

Rechtskader voor publiek-private samenwerking

Voorstellen van de Confederatie Bouw



Confederatie Bouw



Voorwoord

De overheden hebben alsmaar meer belangstelling voor het inschakelen van publiek-private samenwerking (PPS) bij het uitvoeren van bouwwerzaamheden. Die belangstelling heeft wellicht te maken met de grote behoeften aan werken waaraan voldaan moet worden. Met PPS gaat dat immers gemakkelijker in een context waar de overheden niet veel financieringscapaciteit hebben.

Voor de projecten die zich hiertoe lenen, namelijk diegene die stoelen op een allesomvattende langetermijnbenadering, biedt het PPS-concept aan de overheden tegelijkertijd een financieringsoplossing en een beheersdynamiek aan, gebaseerd op de ervaring van een privépartner. De Confederatie Bouw kan zich scharen achter deze ontwikkeling, die vooruitzichten opent inzake investeringen, innovatie en economische ontwikkeling. Ze wijst, tegelijkertijd, op de noodzaak om deze ontwikkeling te reguleren door een aantal maatregelen op het gebied van de wetgeving en een aantal gedragsregels.

De beroepsorganisatie heeft de afgelopen maanden heel wat studiewerk verricht over het wettelijke kader en de gedragsregels die in aanmerking moeten worden genomen voor een evenwichtige ontwikkeling van PPS. Dit studiewerk werd gevoed door een wetenschappelijke studie die aan twee academici werd toevertrouwd¹. De stuurgroep van de Confederatie die dit studiewerk heeft geleid onder voorzitterschap van de heer Etienne Dewulf, lid van het Bestuurscomité, heeft in haar midden alle expertise samengebracht die noodzakelijk was om haar opdracht tot een goed einde te brengen.

De in dit memorandum voorgestelde oriëntaties zijn het resultaat van gedachtewisselingen tussen deskundigen die elk een facet van deze materie hebben belicht (juridisch, technisch, economisch, financieel). Deze oriëntaties weerspiegelen op die manier niet enkel dat multidisciplinair werd gewerkt bij het opstellen ervan, maar ook het zoeken naar een goed evenwicht tussen de belangen van de betrokken partijen in de oplossingen die ze aanbevelen.

De Confederatie nodigt de overheden uit om met dit studiewerk concreet aan de slag te gaan en de gewenste juridische en praktische instrumenten in te voeren. Ze kunnen daarvoor inspiratie halen uit de concrete voorstellen die hen in dit memorandum worden gedaan.

Marc Lefebvre
Voorzitter
Confédération Construction
Wallonne

Philippe Gillion
Voorzitter
Confederatie Bouw
Brussel-Hoofdstad

Jean Biesmans
Voorzitter
Vlaamse Confederatie Bouw

Jacques De Meester
Voorzitter
Confederatie Bouw

Voorstellen voor een juridische omkadering van de publiek-private samenwerking

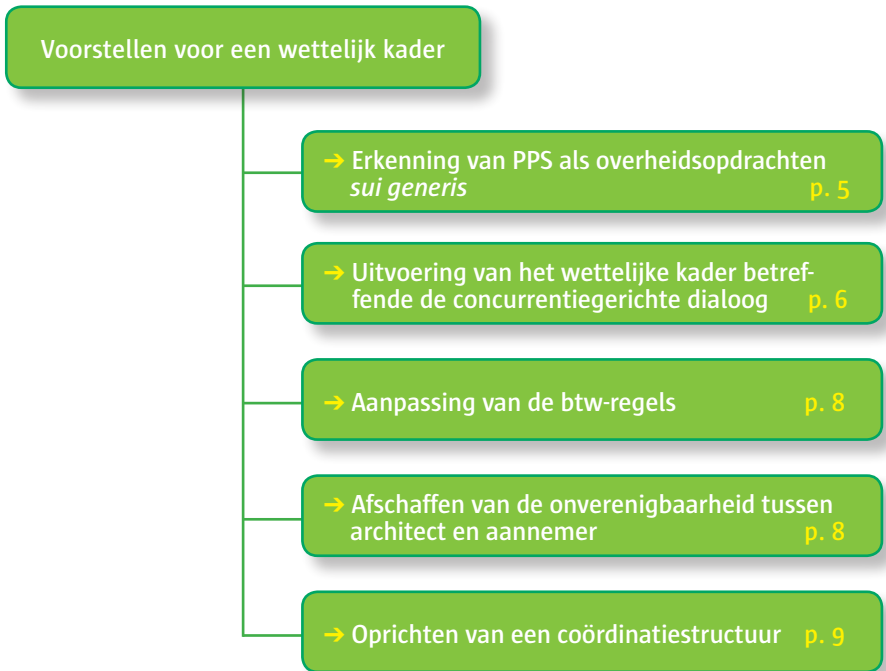


.....
¹ Studie over een evenwichtige ontwikkeling van publiek-private samenwerking in België, 2009. Studie uitgevoerd voor rekening van de Confederatie door mevrouw Yseult MARIQUE, onderzoeker en promovenda aan de ULB wat het juridische onderdeel betreft, en door de heer Raymond GHYSELS, professor aan het "Centre de Recherche de Comptabilité et Contrôle de Gestion" van de ULB, wat het economische en financiële onderdeel betreft.



I. Een aangepast wettelijk kader creëren

PPS verloopt via specifieke projecten waarvoor het huidige rechtskader geen volledige voldoening schenkt. Er moeten nieuwe wettelijke en reglementaire bepalingen komen of bestaande bepalingen van dien aard moeten worden aangepast om ervoor te zorgen dat deze projecten zich evenwichtig kunnen ontwikkelen, rekening houdend met hun specifieke kenmerken.



ERKENNING VAN PPS ALS OVERHEIDSOPDRACHTEN *SUI GENERIS*

De erkenning van de specifieke kenmerken van PPS-projecten in de wet betreffende de overheidsopdrachten is een noodzakelijke stap. Deze erkenning heeft niet tot gevolg dat de PPS-projecten uit de overheidsopdrachtenreglementering worden gehaald en evenmin creëert ze een nieuwe categorie overheidsbestellingen. Het is enkel de bedoeling om PPS juridisch anders te behandelen dan de andere overheidsopdrachten vanwege de bijzonderheden van dit soort projecten.

Twee acties moeten worden gevoerd om PPS wettelijk erkend te krijgen:

→ In de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten een specifieke titel opnemen

Onder deze nieuwe titel worden alle bepalingen gegroepeerd die gelden voor de overheidsopdrachten die worden geplaatst in de vorm van een publiek-private samenwerking. Enkele bepalingen die in aanmerking komen om te worden opgenomen onder deze specifieke titel zijn:

- de wettelijke definitie van PPS²;
- de identificatie van PPS door het bepalen van haar onderdelen (D-Design; B-Build; F-Finance; M-Maintain; O-Operate; P-Promote);
- het creëren van een "vehicle" dat speciaal kan worden aangewend voor de uitvoering van PPS (SPV³);
- het regelen van de gevolgen en de effecten van dit "vehicle" voor de selectie- en gunningsprocedures;
- de vereiste voor de betrokken aanbestedende overheid om haar PPS-project vooraf volledig en positief te evalueren vóór het starten van de procedure;
- de specifieke regels inzake de gestanddoeningstermijn;
- ...

→ Het opstellen van specifieke bepalingen voor de Algemene Aannemingsvoorwaarden

Het rechtskader voor PPS moet worden aangevuld door het aannemen van Algemene Aannemingsvoorwaarden die aangepast zijn aan opdrachten die in de vorm van PPS-projecten worden geplaatst en die de specifieke bepalingen zullen behandelen die voor dit soort opdrachten gelden⁴.

.....
² De volgende definitie wordt voorgesteld: "PPS is een complex geheel van handelingen, gebaseerd op de samenwerking tussen een aanbestedende overheid en een aannemer, leverancier of dienstverlener dat verschillende uitvoeringsfasen van een project omvat, in het bijzonder het ontwerp en/of de bouw en/of de uitvoering en/of het onderhoud en/of de financiering voor het leveren van openbare diensten en/of een openbaar werk, en dat zich inpast in een langetermijnvisie en stoelt op een verdeling van de risico's".

³ "Special Purpose Vehicle" (projectvennootschap met een rechtspersoonlijkheid die verschilt van die van de overheids- en privépartners, opgericht naar aanleiding van een PPS).

⁴ Deze clausules dienen echter principiële bepalingen te vormen, waarvan de aanbestedende overheid kan afwijken, mits zij die afwijkingen naar behoren motiveert.



Deze specifieke bepalingen zullen onder andere gaan over de mechanismen voor opvolging en controle van het project, in het bijzonder over de rol van de leidend ambtenaar, de betalingsclausules, de gevallen van overmacht, de boetes, de gevallen waarin de overeenkomst wordt ontbonden, de gevolgen van wetwijzigingen, enz.

Het is niet de bedoeling om nieuwe Algemene Aannemingsvoorwaarden te maken die in de plaats zouden komen van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken⁵. De bepalingen van de bestaande Algemene Aannemingsvoorwaarden, waarvan de toepassing geen problemen oplevert voor PPS, moeten namelijk voor deze projecten blijven gelden.

UITVOERING VAN DE BEPALINGEN VAN DE WET VAN 15 JUNI 2006 BETREFFENDE DE CONCURRENTIEGERICHTE DIALOOG

De aanbestedende overheid kiest de procedure die ze zal uitvoeren bij het gunnen van een PPS-opdracht. In die context bestaat een algemene consensus dat de open of beperkte procedures, voor een offerteaanvraag of een aanbesteding, onvoldoende manoeuvreerruimte laten om een PPS-project te ontwikkelen dat noodzakelijkerwijs zeer technisch is.

Bij het bepalen van de overeenkomst en de wijze waarop die moet worden uitgevoerd moet er een wisselwerking zijn tussen de overheid en haar toekomstige medecontractant. Er bestaan dan ook twee procedures om die wisselwerking te organiseren: de onderhandelingsprocedure en de nieuwe procedure, de zogenaamde concurrentiegerichte dialoog⁶.

Zonder deze procedure van de concurrentiegerichte dialoog in de kijker te willen plaatsen noch te willen pleiten voor de toepassing ervan in plaats van de onderhandelingsprocedure is het noodzakelijk de essentiële aspecten van deze nieuwe procedure te reglementeren, zodat de zaken vaststaan telkens de administratie zal beslissen om deze procedure in te schakelen. Het is, in deze context, opportuun om rekening te houden met de beginselen die in Frankrijk en Nederland ten uitvoer gelegd werden en met de positieve en negatieve feedback.

→ Afbakening van de procedure

Een aantal in de Europese richtlijn gebruikte begrippen moeten worden verduidelijkt: dit is bijvoorbeeld het geval bij het begrip "complexiteit", bij de selectiecriteria die tijdens de procedure gehanteerd worden of nog bij de aanwezigheid van een budgettaire limiet in de gunningscriteria. Men moet er ook op toezien dat het kader waarin de aanbestedende overheid

⁵ Bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.

⁶ Richtlijn 2004/18/EG heeft de concurrentiegerichte dialoog ingevoerd bij de procedures om opdrachten te gunnen, als het project "complex" is. Deze richtlijn legt het algemeen kader vast waarbinnen de concurrentiegerichte dialoog wordt gevoerd door de aanbestedende overheid. De Belgische wet van 15 juni 2006 definieert in artikel 3, 9° de concurrentiegerichte dialoog als "... de gunningsprocedure waaraan alle aannemers, leveranciers of dienstverleners mogen vragen om deel te nemen en waarbij de aanbestedende overheid een dialoog voert met de voor deze procedure geselecteerde kandidaten, teneinde één of meer oplossingen uit te werken die aan de behoeften van de aanbestedende overheid beantwoorden en op grond waarvan de gekozen kandidaten zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen".

haar keuze zal maken, wordt verduidelijkt en dat men hetzelfde doet voor de beoordelingsmarge van die overheid en de oplossing waarvoor de offertes moeten worden ingediend. Eveneens moeten de volgende zaken gepreciseerd worden: het ogenblik waarop het bestek (in een functionele vorm) wordt opgemaakt, de methode waarmee de wezenlijke en fundamentele elementen in kaart gebracht worden die tijdens de procedure niet mogen gewijzigd worden, het stadium van "preferred bidder" en het ogenblik waarop de *standstill* mechanismen tussenbeide moeten komen, enz.

→ Ervoor zorgen dat de dialoog transparant is

Het is zeer belangrijk om de dialoog te regelen in transparante omstandigheden en met respect voor de gelijke behandeling van de deelnemende bedrijven. Hiertoe moet onder andere de toepassing van de volgende procedures bepaald worden:

- De deelnemende bedrijven moeten vooraf zo volledig mogelijk worden ingelicht over de wijze waarop de dialoog zal worden opgebouwd: het precieze doel en de precieze draagwijdte van de dialoog, de duur van de procedure, het aantal vergaderingen, of er daarbij al dan niet geëlimineerd wordt, het aanvaarden van varianten, enzovoort.
- Tussentijdse informatie verschaffen, na elke vergadering, met daarin een samenvatting van de belangrijkste behandelde punten zodat het zeker is dat de partijen de zaak goed begrijpen tijdens werkvergaderingen.
- Het opstellen van notulen na elke stap van de concurrentiegerichte dialoog.
- Het vertrouwelijk houden van bepaalde documenten en de verbintenis om de ideeën van een kandidaat niet bekend te maken of mee te delen aan de andere partijen.
- Het verbod om in het bijzonder bestek, dat bij de uitnodiging om een BAFO in te dienen wordt gevoegd, bepalingen op te nemen die het voorwerp van de concurrentiegerichte dialoog kunnen wijzigen.

→ Het toezicht op de procedure

Het toezicht op het goede verloop van de procedure moet aan een derde worden toevertrouwd die zal optreden in het kader van nog te bepalen bevoegdheden. Het is zijn taak erop toe te zien dat de gunningsprocedure correct verloopt en met naleving van de maatregelen die zorgen voor de transparantie van de handelingen en gelijke behandeling van de kandidaten (bijvoorbeeld opstellen en versturen van de notulen van de vergaderingen, het vertrouwelijk houden van documenten, enz.).

Opmerking: *de principes die zonet uiteengezet werden, kunnen ook "mutatis mutandis" worden toegepast op het gunnen van een PPS-opdracht in het kader van de onderhandelingsprocedure.*



AANPASSING VAN HET WETTELIJKE BTW-KADER

De btw-reglementering voor werken in onroerende staat is niet aangepast aan PPS-projecten. Aangezien het begrip "DBFM" niet in de reglementering staat, onderzoekt de administratie het PPS-project op basis van de componenten ervan (ontwerp en bouw, financiering, onderhoud) en past ze op elke component zijn eigen belastingstelsel toe. Eén van de belangrijkste moeilijkheden van deze benadering bestaat in de verplichting van het SPV om de btw op de ontwerp- en bouwfase voor te financieren. Die brengt immers een extra last met zich mee die aan de overheid wordt doorgerekend.

Het is belangrijk om de btw-reglementering te wijzigen om de mogelijkheid te bieden, zoals artikel 66 van de Europese Richtlijn 2006/12/EG toestaat, om de betaling van de btw op het bouwgedeelte te spreiden naarmate de bijbehorende vergoeding gefactureerd wordt, door gebruik te maken van een ander begrip van "feit dat de onderwerping doet ontstaan" dan dat van de levering.

DE ONVERENIGBAARHEID TUSSEN HET BEROEP VAN ARCHITECT EN DAT VAN AANNEMER HERZIEN

Als PPS wil slagen, dan moeten de partners noodzakelijkerwijs nauw met elkaar samenwerken, te beginnen bij de ontwerper en de bouwer van het project. Deze samenwerking wordt belemmerd en ingewikkeld gemaakt door de onverenigbaarheid tussen het beroep van architect en dat van aannemer die staat in de wet van 20 februari 1939 (art. 6) op de bescherming van de titel en van het beroep van architect.

Een evenwichtige ontwikkeling van PPS veronderstelt dat dit onverenigbaarheidsprincipe, dat overigens bijna geen equivalent heeft in de andere Europese landen, wordt herzien, en dat, op zijn minst, de toepassing ervan bij PPS-projecten wordt afgeschaft.

EEN COÖRDINATIESTRUCTUUR VOOR PPS INVOEREN

Vele landen hebben specifieke instellingen opgericht voor PPS. Die hebben onder andere tot doel na te denken over het ontwikkelen van PPS, adviezen te formuleren, goede praktijken op te lijsten, te standaardiseren, allerhande informatie te vergaren, op internationaal niveau in dialoog te treden, enz.

Het Vlaams Gewest heeft specifieke instellingen voor PPS in het leven geroepen, waaronder het Kenniscentrum PPS, dat onder andere een adviesfunctie heeft en dat bedoeld is om een normatieve omkadering voor PPS-projecten uit te werken.

Het is de taak van de federale overheid en van de gewestelijke overheden om te beoordelen of het wenselijk is op federaal niveau een coördinatiestructuur voor PPS op te richten, bij voorkeur via een samenwerkingsakkoord tussen hen. Ze zou moeten bestaan uit vertegenwoordigers van de federale staat, de gewesten en de gemeenschappen, de organismen of instellingen die op PPS een beroep doen en vakmensen uit de sector.

De bevoegdheden van die structuur zullen zich moeten uitstrekken tot het aanleggen van databanken over PPS, het verschaffen van opleiding en het ontwikkelen van expertise op het gebied van complexe projecten, het uitwisselen en verspreiden van informatie, onder andere tussen de verschillende aanbestedende overheden van het land, het systematisch analyseren van hinderpalen voor het uitvoeren van PPS (fiscaliteit, subsidies, bouwvergunningen, verantwoordelijkheden, enz.) en het formuleren van voorstellen voor oplossingen.

Deze structuur zal ook een plaats zijn om van gedachten te wisselen en feedback te geven over PPS-projecten. Zo worden de overheden bijvoorbeeld uitgenodigd om aan deze structuur mee te delen waarom procedures werden stopgezet. Deze structuur zou deze redenen kunnen analyseren en verspreiden bij andere overheden, wat zou kunnen bijdragen tot het vermijden van tijd-, geld- en middelenverlies in latere projecten.



II. Het voorbereiden van een PPS-project

Het welslagen van een PPS-project hangt in de eerste plaats af van de wijze waarop het project uitgedacht en ontworpen werd tijdens de voorbereidende fase. De aanbestedende overheid moet worden uitgenodigd om een aantal regels en goede praktijken te gebruiken die bijdragen tot de succesvolle voltooiing van het project.

Deze regels en goede praktijken kunnen als volgt samengevat worden:





OPLEIDING VAN DE AMBTENAREN

Interne competenties op het gebied van PPS werden binnen de privébedrijven ontwikkeld en geleidelijk aan werden daar multidisciplinaire teams gevormd. Een soortgelijke evolutie is broodnodig binnen de aanbestedende overheid, in het bijzonder als laatstgenoemde niet door externe adviseurs bijgestaan wordt.

De "leidend ambtenaar", die verantwoordelijk is voor een project, en het hele ambtenaren-team dat de voorbereiding van PPS en de opvolging ervan op zich zal nemen, moeten kunnen beschikken over de tijd en de competenties die het uitwerken en beheren van complexe contracten van lange duur vergen.

Het is dan ook belangrijk de interne opleiding van het personeel dat belast wordt met het opvolgen van PPS structureel te organiseren. Dat personeel moet niet enkel kunnen beschikken over de klassieke, technische en administratieve kennis, betreffende overheidsopdrachten, maar ook over financiële en boekhoudkundige competenties, alsook over kennis van de financiële-marktpraktijken om in staat te zijn de problemen te begrijpen die het project doet ontstaan en daaraan een passend gevolg te geven.

Er moet bovendien een beleid uitgestippeld worden dat gevoerd zal worden in geval van vertrek van de leidend ambtenaar of de projectverantwoordelijke zodat het geheugen van het project en de continuïteit in de opvolging ervan behouden worden, des te meer omdat de PPS-projecten de onderhandelingsperiode overschrijden en zich uitstrekken over de uitvoeringsperiode van de overeenkomst.

EEN VOORAFGAANDE EVALUATIEPROCEDURE INVOEREN

Een procedure voor de voorafgaande evaluatie van elk PPS-project invoeren, is een sluitsteen voor het succes van het project. Deze procedure, die vóór de gunningsprocedure loopt, moet de mogelijkheid bieden om zich ervan te vergewissen dat de gekozen oplossing relevant is ten opzichte van de door de administratie nagestreefde doelstelling.

Deze evaluatie moet ook toelaten om precies te bepalen aan welke behoeften voldaan dient te worden en welke middelen daarvoor beschikbaar zijn, inclusief de maatschappelijke aanvaarding van het project, waarbij een goede beheersing en voorkennis van deze elementen ervoor moet zorgen dat het later blokkeren van de procedure wordt ontweken.



Draagwijdte van de evaluatie

De aanbestedende overheid moet, vóór het opstarten van de procedure voor het PPS-project, zich grondig vragen stellen over alle essentiële aspecten van haar project. Het studiewerk moet onder andere gaan over de volgende punten:

→ *Het bepalen van het voorwerp van de opdracht en het precies en volledig vaststellen van haar diverse componenten*

→ *De wenselijkheid van het inschakelen van PPS*

Er moet worden nagekeken of het inschakelen van de PPS-formule in het onderhavige geval wel degelijk geknipt is en of deze formule een maatschappelijke of economische meerwaarde biedt die het gebruiken van de klassieke procedure niet had kunnen opleveren.

→ *De maatschappelijke aanvaarding van het project*

Het is belangrijk om de steun van de bevolking of de gebruikers van het project zien te krijgen.

→ *Het vastleggen van een planning*

→ *De juridische analyse*

Deze omvat onder andere:

- o de keuze van de PPS-formule - contractueel of institutioneel - en van de aanverwante aspecten, zoals het soort samenwerking en de looptijd ervan;
- o de keuze van de procedure (offerteaanvraag, onderhandelingsprocedure, concurrentiegericht dialog) en de organisatie ervan, onder andere het bepalen van de selectie- en gunningscriteria en het bepalen van de fasen van de procedure (één of meer offertes, BAFO, enz.);
- o het analyseren van de gekozen contractuele principes, zoals de overwogen uitvoeringsprincipes en -modaliteiten, de gevolgen van de gekozen opties voor de medecontractant, de verantwoordingen van de gemaakte keuzes, het onderzoeken waarom contractuele verplichtingen mogelijk niet nageleefd zullen worden met analyse van de gevolgen ervan volgens het ogenblik waarop deze tekortkomingen zich voordoen en de te bepalen boete-regeling, de manier waarop met onvoorziene situaties omgegaan wordt, enz.

→ *Het analyseren van de technische elementen*

Het gaat in het bijzonder om het precies bepalen van het functionele eisenprogramma voor het project en om het nadenken over de toestand en de staat van het project aan het einde van het contract.

→ *Het analyseren van de risico's en de verdeling ervan*

Deze benadering gebeurt rekening houdend met de eisen die met de financiering te maken hebben (praktijken van de internationale financiële markt) en idealiter wordt ook rekening gehouden met die van SEC 95. De mogelijkheid tot debudgettering mag niet de hoofddoelstelling zijn om PPS te gebruiken.

→ *Het analyseren van de vraagstukken die te maken hebben met het verlenen van stedenbouwkundige vergunningen*

Onzekerheden die te maken hebben met het verlenen van de noodzakelijke vergunningen om het project uit te voeren, vormen herhaaldelijk een moeilijkheid bij PPS. Het studiewerk over het onderwerp zal moeten worden uitgediept en men zal moeten proberen om oplossingen voor deze problemen te vinden. Een aantal denksporen kan verkend worden, zoals het invoeren van door de opdrachtgever verkregen voorafgaande getuigschriften die daarna moeten worden verrijnd na de aanstelling van de begunstigde of nog het optreden van de gemachtigde ambtenaar in de procedure om de voorwaarden te bepalen in de onderhandelingsfase.

→ *Het onderzoeken van de budgettaire en financiële aspecten*

De uit te voeren controles hebben betrekking op de diverse vraagstukken met betrekking tot financiële steun, het controleren van de uitgaven en het onderzoeken van de criteria "voor het optimaliseren van de overheidsbestedingen". Het is ook belangrijk om na te kijken of de subsidiemechanismen conform de regeling voor staatssteun zijn, inclusief de eventuele procedure voor kennisgeving van de gebruikte subsidieregeling aan de Europese Commissie.

→ *Het onderzoeken van de "financierbaarheid" van het project*

Het gaat meer in het bijzonder om het analyseren van de mechanismen en waarborgen die de mogelijkheid zullen bieden om de financieringen te vinden die noodzakelijk zijn om het project uit te voeren.

→ *Het organiseren van het personeel*

Het studiewerk over dit punt heeft tot doel een multidisciplinair team samen te stellen dat belast wordt met de procedure en de opvolging ervan.



Evaluatiemethoden

Landen zoals Frankrijk, Engeland en Nederland hebben specifieke methoden ontwikkeld, in de vorm van documenten of technieken, om de voorafgaande evaluatie af te bakenen of om bepaalde aspecten van een project te vergelijken. Deze methoden zouden ook als basis kunnen dienen om de follow-up te organiseren van de voorafgaande evaluatie van PPS-projecten in België.

Aanvullend kan de SMART-methode⁷ worden gevolgd in het kader van een evaluatie *a posteriori* van de projectdoelstellingen.

Opmerking: wat ook de evaluatiemethode is die de aanbestedende overheid kiest, het is belangrijk dat een derde instelling, met expertise en onafhankelijk van de aanbestedende overheid en de partijen die bij het project betrokken zijn, optreedt aan het einde van de voorafgaande evaluatiefase van elk PPS-project. Haar taak: zich ervan vergewissen dat alle stappen van de evaluatie correct en volledig doorlopen werden. Deze instelling zal zich uitspreken via een niet-bindend advies aangezien de aanbestedende overheid als enige verantwoordelijk is voor haar project.

HET OPSTELLEN VAN MODELDOSSIERS EN -DOCUMENTEN

Het ter beschikking stellen van de noodzakelijke documenten aan alle private partijen door de aanbestedende overheid en meer standaardisering van documenten zijn beginselen van behoorlijk bestuur bij PPS.

→ Het ter beschikking stellen van documenten

Met het ter beschikking stellen van documenten wordt vermeden dat elke inschrijver identieke handelingen of prestaties zonder toegevoegde waarde moet reproduceren. Zo kan op kosten en tijd bespaard worden en deze besparingen zullen in de eerste plaats de overheid ten goede komen.

De volgende documenten zouden aldus in de aanbestedingsdocumenten moeten worden ingevoegd:

- de technische stukken of studies (beschikbare plannen en uittreksels uit het kadaster, overzichten van de buizen of kabels die in de grond zitten, bodemonderzoeken, enz.);
- een vertaling van bepaalde documenten, in het bijzonder diegene die nuttig zijn om financiering voor het project te verkrijgen, en waarvan vaststaat dat zij naar het Engels

.....
⁷ S - specific, significant, stretching.
 M - measurable, meaningful, motivational.
 A - agreed upon, attainable, achievable, acceptable, action-oriented.
 R - realistic, relevant, reasonable, rewarding, results-oriented.
 T - time-based, timely, tangible, trackable.



dienen te worden vertaald. Eén enkele vertaling door de opdrachtgever voorkomt vertaalkosten die nu door elke kandidaat gemaakt worden en bevordert het eenduidig begrijpen van de opdrachtvoorwaarden;

- de modelstatuten van de rechtspersoon die optreedt in het kader van een participatieve PPS, in het bijzonder met clausules die toelaten om rekening te houden met het gevaar voor belangenconflicten, het kapitaal, de werkingsregels van de entiteit, de controle-methoden die de overheid zal hanteren, enz.

→ De standaardisering

Het stelselmatig gebruiken van modeldocumenten en gestandaardiseerde contractuele bepalingen door de overheden zal bijdragen tot de evenwichtige ontwikkeling van PPS door standaardregels te maken die bij de diverse spelers goed bekend zijn.

Die modeldocumenten stellen, in overeenstemming met de nationale en internationale praktijken en eisen, een aantal terugkerende principes vast, die voor alle opdrachten gemeenschappelijk zijn (bv. wetswijziging, risico's die verbonden zijn aan het gunnen en aan beroepen tegen toestemmingen en vergunningen, gevallen van overmacht, instellen van financiële plafonds voor de aansprakelijkheden, enzovoort).

EEN GEZONDE RISICOBEBEERSING

Het mechanisme van PPS is gebaseerd op het afbakenen van de risico's en op het toewijzen ervan aan één van de partners. De risico's kunnen ingedeeld worden naargelang hun soort: technische risico's, risico's van wetswijziging, risico's die te maken hebben met de beschikbaarheid van de infrastructuur of risico's die te maken hebben met het gebruik ervan, enz. en de toewijzing ervan moet afhangen van de kwaliteiten en de competenties van elke partij.

De voorafgaande evaluatieprocedure moet door de aanbestedende overheid benut worden om objectief en gemotiveerd het debat over de verdeling van de risico's tijdens de gunningsprocedure voor te bereiden. Allerhande mechanismen om de identificatie en de risicoanalyse te standaardiseren (matrices) bestaan en moeten door de aanbestedende overheid gebruikt worden. Zij zal kiezen voor de matrix die het beste past bij de specifieke kenmerken van het te verwezenlijken project.

Sommige risico's kunnen stelselmatig aan één van de partners toegewezen worden. Het gebruiken van modelcontracten laat toe te vermijden dat bij elke opdracht opnieuw een debat over dezelfde punten geopend wordt door een standaardregeling uit te werken in overeenstemming met de nationale en internationale praktijken en eisen. Over andere risico's dient echter te worden onderhandeld of zij moeten het voorwerp uitmaken van een specifieke verdeling, eventueel tegen betaling.



III. Uitvoering van het PPS-project

Als de voorbereiding van het PPS-project volledig voltooid en gecontroleerd is, moet het project worden voorgelegd aan de belangstellende kandidaten in omstandigheden die tegelijk doeltreffendheid, transparantie en gelijke behandeling verzekeren tijdens het volledige verloop van de procedures voor het selecteren van de kandidaten en het gunnen van de opdracht.



SELECTIE VAN DE KANDIDATEN

Het kandidaatstellingsdossier is een belangrijk element aangezien het eenmaal ingediend de identiteit van de kandidaat die een offerte zal mogen indienen, vastlegt. Het is dan ook zeer belangrijk dat de geïnteresseerde bedrijven zich kandidaat kunnen stellen met een dossier dat volkomen overeenstemt met de kenmerken van de opdracht.

→ Precies voorwerp van de opdracht

De aanbestedende overheid moet aan de toekomstige kandidaten, vanaf de oproep tot kandidaatstelling, alle volledige informatie meedelen over het precieze voorwerp van de opdracht, de essentiële elementen van de opbouw ervan, de eindstaat van het werk op het einde van het contract en, in het algemeen, alle elementen die relevant zijn om de samenstelling van de kandidaat te bepalen⁸. Het is zeer belangrijk om het meedelen van die informatie niet uit te stellen tot het ogenblik waarop het bestek wordt overhandigd, anders wordt het indienen van kandidaturen bevorderd die niet aan de behoeften van de opdracht voldoen.

→ Kwalificatie van de kandidaten

De aanbestedende overheid mag, in de beschrijving die zij van de kandidaat geeft, niet eisen dat alle partners die noodzakelijk zijn om het PPS-project uit te voeren (architect, bouwer, financier, onderhoudsteam, exploitant) in groepsverband optreden, terwijl laatstgenoemden hun competenties op verschillende ogenblikken ter beschikking stellen van een gemeenschappelijke structuur en niet alle gedurende de hele looptijd ervan in het project zullen blijven⁹.

→ Selectiecriteria

De aanbestedende overheid moet veel aandacht besteden aan het duidelijk bepalen van de selectiecriteria en aan de motivering ervan in het licht van de projectdoelstellingen. De huidige selectiecriteria zijn vaak niet echt pertinent voor het voorwerp van de opdracht of beklemtonen elementen die niet relevant zijn voor het hele project. Zij leiden dan ook tot het vormen van consortia die niet het best in staat zijn om aan de te halen doelstellingen te voldoen.

⁸ Als de aanbestedende overheid dus het voornemen heeft te investeren in een SPV, dan moet ze de participatie daarin vaststellen.

⁹ De aanbestedende overheid wordt verzocht om stelselmatig een beroep te doen op de bepalingen van artikel 18 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.



DE PROCEDURE VOOR HET GUNNEN VAN DE OPDRACHT

Zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen overigens herhaald heeft in het "Arrest-Lianakis" van 24 januari 2008 is het essentieel dat alle potentiële inschrijvers, op het ogenblik waarop zij hun offertes voorbereiden, ingelicht worden over alle elementen die door de aanbestedende overheid in overweging genomen worden om de economisch meest voordelige offerte te identificeren alsook over het relatieve belang van de criteria en de subcriteria.

De gunningscriteria moeten vooraf en volledig worden bepaald zonder dat de aanbestedende overheid enige mogelijkheid heeft om wegingsregels of subcriteria toe te voegen na het indienen van de offertes.

Daarnaast is het belangrijk om nauwgezet de vraagstukken te regelen die betrekking hebben op:

- *de vertrouwelijkheid van de informatie en de ideeën en de bescherming van de intellectuele rechten;*
- *de gestanddoeningstermijn;*
- *de studie- en deelnamekosten;*
- *de procedures die niet worden voortgezet.*

→ Vertrouwelijk karakter en bescherming van de intellectuele rechten

De geheimhoudingsplicht van de aanbestedende overheid ten aanzien van de oplossingen die de deelnemende bedrijven aanbieden en de van hen afkomstige vertrouwelijke informatie is juridisch geregeld, zowel op Europees niveau als op nationaal niveau¹⁰.

Dit rechtskader lijkt voldoende om de bescherming van de ideeën en de intellectuele rechten te waarborgen, maar het is toch belangrijk om het aan te vullen met een aantal praktische bepalingen.

Het is namelijk niet altijd eenvoudig om in het kader van een concurrentiegerichte dialoog uit te maken welke praktijken aanvaardbaar zijn en welke niet, in het bijzonder als rekening gehouden wordt met het geleidelijk aan uitwerken van de vragen van de overheid en met de evolutie die deze vragen doormaken. Dus rijst de vraag welke informatie of welk voorstel als vertrouwelijk beschouwd moet worden.

.....
¹⁰ Richtlijn 2004/18/EG, art. 29 (3), lid 3 en de Belgische wet van 15 juni 2006.



Om deze vraag te beantwoorden, wordt voorgesteld dat de aanbestedingsdocumenten de inschrijvers de mogelijkheid zouden bieden om tijdens de procedure aan te geven welke ideeën, gegevens en informatie zij vertrouwelijk vinden en die dan ook onder de bescherming vallen.

Let wel: in Frankrijk preciseert het *charter van de concurrentiegerichtede dialoog dat het "secret des propositions"* het volgende dekt: *de originele ideeën, de juridische en financiële constructie, de specifieke studies, de vakkennis, de technische concepten, het architecturale project, de innoverende oplossingen, de methoden en organisatiewijzen die eigen zijn aan het bedrijf of de bedrijfscombinatie, de intellectuele eigendom. Als dit geheim niet in acht genomen wordt, kan de aanbestedende overheid aansprakelijk gesteld worden.*

Daarnaast zal het belangrijk zijn om de eventuele voorwaarden te bepalen voor de overdracht van rechten op de werken die worden gemaakt tijdens het ontwerpen.

→ Gestanddoeningstermijn

De aanbestedende overheid vraagt doorgaans tijdens de procedure vaste langetermijnverbintenissen. Hierdoor zijn de kandidaten verplicht om vaste verbintenissen te verkrijgen die veel kosten, om zich in te dekken.

De aanbestedende overheid heeft ook de neiging om de verlenging van de verbintenissen van de financiële instellingen te eisen. Die worden nu voor heel korte duur opgesteld. Deze houding levert grote problemen op omdat het aanvaarden van die verlenging vergt dat opnieuw onderhandeld wordt over al aangegane overeenkomsten.

Deze moeilijkheden kunnen, enerzijds, opgelost worden door enkel een vaste verbintenis te eisen voor de elementen die zonder buitensporige moeilijkheid het voorwerp van een dergelijke verbintenis kunnen uitmaken, waarbij het saldo later nog wordt vastgelegd en, anderzijds, door erop toe te zien dat de aanbestedende overheid de termijnen naleeft die ze zelf heeft opgelegd.

Bovendien botst de eis van een vaste langetermijnverbintenis met de realiteit van schommelende prijzen en evoluerende kosten. Door deze soort eis te stellen, veroorzaakt de aanbestedende overheid een kunstmatige prijsverhoging, omdat ze haar gesprekspartners dwingt tot het anticiperen op en het opnemen van verhogingen in hun offertes die soms buiten de economische realiteit vallen.

Het is dan ook verantwoord om te pleiten voor een aanpassing van de offertes aan de schommelende prijzen door een gemeenschappelijke formule die geldt voor alle offertes en die de werkelijke prijsontwikkeling weergeeft.



→ Studie- en deelnamekosten

De studie- en deelnamekosten die door de bedrijven gemaakt worden in het kader van een PPS-procedure liggen doorgaans zeer hoog (ongeveer 2% van de kosten van de werkzaamheden). De kosten worden beïnvloed door de aard en de omvang van het juridische, fiscale, financiële en technisch advies dat ieder bedrijf moet inwinnen. In deze context moeten twee benaderingen worden gevolgd: enerzijds het verminderen van de kosten die de bedrijven maken tijdens de procedure en anderzijds de terugbetaling van deze kosten.

Kostenvermindering

Er bestaan vele manieren om de kosten van de deelnemende bedrijven te beperken en daarbij zijn combinaties mogelijk:

- Door de duur van de gunningsprocedure te beperken tot de kortst mogelijke termijn¹¹ en door de aangekondigde proceduretermijnen¹² na te leven.
- Door maatregelen aan te nemen om de documentatie te standaardiseren.
- Door geleidelijk aan, naarmate de procedure vordert, het uitwerkingsniveau van de documenten die de kandidaat moet overhandigen, te regelen. De mate van detaillering van de documenten waarvan de indiening wordt geëist, heeft een directe impact op de kosten die de kandidaat maakt. De aanbestedende overheid moet zich dus, in elk voortgangsstadium van de procedure, beperken tot het eisen van de documenten waarvan het uitwerkingsniveau haar in staat stelt te oordelen in dit stadium van de offerte. Hoe meer de procedure gevorderd is, en dus hoe kleiner het aantal kandidaten is, hoe hoger het uitwerkingsniveau van de documenten mag zijn.
- Door de besprekingen met een kandidaat stop te zetten zodra vaststaat dat zijn voorstel het in de eindfase niet zal halen.

Terugbetaling van de procedurekosten

Het beginsel waarbij een vergoeding als terugbetaling van de kosten wordt betaald, is erkend op Europees niveau¹³ en ook in de praktijk van de overheidsopdrachten in België waar de terugbetaling gebeurt op grond van een forfaitair bedrag dat op voorhand vastgelegd wordt. De oplossing met een forfait dat op voorhand vastgelegd wordt, heeft de verdienste duidelijk en transparant te zijn. Deze oplossing, die geen rekening houdt met de werkelijk

¹¹ In Frankrijk bepaalt de "Guide du dialogue compétitif" als indicatieve duur zes tot negen maanden tussen de overhandiging van het functioneel programma en de bekendmaking van de gekozen kandidaat.

¹² Het verlengen van de proceduretermijnen tijdens de procedure en het uitstellen van data die vooraf bekendgemaakt werden, veroorzaken kosten (bv. wat de financieringen betreft) voor de kandidaten en gooien hun werkorganisatie in de war.

¹³ Richtlijn 2004/18/EG bepaalt uitdrukkelijk deze mogelijkheid in het geval van de concurrentiegerichte dialoog en de toelichting preciseert dat die mogelijkheid niet tot de concurrentiegerichte dialoog alleen beperkt blijft.

gemaakte kosten, kan echter haar doel voorbijschieten, op zijn minst als het forfait niet betekenisvol is of als het niet berekend is op grond van de ter zake verworven ervaring.

Het verdient dan ook de voorkeur om te kiezen voor een oplossing waarbij de terugbetaling gebeurt volgens een vooraf bepaald *percentage* van de daadwerkelijk gemaakte kosten, waarvoor facturen bestaan. In dit geval zullen de aanvaarde kosten vanaf het begin van de procedure bepaald moeten worden en het stadium waarin de kandidaat is terechtgekomen in de gunningsprocedure zal worden meegenomen bij het bepalen van het aandeel terugbetaalbare kosten.

→ **Procedures die niet voortgezet worden**

Niet zelden zet de aanbestedende overheid procedures stop. PPS-projecten zijn weliswaar complexe handelingen waarvan de precieze omvang en de precieze moeilijkheden niet op voorhand bekend zijn, maar dit mag niet rechtvaardigen dat deze procedures onderweg door de aanbestedende overheid stopgezet worden zonder goede reden en terechte schade-loosstelling.

Het is dan ook verantwoord de opdrachtgever te verplichten tot het bijzonder goed onderbouwd motiveren van zijn beslissing om de procedure stop te zetten. Deze benadering zal de mogelijkheid bieden te voorkomen dat dergelijke praktijken het deelnemen van de privésector aan de later uitgeschreven procedures schaden en aanleiding geven tot verhaal.

Het staat vast dat de aanbestedende overheid op basis van haar discretionaire macht het recht heeft om de opdracht niet te gunnen. Misschien kan er echter een lijn getrokken worden tussen PPS-projecten die niet verwezenlijkt kunnen worden om redenen van goed bestuur, en PPS-projecten die stopgezet worden bij gebrek aan voldoende voorbereiding om het presenteren van correcte projecten toe te laten.

Voor dit laatste geval moet er een schadeloosstelling worden bepaald wegens "foutieve" stopzetting van een project. Dit zal de geloofwaardigheid van de overheden en het engagement van de privépartners versterken.

We wijzen er overigens op dat het invoeren van een voorafgaande evaluatieprocedure de mogelijkheid moet bieden het stopzetten van PPS-procedures te voorkomen als een slechte voorbereiding van het project de reden daarvoor is.



DE UITVOERING VAN DE OVEREENKOMST

De lange duur van de projecten maakt follow-upmechanismen voor de uitvoering van het contract en voor het omgaan met onvoorzienbare situaties noodzakelijk en die mechanismen moeten worden opgezet op een wijze die toelaat het belang en de voordelen van PPS te behouden tijdens de volledige looptijd ervan.

Hiertoe moeten in de aanbestedingsdocumenten mechanismen ingebouwd worden om de contracten te wijzigen om zich ervan te vergewissen dat het project op lange termijn aan de behoeften van de gemeenschap blijft voldoen, waarbij tegelijk de rechten en de verwachtingen van de private contractant worden beschermd.

Naast de wettelijke aanpassingsmechanismen die voor overheidsopdrachten en voor concessies bestaan, zou het goed zijn om in de initiële PPS-overeenkomst te bepalen welke aanpassingsmechanismen kunnen toegepast worden. Deze mechanismen zullen de mededingingsregels moeten naleven (zie mededeling van de Europese Commissie) en mogen niet gaan over de essentiële voorwaarden van de overeenkomst (bijvoorbeeld het voorwerp van de werkzaamheden of de dienstverlening die de aannemer moet leveren of de vergoedingen die opgelegd worden aan de gebruikers van de dienst die de aannemer levert).

De Confederatie Bouw, de spreekbuis van de sector

De Confederatie Bouw is de overkoepelende werkgeversorganisatie van de hele bouwsector in België. Zij vertegenwoordigt en verdedigt meer dan 15.000 bouwondernemingen en zelfstandigen die actief zijn in alle uitvoerende bouw-milieu- en energie- activiteiten.

Als overkoepelende confederatie verdedigt zij hun belangen op lokaal, gewestelijk, federaal, Europees en internationaal vlak, samen met haar drie gewestconfederaties, 17 lokale Confederaties en 18 beroepsfederaties.

De Confederatie Bouw heeft sinds bijna 65 jaar een stevige reputatie opgebouwd als betrouwbare belangenverdediger en dienstverlener van de bouwbedrijven die bovendien ijvert voor een sterke bouwsector als motor van economische groei en sociale welvaart in een toekomstgerichte maatschappij.

Confederatie Bouw

Lombardstraat 34-42 – 1000 Brussel
Tel: 02/545.56.00 – Fax: 02/545.59.00
info@confederatiebouw.be
www.confederatiebouw.be
www.ikzoekenvakman.be
www.openwervendag.be
www.formalis.be

Gewestconfederaties

Vlaamse Confederatie Bouw (VCB)

Lombardstraat 34-42 – 1000 Brussel
Tel: 02/545.57.49 – Fax: 02/545.59.07
info@vcb.be
www.confederatiebouw.be/vlaanderen


Confederatie Bouw Brussel-Hoofdstad (CBB-H)

Lombardstraat 34-42 – 1000 Brussel
Tel: 02/545.58.29 – Fax: 02/545.59.06
brussel.hoofdstad@confederatiebouw.be
www.confederatiebouw.be/brusselhoofdstad

Confédération Construction Wallonne (CCW)

Rue du Lombard 34-42 – 1000 Bruxelles
Tél: 02/545.56.68 – Fax: 02/545.59.05
wallonie@confederationconstruction.be
www.confederationconstruction.be/wallonie

De adressen en contactgegevens van onze lokale confederaties en beroepsfederaties vindt u op www.confederatiebouw.be





Rechtskader voor publiek-private samenwerking

Verantwoordelijke uitgever: Robert de Mûelenaere
Lombardstraat 34-42, 1000 Brussel

© 2010 – Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze publicatie mag gekopieerd worden, in een elektronisch systeem worden ingevoerd, onder de vorm van fotokopieën of om het even welke andere vorm, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.