

# Het ABC van projectontwikkeling

## Over het belang van Aanbestedingsrecht, Bestuursrecht en Contracten bij vastgoedprojecten

mr. ir. Tom Peeters (AT Osborne)

**Het valt niet ontkennen: het recht heeft een steeds grotere invloed op de realisatiemogelijkheden en doorlooptijden van bouw- en infrastructuurprojecten. De verdieping van de Westerschelde is in 2010 een half jaar geschorst als gevolg van beroepsprocedures tegen verleende natuurbeschermingsvergunningen. De voorgenomen bouw van de energiecentrale van Nuon te Eemshaven is in 2009 circa een jaar vertraagd als gevolg van beroepsprocedures tegen de verleende milieuvergunning en in 2007 is het Tracébesluit A4 Burgerveen-Leiden vernietigd vanwege perikelen met betrekking tot luchtkwaliteit (2007). Dit zijn slechts enkele spraakmakende voorbeelden in een lange lijst.**

Naast een gedegen ontwerp en een strakke projectplanning is daarom ook juridisch management van projecten van steeds groter belang. Door middel van een proactieve aanpak die begint met de analyse van mogelijke juridische knelpunten bij de start van het project kunnen problemen in het vervolgtraject worden voorkomen. Door het kiezen van de juiste juridische strategie en het toetsen van de uitvoering daarvan, wordt de kans op langdurige juridische procedures (met de daarmee gepaard gaande vertraging en hoge kosten) verkleind.

In dit artikel reiken wij een eenvoudig en hanteerbaar kader aan dat kan worden gebruikt voor een analyse van mogelijke juridische knelpunten volgens het zogenaamde "ABC-model". Dit model is gebaseerd op onze ervaringen die zijn opgedaan bij complexe en wat minder complexe vastgoedprojecten in de breedste zin van het woord (projectontwikkeling, infrastructuur, gebiedsontwikkeling etc.).

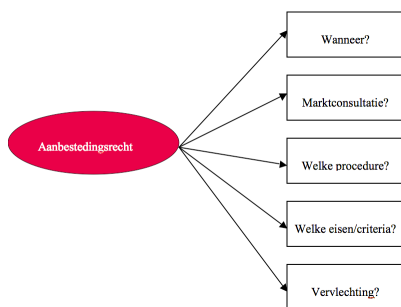
### Het ABC-model

Bij ieder vastgoedproject spelen de volgende drie rechtsgebieden een rol: het Aanbestedingsrecht, het Bestuursrecht en het Contractenrecht.

### ABC-model: Aanbestedingsrecht

Hoewel het aanbestedingsrecht (figuur 1) misschien niet het meest tot de verbeelding sprekende rechtsgebied is, moet het belang hiervan niet worden onderschat. Zeker gezien de tendens van de Europese Commissie om een steeds breder toepassingsbereik te geven aan het aanbestedingsrecht (althans de daaraan ten grondslag liggende beginselen van transparantie, gelijkheid en objectiviteit), speelt dit rechtsgebied meer en meer een rol, zeker bij projecten waarbij een overheidspartij is betrokken.

Wanneer moeten opdrachten in het kader van het project worden aanbesteed? Is een marktconsultatie gewenst of zelfs noodzakelijk om de inbreng van de kennis en kunde van marktpartijen te garanderen? Welke aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd in relatie tot de karakteristieken



Figuur 1. Aanbestedingsrecht

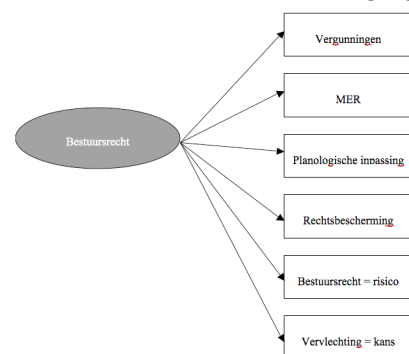
van het project? Welke eisen en (gunnings)criteria moeten worden gebruikt om de meest geschikte partij en aanbieding te selecteren? Wat zijn de mogelijkheden voor vervlechting van de aanbestedingsprocedure met het bestuursrechtelijke traject?

### ABC-model: Bestuursrecht

Het bestuursrecht (figuur 2) is een verzamelnaam voor alle publiekrechtelijke procedures die in Nederland bestaan. Het bestuursrecht omvat aan de ene kant alle vergunningen die nodig zijn voor de uitvoering van een project, maar omvat ook de ruimtelijke en beleidsmatige randvoorwaarden die daaraan kunnen worden gesteld (via bestemmingsplannen, structuurvisies, etc.).

Welke vergunningen zijn benodigd? Moet een milieueffectrapportage (MER) worden opgesteld om de verschillende alternatieven in kaart te brengen? Past het project binnen de bestaande planologische kaders (bestemmingsplan) of is een nieuw bestemmingsplan of projectbesluit vereist? Wat zijn de mogelijkheden voor rechtsbescherming tijdens de verschillende (vergunning)procedures en welke gevolgen heeft dit voor de planning en de risico's (uitvoerbaarheid) van het project?

Van oudsher bestaat de neiging

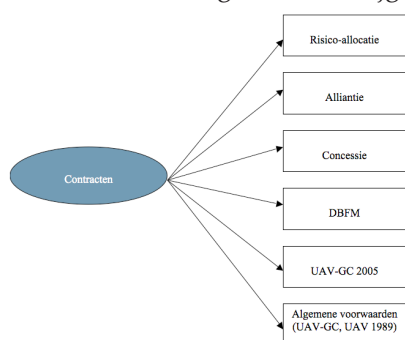


Figuur 2. Bestuursrecht

de bestuursrechtelijke procedures als een risico te zien voor de uitvoering van het project. Dit is ingegeven door het feit dat het aantal wetten en bijbehorende vergunningen in Nederland erg uitgebreid is, hetgeen bij initiatiefnemers vaak leidt tot een onoverzichtelijk en ongecoördineerd geheel. Hoewel in de laatste jaren is getracht dit tij te keren door de (voorgenomen) invoering van nieuwe wetten ter vervanging van bestaande verschillende procedures en procedurele en inhoudelijke coördinatie, staan initiatiefnemers vaak nog steeds te kijken van het aantal vergunningen dat nodig is. Temeer omdat de rechtsbeschermingsmogelijkheden voor derde belanghebbenden erg uitgebreid zijn, wordt de toepassing van het bestuursrecht vaak als een groot projectrisico gezien. Wij pleiten er dan ook voor om in een zo vroeg mogelijk stadium de bestuursrechtelijke procedures zoveel mogelijk te vervlechten en in lijn te brengen met aanbestedingsrechtelijke en contractuele vereisten.

### ABC-model: Contractenrecht

Het contractenrecht (figuur 3) is een verzamelnaam voor de vastlegging van privaatrechtelijke afspraken, het te kiezen samenwerkingsverband en de wijze van uitvoering van het project met de daarbij behorende voorwaarden. Bij welke partij worden welke risico's ondergebracht of welke risico's worden gedeeld? Krijgt



Figuur 3. Contractenrecht

de samenwerking de vorm van een alliantie of is sprake van een opdrachtgever-opdrachtnemer verhouding? Is het voorwerp van de opdracht de verlening van een concessie, DBFM-contract (Design, Build, Finance and Maintain) of een maatwerk geïntegreerd contract (UAV-GC 2005)? Welke algemene voorwaarden zijn van toepassing?

### ABC-model: Interactie

Deze rechtsgebieden staan in verband met elkaar. Iedere beslissing of strategiekeuze op een van de rechtsgebieden heeft een invloed op de andere twee. De drie te onderscheiden gebieden vereisen daarom een geïntegreerde benadering. Een keuze voor een DB-contract (Design and Build) bijvoorbeeld heeft als gevolg dat de aanbesteding functioneel moet worden ingericht zodat de inschrijvende partijen de ruimte wordt gelaten voor het voorstellen van creatieve oplossingen binnen de gestelde functionele specificaties. Voor het bestuursrecht (de te verkrijgen vergunningen) heeft dat tot gevolg dat pas na de aanbesteding duidelijk wordt welke vergunningen zijn vereist. Het ontwerp ligt immers niet vast en de invloed op de omgeving kan per ontwerp verschillen. Het kan ook voorkomen dat de besluitvorming over het project een (bestuursrechtelijke) milieueffectrapportageprocedure vereist (MER-procedure) om de verschillende alternatieven en hun invloed op de omgeving in kaart te brengen. Indien daarbij een keuze wordt gemaakt voor het meest milieu vriendelijke alternatief, dan liggen de randvoorwaarden voor het ontwerp veelal meer vast, hetgeen de keuze voor een meer traditionele uitvraag in de vorm van een uitgewerkt bestek rechtvaardigt. Het contract kan dan de vorm aannemen van bijvoorbeeld

een UAV 1989-contract waarin het ontwerp vastligt.

### Toepassing van het ABC-model

Het ABC-model leent zich voor toepassing in verschillende fasen van een project (figuur 4).

### Toepassing: Ontwerpen

In de ontwerpfase kan het worden gebruikt als quickscan om snel en beknopt de verschillende juridische aspecten in risico's inzichtelijk te maken. Hierdoor draagt het bij aan de formulering van de randvoorwaarden en de identificatie van projectrisico's en belanghebbenden.

Per rechtsgebied ontstaat dan een lijstje met aandachtspunten en randvoorwaarden waarop tijdens het verdere verloop van het project kan worden gestuurd.

Zo kan op basis van de locatie van het project worden vastgesteld of de locatie zich in of nabij beschermde natuurgebieden (Natura-2000 gebieden) bevindt. Op basis van de kenmerken van deze natuurgebieden (staat van instandhouding en instandhoudingdoelstellingen) en de mogelijke effecten van het project op deze kenmerken, ontstaat een beeld van de mogelijkheden en onmogelijkheden of de wellicht te nemen maatregelen om effecten te voorkomen dan wel te beperken. Daarnaast kan worden nagegaan welke bestemming de gronden op de locatie hebben en indien een bestemmingswijziging, onthefing of projectbesluit noodzakelijk is, dan kan daarop worden voortgelopen door overleg met de desbetreffende Gemeente en het inventariseren van de door de Gemeente te stellen randvoorwaarden.

Indien de gronden niet in eigendom zijn van een initiatiefnemer, dan zal aankoop noodzakelijk zijn. Soms is er ook sprake van beperkte rechten (recht van over-

pad, kwalitatieve verplichtingen etc.) die als randvoorwaarde in acht moeten worden genomen of waarover met de rechthebbenden onderhandeld moet worden.

Voor wat betreft het aanbestedingsrecht kan worden nagegaan welke partijen bij het project betrokken zijn. Indien dit (ook) overheidsinstanties zijn (aanbesteden- de diensten) en vermoed wordt dat de waarde van de te verlenen opdrachten de toepasselijke drempelwaardes overschrijdt, dan kan een aanbestedingsplicht in het verschiet liggen. Dit heeft gevol-



gen voor de toezeggingen die aan verschillende partijen kunnen worden gedaan.

### Toepassing: Uitvoeren

Nadat de keuze is gemaakt voor de wijze van uitvoering kan het ABC-model worden gebruikt om de juridische strategie te bepalen en vast te leggen. Deze strategie geeft handvaten voor het bepalen van de onderdelen en momenten waarop een juridische bijdrage nodig is en op welke manier belanghebbenden en betrokkenen bij het project worden benaderd.

Het belang van een doordachte juridische strategie kan ik niet

voldoende benadrukken. Maar al te vaak heb ik meegemaakt dat in een vergevorderd stadium van een project een verleende vergunning werd geschorst of dat in grote druk onderhandelingen moesten worden gevoerd met een partij, van wie het belang onvoldoende was onderkend. Vertraging en hoge kosten zijn daarvan vaak het gevolg, terwijl een geringe inspanning in het voortraject vaak veel ellende voorkomt.

Erg actueel in dit kader zijn de activiteiten van lokale en nationale milieuorganisaties. Zonder

iets af te willen doen aan het belang van dergelijke organisaties, wordt niet zelden een principiële insteek gekozen bij de uitvoering van projecten. Men is voor of tegen, en als men tegen is, dan worden alle middelen ingezet om dat doel te bereiken, waarbij procedurele missers of onvolledige deskundigenrapporten een dankbaar middel zijn om menig project te torpederen. Dat betekent dat bij ecologische gevoeligheden (de "B" van het ABC-model), een consequente en weldoordachte lijn moet worden gekozen en gehandhaafd om de gemaakte keuzes te motiveren en op een goede manier

vast te leggen. Dus als er geen effecten zijn op de instandhoudingsdoelstellingen van bijvoorbeeld de slobeend of de brilduiker, dan dient dat te worden onderzocht en te worden vastgelegd in een deskundigenrapport. Het helpt dan ook het rapport nog even te laten controleren door een jurist om zeker te stellen dat de daarin verwoorde conclusies ook tijdens een gerechtelijke procedure de toets der kritiek kunnen doorstaan.

### Toepassing: Controleren

Op gezette tijden dient de actualiteit en de voortgang van het strategisch plan te worden getoetst. Soms zijn vanuit technisch perspectief aanpassingen in het ontwerp noodzakelijk die een aanzienlijke impact kunnen hebben op de toepassing van het aanbestedingsrecht (drempelwaarde nu toch overschreden), het bestuursrecht (als gevolg van de ontdekking van de steenmarter is nu een ontheffing op grond van de Flora- en Faunawet noodzakelijk) of het contractenrecht (de gecontracteerde aannemer slaagt er niet in zijn afspraken na te komen waardoor actie is vereist).

### Toepassing: Bijsturen

Afgezien van de aanvraag van een nieuwe vergunning of ontheffing kan het noodzakelijk zijn om ook bij te sturen in de contractuele of de aanbestedingsrechtelijke sfeer. Ook hierbij geldt weer dat iedere aanpassing of wijziging in een aspect van het ABC-model hoogstwaarschijnlijk weer gevolgen heeft voor een of beide andere aspecten.

### Conclusie

Juridisch projectmanagement voorkomt vertragingen en onvoorziene kosten. Het ABC-model is een handig hulpmiddel om juridische risico's in kaart te brengen en te beheersen.