

RIS.5900

VERTROUWELIJK

Aan het College van Burgemeester en Wethouders
van de Gemeente Emmen
Raadhuisplein 1
7811 AP EMMEN
NEDERLAND

Utrecht, 20 december 2012

Betreft: Aanvullende toets Design & Build overeenkomst d.d. 18 december 2012

Geacht College,

Inleiding

In vervolg op de door UNO bedrijfsadviseurs B.V. (hierna: 'UNO') - in samenwerking met Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP (hierna: 'Holland Van Gijzen'), ABC Management Groep B.V. en ZKA Leisure consultants en planners - uitgevoerde toetsing van (kort gezegd) het ontwerp DPE Next en de contractvorming DPE Next met Kondor Wessels Projecten B.V. (onderdeel van Volker Wessels, hierna: 'KWP') heeft u ons als Holland Van Gijzen gevraagd de 'Design & Build overeenkomst DPE Next' van 18 december 2012 (hierna: **DB-overeenkomst**) te toetsen in het licht van de aanbevelingen en adviezen zoals gedaan in de UNO rapportage van 9 december 2012. U heeft ons gevraagd te toetsen of de aanbevelingen en/of adviezen zijn verwerkt in de DB-overeenkomst. Op 18 december 2012 heeft de advocate van DPE, mevrouw Liselot Hamminga van Trip Advocaten & Notarissen, een toelichting gegeven op de DB-overeenkomst. Hierna zal per aanbeveling respectievelijk advies worden aangegeven of dat is verwerkt in de DB-overeenkomst.

In de DB-overeenkomst worden verwijzingen gemaakt naar bijlagen, bijvoorbeeld (maar niet limitatief) naar de Vervolgaanbieding van KWP. De inhoud van deze bijlagen hebben wij als Holland Van Gijzen niet beoordeeld. De bevindingen zien enkel op de tekst van de DB-overeenkomst.

NB. Indien bepaalde aanbevelingen en/of adviezen niet of slechts gedeeltelijk zijn verwerkt, kunnen daar goede redenen aan ten grondslag liggen. Of dat een juiste keuze is toetsen wij niet. Wij hebben alleen de DB-overeenkomst en de daarin verwerkte aanpassingen beoordeeld. Wij hebben een korte toelichting gehad zoals hiervoor aangegeven, maar zijn niet bekend met alle overwegingen van DPE en KWP die tot de DB-overeenkomst van 18 december 2012 (en daarin doorgevoerde aanpassingen) hebben geleid.



Beoordeling DB-overeenkomst (versie 18 december 2012)

I. *UNO rapport: Nadere uitwerking hoe te handelen bij eventuele patstelling over de prijs-kwaliteitsverhouding van de ontwerpen en het Integraal Faseontwerp DO.*

Bevinding: De DB-overeenkomst bepaalt (zie art. 0.7) dat bij een eventueel geschil over de ontwerpen en het Integraal Faseontwerp DO er een bemiddelende rol voor de raad van commissarissen van DPE met (een lid van) de raad van bestuur van KWP is weggelegd. In aanvulling hierop is thans opgenomen dat indien dit overleg niet binnen 4 weken leidt tot overeenstemming dat partijen middels door hen aan te wijzen deskundigen een oordeel verkrijgen over de vraag of het desbetreffende ontwerp voldoet aan het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau. De tekst van de DB-overeenkomst geeft aan dat een door KWP aan te wijzen deskundige het ontwerp toetst aan het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau, en indien een door DPE aan te wijzen deskundige bij wijze van marginale toetsing vaststelt dat de door KWP aangewezen deskundige in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat het ontwerp voldoet aan het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau is sprake van een geschil, dat beslecht wordt op grond van artikel art. 19 DB-overeenkomst jo. art. 21.3 ROK aan de Raad van Arbitrage. Kosten van deze deskundigen komen ten laste van het Budget.

De advocate van DPE heeft toegelicht dat de gedachte hierachter is dat KWP bij een eventuele patstelling door middel van een door haar aan te wijzen onafhankelijke deskundige dient te bewijzen dat het desbetreffende ontwerp(en) voldoet aan het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau. In reactie daarop heeft DPE dan het recht het tegendeel te bewijzen. Ons is toegelicht dat het als volgt werkt:

- Als de door KWP aangewezen deskundige oordeelt dat het desbetreffende ontwerp niet voldoet aan het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau volgt hieruit (aldus impliciet) dat KWP de verplichting heeft de ontwerpen aan te passen teneinde het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau te bereiken.
- Als beide deskundigen het er over eens zijn dat het ontwerp voldoet aan het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau, staat dat daarmee vast volgens DPE.
- Als de door KWP aangewezen deskundige van mening is dat het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau wel is behaald en de door DPE ingeschakeld deskundige die mening niet deelt, is er een geschil waarop de gewone geschillenregeling van toepassing is en het geschil dus voorgelegd kan worden aan de Raad van Arbitrage.

In de toelichting gaf DPE aan dat het gaat om *onafhankelijke* deskundigen, welk oordeel dus *bindend* kan zijn. Dit komt met zoveel woorden niet terug in de tekst.

Met deze aanpassing is, voor het geval zich een patstelling mocht voordoen over de prijs-kwaliteitsverhouding van de ontwerpen en het Integraal Faseontwerp DO, een extra mogelijkheid opgenomen om deze patstelling te doorbreken middels door KWP of DPE aan te wijzen deskundigen. Door deze aanvulling in de DB-overeenkomst is er een, van de standaard overeengekomen geschillenregeling, afwijkende regeling opgenomen voor deze specifieke situatie die het mogelijk maakt om binnen een kort tijdsbestek tot een definitief oordeel te komen.

Deelconclusie: Deze aanbeveling is verwerkt.

II. UNO rapport: Verwerken van de toezegging van KWP om extra expertise aan te trekken voor het uit-engineeren, selecteren van leveranciers en het bouwen van attracties.

Bevinding: In art. 0.5 (v) van de DB-overeenkomst, welk artikel gaat over de verdere uitwerking van de Vraagspecificatie 2.0 en de Vervolgaanbieding tot een DO voor de verschillende Bouwclusters/Deelgebieden en een Integraal Faseontwerp DO, is als uitgangspunt opgenomen dat de "Opdrachtnemer [...] op verzoek van Opdrachtgever waar nodig extra expertise [zal] inbrengen in de projectorganisatie c.q. het ontwerpteam voor het uit-engineeren, selecteren van leveranciers en het bouwen van attracties. De kosten van deze extra expertise zullen ten laste van het Budget worden gebracht;". In het kader van het "uitwerken van het Integraal Faseontwerp DO in DO's per Deelgebied / Bouwcluster en in een (of meerdere) uitvoerings-ontwerp(en)" is opgenomen dat KWP "waar nodig" voor het uit-engineeren, selecteren van leveranciers en het bouwen van attracties extra expertise in de projectorganisatie / ontwerpteam inbrengt (zie art.5.1 sub a DB-overeenkomst). De toezegging van KWP is gelet op voorgaande verwerkt in de DB-overeenkomst.

Deelconclusie: Deze aanbeveling is verwerkt.

III. UNO rapport: DPE dient uit te sluiten dat er budgetverhogende risico's worden genomen.

Bevinding:

- A. Geen recht op kostenvergoeding en/of termijnverlenging in het kader van 'vrijkomende materialen'. Termijnverlenging komt niet meer voor in de DB-overeenkomst. Het recht op kostenvergoeding is nu begrensd doordat KWP daar enkel recht op heeft als dat haalbaar is binnen het budget. Daarmee is het budgetverhogend risico afgedicht.
- B. Geen 'verrekening van wijzigingen van lonen, sociale lasten, prijzen, huren en vrachten', behoudens de overeengekomen prijsstijgingen als benoemd in art. 6.1 onder b ROK. Dit is verwerkt.
- C. DPE dient geen risico's te nemen met stelposten. Hiervoor verwijzen wij naar aanbeveling / advies VI.

Deelconclusie: Aanbevelingen A en B zijn verwerkt. Voor de aanbeveling als genoemd onder C wordt verwezen naar aanbeveling VI.

IV. UNO rapport: Maintenance-component nader uitwerken gelet op kwantiteits- en kwaliteitsrisico's van uiteindelijke onderhoud.

Bevinding: Het gebudgetteerde bedrag uit Exploitatiekostenberekening - dus de kosten van het onderhoud - is verankerd. In de DB-overeenkomst (zie art. 2.2) is de aanvulling opgenomen dat de te sluiten onderhoudsovereenkomsten worden aangegaan "onder de voorwaarden zoals neergelegd in de Raamovereenkomst en de Definitieve Vervolgaanbieding en passend bij het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau". Daarnaast is opgenomen dat "de aard en de omvang van de verrichten werkzaamheden [...] tussen partijen nader [zal] worden overeengekomen."

Een concrete uitwerking van de afspraken (o.a. Service Level Agreements) is niet opgenomen in de DB-overeenkomst. Op grond van de ROK (art. 2.3) heeft KWP zich verplicht "het Project [...] te onderhouden binnen de kaders van de Exploitatiekostenberekening, een en ander met inachtneming van het in de ROK - met name met betrekking tot "design-to-budget" - bepaalde. "Design-to-budget" houdt in dat het ontwerp voor het Project en het onderhoud daarvan - met inachtneming van de ambitie, het kwaliteitsniveau en de uitstraling van DPE Next als topattractie, zoals vastgelegd in de Vraagspecificatie 1.0 - in overleg tussen Partijen als zodanig dient te worden vormgegeven dat dit [...] binnen de kaders van de Exploitatiekostenberekening kan worden onderhouden [...]."

In de DB-overeenkomst is aanvullend opgenomen dat partijen een of meerdere onderhoudsovereenkomsten afsluiten die passend zijn bij het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau. Omdat de wijze waarop en mate waarin het onderhoud wordt

uitgevoerd nog niet nader in detail is uitgewerkt, blijft er altijd een zekere mate van risico bestaan.

De onderhoudsverplichting wordt wel ingekleurd door het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau. Het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau zoals dat is verankerd in de ROK is door partijen verder uitgewerkt in de Vraagspecificatie 2.0 en Business Case. Dit kwaliteits- en ambitieniveau is naar het oordeel van DPE voldoende vastgelegd in de Vervolgaanbieding blijkens de DB-overeenkomst (zie art. 0.1 c).

Zoals hiervoor aangeven is de onderhoudsverplichting niet nader in detail uitgewerkt, maar zijn de uitgangspunten (het kwaliteits- en ambitieniveau en design-to-budget principe) en dus de kaders gelijk gebleven. Partijen zijn in aanvulling op de ROK wel overeengekomen dat ze de aard en omvang van de te verrichten onderhoudswerkzaamheden nader zullen overeenkomen.

Deelconclusie: Deze aanbeveling is niet zo concreet verwerkt als aanbevolen, maar er is wel afgesproken de onderhoudsverplichting op een later moment nader wordt overeengekomen. Ten opzichte van de ROK gelden nog altijd dezelfde kaders, zodat het risico niet is gewijzigd. Gelet op de fase waarin partijen zich nu bevinden is dit afdoende afgedicht.

- V. **UNO rapport:** *DPE is van mening dat het haar vrij staat om met een derde (in plaats van KWP) een onderhoudsovereenkomst aan te gaan, welk standpunt UNO niet kan onderschrijven. Aanbeveling was dit standpunt concreet vast te leggen in de DB-overeenkomst (indien DPE zich dit recht wenst voor te behouden).*

Bevinding: In de op 18 december jl. verkregen toelichting heeft de advocate van DPE bevestigd dat DPE onterecht in de veronderstelling verkeerde dat het haar vrijstond om met een derde een onderhoudsovereenkomst aan te gaan, en dat dat niet de bedoeling en wens van partijen is. Deze ruimte (die was gecreëerd in een eerdere versie van de DB-overeenkomst met de woorden "al dan niet") is weggenomen in de DB-overeenkomst. De tekst van art. 2.2 luidt nu dat "*Partijen een of meerdere afzonderlijke onderhoudsovereenkomsten zullen sluiten ten behoeve van het onderhoud van het Project, onder de voorwaarden zoals neergelegd in de Raamovereenkomst en de Definitieve Vervolgaanbieding en passend bij het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau.*" Met deze tekst komen DPE en KWP overeen dat zij, in lijn met ROK, met elkaar een of meerdere afzonderlijke onderhoudsovereenkomsten aangaan.

Deelconclusie: De tekst van de DB-overeenkomst komt nu weer overeen met de tekst van de ROK. Daarmee kan de aanbeveling vervallen.

- VI. **UNO rapport:** In de DB-overeenkomst afdichten dat stelposten, taakstellingen en bezuinigingsvoorstellen, zoals genoemd in alle aanbestedingsstukken van KWP, volledig voor rekening en risico van KWP komen.

Bevinding: In de DB-overeenkomst is aangaande stelposten opgenomen dat "*Met betrekking tot het bepaalde in § 34 lid 1 UAV-GC 2005 komen Partijen overeen dat er geen stelposten zijn, behoudens voor zover Partijen nadrukkelijk anders zijn overeengekomen in de Definitieve Vervolgaanbieding. Opdrachtnemer is verplicht om binnen deze stelposten een passende aanbieding te doen.*". In de DB-overeenkomst is in art. 5.3 overeengekomen dat partijen teneinde het Project binnen het Budget en verdere besparingen te realiseren, gebruik maken van ontwerptimalisaties, secundaire bouwstoffen en het Protocol Borging Marktconformiteit. Taakstellingen zijn niet concreet uitgewerkt voor partijen.

Blijkens de toelichting, van de advocate van DPE, is KWP niet bereid meer te investeren dan het bedrag van €109,6 miljoen voor het ontwerp en realisatie van het Project en is KWP daarom in deze fase van het proces niet bereid risico's met betrekking tot de stelposten, taakstellingen en bezuinigingsvoorstellen voor haar rekening te nemen. DPE heeft toegelicht dat KWP dit risico op dit moment niet wenst te accepteren omdat het plan nog niet is uitge-engineerd. De situatie die partijen voor ogen hadden bij het aangaan van de ROK, dus dat het voorontwerp gereed zou zijn en

KWP met calculaties kan vaststellen wat het Project gaat kosten, is nog niet bereikt. Omdat partijen nu wel onvoorwaardelijk contracteren, maar KWP nog niet definitief kan calculeren wat het Project gaat kosten, is zij niet bereid momenteel het risico voor haar rekening te nemen voor de stelposten, taakstellingen en bezuinigingsvoorstellen. Uitgangspunt van de BD-overeenkomst is daarom dat partijen de ontwerpen nader uitwerken tot een Integraal Faseontwerp DO dat voldoet aan enerzijds het overeengekomen het Budget en anderzijds het kwaliteits- en ambitieniveau. Vanaf het moment dat het Integraal Faseontwerp DO is vastgesteld door de stuurgroep en goedgekeurd door DPE (zie art. 0.8 DB-overeenkomst) zijn de Vraagspecificatie en de Vervolgaanbieding (en dus het plan) definitief en is duidelijk of het project realiseerbaar is voor het Budget, vanaf welke moment KWP het risico draagt voor haar aanbieding.

De aanbeveling om in de DB-overeenkomst op te nemen dat alle stelposten, taakstellingen en bezuinigingsvoorstellen volledig voor rekening en risico van KWP komen is niet doorgevoerd. KWP wenst de verantwoordelijk hiervoor nu niet te nemen. Gelet daarop zal de toets of de risico's uit de stelposten, taakstellingen en bezuinigingsvoorstellen voldoende zijn afgedicht in de Definitieve Vraagspecificatie en Definitieve Vervolgaanbieding bij het vaststellen van de Integraal Faseontwerp DO alsnog moeten geschieden teneinde vast te stellen dat het kwaliteits- en ambitieniveau en dus de attractiewaarde is behouden.

Deelconclusie: Deze aanbeveling is niet verwerkt, omdat KWP in deze fase dat risico niet wenst te nemen. Deze toets dient nogmaals uitgevoerd te worden bij het vaststellen Integraal Faseontwerp DO.

VII. **UNO rapport:** KWP dient de bezuinigingsonderdelen die KWP per onderdeel verwacht te kunnen realiseren samen met de planaanpassingen te kwantificeren waarna die als taakstelling voor de uitwerking van het plan aan de verschillende ontwerppartijen moeten worden opgelegd.

Bevinding: Deze aanbeveling behoeft niet perse in de DB-overeenkomst te worden verwerkt, maar uitwerking op korte termijn verdient wel aanbeveling. Voor DPE is het van belang duidelijkheid te hebben over en inzicht te hebben in de bezuinigingen welke KWP stelt te kunnen realiseren, teneinde te kunnen beoordelen of ze ook realistisch zijn. Zonder inzicht in de bezuinigingen kan daarin het risico schuilen dat de bezuinigingen niet realistisch en dus niet haalbaar zijn. DPE heeft aangegeven dat zij dit niet in de DB-overeenkomst tot in detail wenst vast te leggen.

Deelconclusie: Deze aanbeveling is niet verwerkt, maar kan op een later moment worden uitgewerkt.

VIII. **UNO rapport:** Geadviseerd is om het voorgestelde gestaffelde traject van contractvorming via een Integraal Faseontwerp DO vast te leggen in de definitieve DB-overeenkomst.

Bevinding: In de DB-overeenkomst is dit verwerkt in artikel 0 aangaande het Integraal Faseontwerp DO.

Deelconclusie: Deze aanbeveling is verwerkt.

IX. **UNO rapport:** Geadviseerd is om in de DB-overeenkomst te verankeren dat de directie van DPE doorslaggevende invloed heeft inzake de definitieve keuzes over invullingen van attracties, voorzieningen, materiaalkeuze, budgetverschuivingen etc.

Bevinding: Voor dit punt verwijzen we naar aanbeveling / advies onder I. In aanvulling hierop heeft de advocate van DPE toegelicht dat in art. 0.5 (iii) is opgenomen dat "tot aan de vaststelling van het Integraal Faseontwerp DO, zijn de Vraagspecificatie 2.0, de Business Case (als zelfstandig onderdeel daarvan) en de Vervolgaanbieding dynamisch, met uitzondering van het vereiste kwaliteits- en ambitieniveau. Dat wil zeggen dat Partijen in gezamenlijk overleg wijzigingen hierin kunnen aanbrengen;". Daarmee ligt naar het oordeel van DPE vast dat enkel gezamenlijk wijzigingen aangebracht kunnen worden en DPE in zoverre een 'vetorecht' heeft.

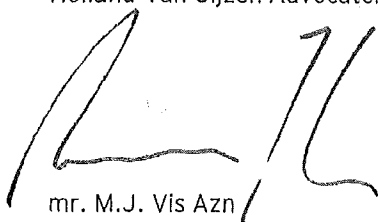
Deelconclusie: Voor dit punt verwijzen we naar aanbeveling / advies onder I.

Conclusie

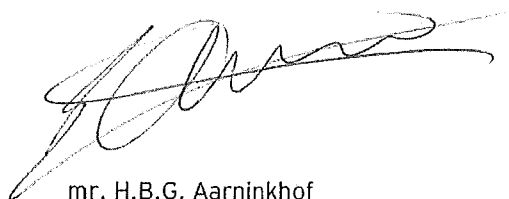
Gelet op de DB-overeenkomst zoals deze op 18 december jl. is aangeleverd, concluderen wij dat het merendeel van de aanbevelingen respectievelijk adviezen is verwerkt, maar dat een tweetal aanbevelingen respectievelijk adviezen nog niet is opgevolgd maar dat deze in een latere fase kunnen worden opgevolgd.

Met vriendelijke groet,

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen



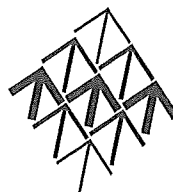
mr. M.J. Vis Azn



mr. H.B.G. Aarninkhof

Raadhuisplein 1
7811 AP Emmen
t. 14 0591
f. 0591 685599

Postbus 30001
7800 RA Emmen
e. gemeente@emmen.nl
i. www.emmen.nl



**Gemeente
Emmen**

Aan Dierenpark Emmen
t.a.v. de heer F. van Beers
Postbus 1010
7801 BA EMMEN

**Programma
Centrumvernieuwing
Emmen**

ons kenmerk
12.449782

uw kenmerk

Bijlage

behandeld door
Dave van Alebeek

Datum
20 december 2012

telefoon
14 0591

Fax
(0591)685599

e-mail
gemeente@emmen.nl

Onderwerp
Ontwerp en contractvorming DPE Next

Geachte heer Van Beers,

Op basis van de ons overgelegde stukken en uw brief, mede namens uw Raad van Commissarissen, van 18 december 2012, kenmerk 132-12 fvb, alsmede op grond van de uitgebrachte rapportage van UNO-bedrijfsadviseurs en de uitgevoerde aanvullende toetsing van het Design & Build-contract DPE Next dd. 18 december 2012 door Holland van Gijzen Advocaten en Notarissen zijn wij van oordeel dat er vanuit de gemeente geen bezwaar bestaat tegen ondertekening van de aangepaste DB-overeenkomst DPE Next van 18 december 2012 tussen NDP Infra en KWP.

De invulling van den aanbevelingen/adviezen die momenteel nog niet kunnen worden of zijn ingevuld zal op een later tijdstip moeten plaatsvinden en wel uiterlijk voor de vaststelling van het Definitieve Ontwerp voor DPE-Next (medio 2013).

Het betreft hier enerzijds de twee aanbevelingen, respectievelijk adviezen met betrekking tot de DB overeenkomst die, zoals hiervoor reeds aangegeven nog niet zijn opgevolgd; namelijk:

1. In de DB-overeenkomst afdichten dat stelposten, taakstellingen en bezuinigingsvoorstellen, zoals genoemd in alle aanbiedingsstukken van KWP, volledig voor rekening en risico van KWP komen.
2. KWP dient de bezuinigingsonderdelen die KWP per onderdeel verwacht te kunnen realiseren samen met de planaanpassingen te kwantificeren waarna die als taakstelling voor de uitwerking van het plan aan de verschillende ontwerppartijen moeten worden opgelegd.

Anderzijds betreft het de overige adviezen en aanbevelingen uit de UNO rapportage van 9 december 2012 (niet betrekking hebbende op de DB overeenkomst).

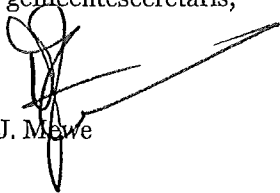
Gemeente Emmen,
20 december 2012, blad 2

De verdere uitwerking en invulling door u van de door UNO-bedrijfsadviseurs gegeven aanbevelingen en adviezen zullen wij monitoren. Een en ander zal nader worden uitgewerkt in de in voorbereiding zijnde Samenwerkingsovereenkomst tussen gemeente en DPE.

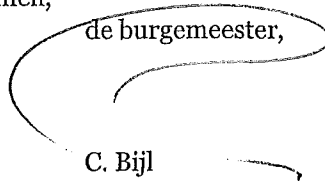
Wij vertrouwen erop u hiermee voorlopig voldoende geïnformeerd te hebben.

Hoogachtend,
burgemeester en wethouders van Emmen,
de gemeentesecretaris,

A.J. Mewe



de burgemeester,



C. Bijl