alliantie team.
- ⁵⁶ Een bestuurlijk beginsel dat door het fenomeen kwaliteitsborging sowieso aan belang inboet.
- ⁵⁷ Zie in deze zin ook Van den Berg, 2002, p. 847.
- ⁵⁸ In deze studie wordt er in het hierna volgende in beginsel uitgegaan van het model dat de Alliantie het gehele project voor zijn rekening neemt. Volgens Chew (2004, p. 327) is dat het meest voorkomende model op dit moment

⁵⁹ Uit 2006 en afkomstig van de Australische staat Victoria (zie www.dtf.gov.au/projectalliancing). Het citaat is afkomstig van p. 50.

⁶⁰ Behalve in het artikel over de taakverdeling, artikel 7, lid 4. Partijen zullen steeds voldoende gekwalificeerd personeel inzetten en sleutelfiguren worden niet vervangen dan na toestemming van het Bestuur. Weigering van de toestemming mag niet plaatsvinden op onredelijke gronden.

⁶¹ Sweet (1997, p. 101).

⁶² Myers (2001, p. 60).

⁶³ Critchlow (1998, p. 107/108).

⁶⁴ Critchlow (1998, p. 35).

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld ook Bennet en Jayes (1995, p. 36 e.v.) waar paragrafen worden gewijd aan project partnering techniques, maar waar alleen gesproken wordt over wat in partnering workshops aan de orde moet komen.

⁶⁶ Barlow (1997, p. 36) melden dat van de vijf gevallen die zij onderzochten en waarbij meer 40 ondernemingen betrokken waren, slechts in twee gevallen sprake was van formele teams met 'outside facilitators' aan wie een cruciale rol werd toebedeeld, zie o.a. p. 38. In een daarvan ging het er dan nog vrij ongecoördineerd aan toe. Het uitwisselen van personeel vormde een andere benadering. Maar overigens werd er vooral gewerkt met gemeenschappelijke workshops. Scott, op. cit., p. 103 e.v., wijdt wel een hoofdstuk (9) aan Building and sustaining alliance relationships, maar zijn beschrijving van de 'alignment mechanisms' gaat niet veel verder dan het geven van wat algemene aanwijzingen.

⁶⁷ Roe en Jenkins (2003, p. 111).

⁶⁸ Op het punt van sancties wordt nader ingegaan in de paragraaf over de aansprakelijkheden.

⁶⁹ Het PPC 2000 contract bepaalt omtrent Open-book informatie in artikel 23 lid 2: 'Each Partnering Team member shall provide to the Client Representative such information on an Open-book basis as may be reasonably necessary to demonstrate progress against its KPIs. The Core Group shall consider and seek to agree the measures necessary to remedy any failure to achieve any of the targets set out in the KPIs.' (KPI: key performance indicators). Met open book accounting wordt bedoeld dat de opdrachtgever volledige toegang heeft tot de informatie en onderliggende stukken inzake de kosten gemaakt door de aannemer, Roe en Jenkins, 2003, p. 70.

⁷⁰ Het laten oplossen van problemen op het niveau waarop ze ontstaan, werkt vaak efficiënter dan het verplicht moeten doorleggen van problemen. Voor de bevrediging die in het werk gevonden wordt, is dit ook bevorderlijk, zo wordt in de literatuur benadrukt.

⁷¹ Art. 29 gaat over geschilbeslechting.

⁷² De financiële kant van de Alliantie komt later aan de orde.

⁷³ Wie daarentegen spreekt met mensen die ervaring met dit contractmodel hebben, hoort wel zeggen dat de Projectorganisatie (in casu van de Betuweroute) opdrachtgever van de Alliantie is. Dat staat echter haaks op de

formulering dat gezamenlijk een ontwerp/werk wordt gerealiseerd. Navraag leert voorts dat er ook geen opdracht is aan de Alliantie.

⁷⁴ Men komt vaak de vergelijking tegen van een Alliantie met een huwelijk. Hoewel die vergelijking wat overspannen aandoet, kan hij hier toch wel inzicht bieden. Wanneer echtgenoten een huis in eigendom hebben en daar werkzaamheden aan verrichten en daarbij schade veroorzaken, is dat werk ook niet verricht in opdracht van een opdrachtgever/wederpartij en ligt de schade ook waar die valt: in het vermogen van de echtgenoten.

⁷⁵ Op deze bepaling kan geen beroep gedaan in geval van fraude, en/of ernstige nalatigheid van de partij die zich op deze beperking beroept.

⁷⁶ Van den Berg, 2002, p. 841.

⁷⁷ Van den Berg, 2002, p. 841.

⁷⁸ Zie Van den Berg, 2002, p. 842.

⁷⁹ Waarbij ook nog komt dat in art. 19 lid 3 partijen het recht hebben de overeenkomst te ontbinden indien een van partijen in gebreke blijft met de nakoming van een of meer verplichtingen uit de overeenkomst. Een bepaling die in de Nederlandse gesloten contracten niet voorkomt.

⁸⁰ En zou zelfs bij een bouwteam niet misplaatst zijn. Het gelijkelijk op de blaren zitten, vergroot immers de saamhorigheid die ook in een bouwteam vruchtbaar kan zijn.

⁸¹ Chew, 2004, p. 337.

⁸² De term Wilful Default is gedefinieerd als volgt: 'in relation to a Project Alliance Participation such wanton or reckless act or omission as amounts to a wilful and utter disregard for the harmful and avoidable consequences of the act or the omission, but does not otherwise include any error of judgement, mistake, act or omission, whether or not, made in good faith by that Project Alliance Participant or by any director, officer, employee, agent or subcontractor of that Project Alliance Participant.' (cursivering ook in origineel)

⁸³ Chew, 2004, p. 338.

⁸⁴ April, 2006, p. 57.

⁸⁵ Zie ook de algemene opmerkingen gemaakt op p. 9 van deze gids: 'Under a traditional form of contract, different parties have specific individual obligations, and risks are generally allocated to the party considered best able to manage them. There are commercial/legal consequences where a party performs poorly or fails to fulfil their obligations properly. Under a project alliance, risks and responsibilities are shared and managed collectively, rather than allocated to individual parties. Performance targets, including the targeted cost of the project (target outturn cost/TOC), are developed and agreed by the participants during the project development phase. Once the performance targets have been agreed, the alliance participants assume collective ownership of the risks and responsibilities associated with delivery of the project, with equitable sharing (in pre-agreed ratios) of the 'pain' or 'gain', depending on how project outcomes compare with pre-agreed targets. Although risks (and opportunities) are collectively 'owned', and are not directly linked to the performance of individual alliance participants, the quantifiable impact of these risks and benefits is still precisely allocated through the pain/gain arrangements.'

- ⁸⁶ Het contract Alliantie N201 wijkt vrijwel niet af van dit contract. Het begrip optimalisaties (waarvan de waarde in het Alliantiefonds komt) is gedefinieerd als volgt: ‘Optimalisaties: Een wijziging welke vooraf als zodanig door het Alliantie Management Team is aangemerkt en goedgekeurd. Wijzigingen worden als optimalisaties aangemerkt indien deze een verwachte positieve bijdragen leveren aan het Alliantiefonds. Bij optimalisaties worden voor de goedkeuring door het Alliantie Management Team altijd alle consequenties waaronder tenminste begrepen de kosten(besparingen), de engineeringkosten en de tijdsconsequenties inzichtelijk gemaakt. Een optimalisatie vallend buiten de Vraagspecificatie behoeft ten allen tijden de voorafgaande goedkeuring van de Provincie.’
- ⁸⁷ Ontleend aan, De Waardse Alliantie: een succes? Een evaluatie van de toepassing van het Alliantiemodel bij de realisatie van een complex infrastructureel werk, van D.T. Korf, Universiteit Nyenrode, 2003, p. 26.
- ⁸⁸ Korf, 2003, par. 6.1.2.
- ⁸⁹ Dit is uiteraard een vaststelling die niet specifiek voor Allianties geldt.
- ⁹⁰ Mohr., op. cit., p. 35; Pitlo-Raaijmakers, op. cit., p. 141, onder verwijzing naar HR 24 januari 1947, NJ 1947, 71: tenzij uitdrukkelijk overeengekomen, geeft een inbrengende vennoot niet zijn recht op de waarde van ingebrachte goederen prijs bij beëindiging en vereffening. De inbrengende vennoot mag niet de bedoeling worden toegedicht een vermogensverschuiving te hebben willen bewerkstellingen.
- ⁹¹ Het omgekeerde is wel het geval: faillieert de vennootschap, dan heeft dat het faillissement van de leden van de vennootschap noodwendig tot gevolge, aldus de HR in zijn uitspraak van 14 april 1927, NJ 1927, p. 725. De vennoten zijn immers hoofdelijk aansprakelijk; wel is het zo dat de faillietverklaring van de vennootschap zich pas zal voordoen indien is gebleken dat niet alleen de vennootschap, maar ook ieder der hoofdelijk aansprakelijk vennoten in de vereiste toestand verkeert van opgehouden te hebben te betalen. Zie Mohr, op. cit., p. 152/153.
- ⁹² De wet spreekt in art. 7A: 1662, lid 1 van de inbreng van geld; men neme dat niet te letterlijk, Mohr, op. cit., p. 37, merkt op dat alle vermogensrechten die voorwerp van contract kunnen zijn voor inbreng in aanmerking komen mits ze maar dienstbaar aan de vennootschap zijn.
- ⁹³ De vergelijking dringt zich op met de regeling van de certificering van aandelen, waarbij een administratiekantoor de aandeelhouders rechten uitoefent, terwijl de economische rechten bij de rechthebbende berusten. Het Alliantiebestuur zou in deze vergelijking gezien kunnen worden als het administratiekantoor, het is immers belast met het beheren in de zin van administreren en bewaken van het fonds, maar de economische rechten blijven berusten bij de opdrachtgever/gerechtigde.
- ⁹⁴ Te kennen uit de Project Alliances Practitioners’ guide, april 2006, een uitgave van het Department of Treasury and Finance van de Australische staat Victoria.
- ⁹⁵ Voor Nederland beschreven door M.B. Klijn, Aanbesteden van Alliantiecontracten, BR 2006, p. 319 e.v.
- ⁹⁶ De zogenaamde target outturn costs (TOC) vergoed. Deze worden voorafgaand aan de overeenkomst in de workshop voorafgaand aan de gunning bepaald. Zie voor een uitgebreide beschrijving hiervan de Practitioner’s Guide. Het voert te ver in deze studie daar uitgebreid op in te gaan.
- ⁹⁷ Van den Berg, 2002, p. 843.

⁹⁸ Herhaald op p. 855.

⁹⁹ Deze luidt als volgt, art. 7: 764 BW: 1. De opdrachtgever is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen. 2. In geval van zulke opzegging zal hij de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien, tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooide werk. Indien de prijs afhankelijk was gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten, wordt de door de opdrachtgever verschuldigde prijs berekend op grondslag van de gemaakte kosten, de verrichte arbeid en de winst die de aannemer over het gehele werk zou hebben gemaakt.

¹⁰⁰ Chew, 2004, p. 346.

¹⁰¹ Practioners' Guide, p. 62, op dit punt verwijzend naar Chew.

¹⁰² Veel aandacht aan dit onderwerp wordt besteed door Jones, Savage en Westgate, p. 191 e.v..

¹⁰³ Toch komt het veelvuldig voor, aldus Scott op. cit., p. 73, dat Alliantiecontracten niet voorzien in een formele gedetailleerde regeling van geschillen; dit schijnt met name bij ervaren Alliantie-gebruikers voor te komen.

¹⁰⁴ Ibid., p. 127.

¹⁰⁵ Van den Berg, 2002, p. 844.

¹⁰⁶ Van den Berg, 2002, p. 851. Zie voorts uitgebreid over dit onderwerp, het artikel van Kamminga en Van den Berg in de ICLR van 2006.

¹⁰⁷ Zie kamerstukken 28.746, het wetsvoorstel ligt thans bij de Eerste Kamer. Voor de aan de orde zijnde rechtsvormen, maatschap en vennootschap onder firma, heeft het wetsvoorstel grote consequenties. Het voert echter te ver daar thans uitgebreid op in te gaan.

¹⁰⁸ Zie over dit onderwerp ook Van den Berg, 2002, op verschillende punten in zijn artikel, p. 838-839, p. 844-846 en p. 852-853.

¹⁰⁹ M.J.G.C. Raaijmakers (Pitlo/Raaijmakers), *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint, 2000 (hierna: Pitlo-Raaijmakers, op. cit.), p. 34.

¹¹⁰ Het wetsvoorstel, zie Kamerstukken 28.746, betreffende titel 7.13 ONBW van 1972 brengt maatschap, VOF en CV in een regeling met het algemene begrip 'vennootschap', maar voor deze titel is nog steeds geen regeringsontwerp bij de Staten Generaal ingediend.

¹¹¹ Van den Berg, diss., gaat in op de vraag of een bouwcombinatie voldoet aan de vereisten, inbreng en oogmerk om gemeenschappelijk economisch voordeel te halen, gesteld door wet. Het feit dat de inbreng bij bouwcombinaties vaak tegen vergoeding van kosten gebeurt, doet niet af aan het toch voldoen aan het genoemde vereiste, zo stelt hij in navolging van Cavadino, indien de deelnemende partij meedeelt in het overschot of tekort dat na voldoening van de vergoedingen overblijft.

¹¹² Aangenomen wordt dat om die reden in de eerder weergegeven voorwaarde bepaald is dat de gehoudenheden van partijen bij de Alliantie verschillende zijn en niet als een gezien mogen worden. In dat laatste geval is er immers op grond van artikel 6:6 lid 2 BW hoofdelijkheid gegeven. Met Van den Berg, diss. p. 193/195, wordt gemeend

dat dat niet mogelijk is indien er geen twijfel bestaat over de vraag of de prestatie ondeelbaar is. De verbintenis tot uitvoering van een werk, hoewel in fysieke zin in onderdelen ontleedbaar, is haar naar strekking ondeelbaar.

¹¹³ Zie hierover Van den Berg, diss., p. 190 e.v.

¹¹⁴ Pitlo-Raaijmakers, op. cit., p. 42; zie ook Mohr op. cit., p. 148.

¹¹⁵ De vraag of de stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft waarop maatschapschuldenaren zich kunnen verhalen, is omstrede, zie Mohr op. cit., p. 92 e.v.; voor de openbare maatschap ligt de kwestie minder gecompliceerd, nu de Gemeenschapstitel van Boek 3 BW daarop betrekking heeft en duidelijk is dat die maatschap een afgescheiden vermogen heeft. Voor het onderhavige onderwerp is dit verder niet van belang.

¹¹⁶ Van den Berg, 2002, p. 845.

¹¹⁷ Critchlow, op. cit., p. 7.

¹¹⁸ In het Engelse recht bestaat geen algemene verplichting zich te gedragen volgens >good faith=; partijen dienen zich slechts te onthouden van frauduleus gedrag. Met betrekking tot partneringovereenkomsten wordt overigens wel onderkend dat in die relatie partijen tot meer samenwerking gehouden kunnen worden dan in traditionele verhoudingen het geval is, zie o.a. Bennett & Jayes, op. cit. 1998, p. 70, die spreken van een 'fiduciary duty'; Colledge, op. cit., p. 186, waar hij erop wijst dat in de Verenigde Staten partnering van zelf met zich brengt dat gehandeld moet worden volgens wat wij noemen redelijkheid en billijkheid ('good faith'). Zie voor de Verenigde Staten ook Godfrey jr., op. cit., p. 91, waar een 'Covenant of good faith and fair dealing' is opgenomen.

¹¹⁹ Ibid., p. 8.

¹²⁰ Ibid., p. 97, noot 131.

¹²¹ KPI= Key Performance Indicators.

¹²² Practioners' Guide, p. 60.

¹²³ Dit zijn de kosten die voorafgaand aan de overeenkomst worden bepaald door beide partijen en die de kosten van de aannemer dekken, maar exclusief de overheadkosten die hij maakt los van dit project en exclusief de winst. Zie hierboven de opmerkingen gemaakt bij het Alliantiefonds.

¹²⁴ Zie uitgebreid over dit onderwerp ook, J. Broome, *Procurement Routes*, Thomas Telford, London, 2002, p. 229.

¹²⁵ Het idee van 'early warning signs' komt terug in verschillende andere partnering standaarden, zie daarover Jones, Savage en Westgate, 2003, p. 241 e.v.

¹²⁶ Ontleend aan Chwe, 2004, p. 340.

¹²⁷ Practioners' Guide, p. 56.