

Houthalen, 12 december 2013

Kenniscentrum PPS
t.a.v. Kaatje Molenberghs en Steven van Garsse
Koolstraat 35
1000 Brussel

Betreft: Afstemming DBFM procedure op het vernieuwd planningsproces krachtens het decreet voor versnelling van de complexe projecten

1 PROBLEEMSTELLING

Eén of andere vorm van kruisbestuiving tussen het project MER-onderzoek en de te organiseren DBFM-gunningsprocedure vindt tot op heden zelden plaats omdat in het kader van de huidige plannings- en vergunningsprocedures zeer moeilijk een doeltreffend evenwicht kan worden gevonden tussen enerzijds de verplichtingen inzake openbaarheid en consultatie van het publiek in het kader van de milieueffectenrapportage en anderzijds de verplichtingen inzake vertrouwelijkheid in het kader van de DBFM-gunningsprocedure.

De moeilijkheden om dit evenwicht te bereiken, leiden er toe dat in de huidige DBFM-procedures veelal wordt gewerkt met een “sequentieel traject” waarin eerst een MER wordt opgemaakt op basis van een referentieontwerp. Vervolgens dienen de aannemers die meedingen naar de DBFM opdracht aan te tonen dat hun projectvoorstel past binnen het referentie-ontwerp dat werd onderzocht in het MER, zonder dat er evenwel sprake is geweest van een uitwisseling van informatie uit het gunningsproces en de informatie uit de milieueffectenrapportage. Deze aanpak leidt in bepaalde gevallen tot problematische situaties.

Een alternatieve werkwijze houdt in dat eerst het volledige gunningsproces wordt doorlopen en het vervolgens aan de voorkeursbieder toekomt om zelf een project-MER op te maken voor het project dat hij wenst te realiseren. In dat geval bestaat evenwel het risico dat na aanduiding van de voorkeursbieder blijkt dat het project van de voorkeursbieder vanuit milieu-oogpunt niet wenselijk is of dat nog significante wijzigingen moeten worden doorgevoerd aan het project als antwoord op de bevindingen van het project-MER.

Het verdient daarom aanbeveling om een werkwijze te zoeken waarbij de input van de geselecteerde kandidaten in het kader van de DBFM-procedure wordt meegenomen tijdens de opmaak van het project-MER en de informatie die voortkomt uit het MER, wordt teruggekoppeld naar de lopende DBFM-gunningsprocedure.

2 VRAAGSTELLING

Het geplande decreet betreffende complexe projecten voorziet in een geïntegreerd plannings- en vergunningsproces waarbij de besluitvorming gefaseerd verloopt en gestalte krijgt binnen een model dat gericht is op de daadwerkelijke realisatie van complexe projecten binnen een aanvaardbare termijn en met een maximaal draagvlak.

De vraag rijst of een reële wisselwerking tussen de organisatie van het geïntegreerde plannings- en vergunningsproces voor een complex project, zoals bedoeld in het decreet betreffende complexe projecten enerzijds, en de organisatie van de DBFM gunningsprocedure die beoogt het desbetreffende complexe project te gunnen met in acht name van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten anderzijds, in deze nieuwe context juridisch haalbaar is. En zo ja, onder welke voorwaarden.

Het bestaan van een wisselwerking tussen beide trajecten lijkt alvast in theorie substantiële voordelen te bieden. De precieze draagwijdte van voornoemde denkbare voordelen zal hierbij evenwel steeds afhankelijk zijn van het ogenblik van interactie tussen de beide processen.

In de meest ideale omstandigheden (= MAXIMALE AMBITIENIVEAU) zouden de diverse creatieve oplossingen vanwege de ontwerpers van de geselecteerde kandidaten binnen de DBFM gunningsprocedure mede het voorwerp kunnen uitmaken van het projectenonderzoek dat plaatsvindt na de goedkeuring van het voorkeursbesluit. De aangeboden creatieve oplossingen spelen dan een belangrijke rol in het alternatievenonderzoek en dus finaal ook in het geïntegreerd effectenonderzoek. Uit deze onderzoeken zal dan blijken in welke mate de creatieve oplossingen vanwege de ontwerpers al dan niet weerhouden kunnen worden, en zo ja zal blijken welke bijstellingen desgevallend nog noodzakelijk zijn.

Indien de wisselwerking zo wordt georganiseerd dragen de ontwerpers van de geselecteerde kandidaten bij in het MER onderzoek. Deze werkwijze versterkt de diepgang van het MER onderzoek ongetwijfeld. Daarenboven leidt deze aanpak er wellicht toe dat meerdere kandidaten ten opzichte van elkaar effectief aan elkaar gewaagd blijven wat de concurrentie binnen de gunningsprocedure versterkt. Doordat de geselecteerde kandidaten feedback krijgen vanuit het MER proces omtrent hun eigen voorstel, zullen zij in staat zijn hun voorstel nog aan te passen in de volgende fase van de gunningsprocedure (bvb. indienen van een deelofferte 2), wat het realiteitsgehalte van de diverse projectvoorstellen enkel maar versterkt.

In een minder ambitieuze benadering (= GEMATIGD AMBITIENIVEAU) wordt de wisselwerking enkel georganiseerd op het niveau van de preferred bidder. Het ontwerpvoorstel van deze inschrijver zal desgevallend worden bijgestuurd in functie van de conclusies zoals die blijken uit adviesronde en het openbaar onderzoek.

3 DOEL, INHOUD EN UITGANGSPUNTEN VAN DE JURIDISCHE ANALYSE

In de hierna volgende analyse wordt vooreerst onderzocht of, en zo ja welke, extra mogelijkheden het nieuwe decreet inzake de complexe projecten (zie hierna onder 4) en de nieuwe regelgeving inzake overheidsopdrachten (zie hierna onder 5) bieden ten opzichte van het vroegere juridische kader.

Vervolgens wordt onderzocht hoe de beoogde wisselwerking tussen het planningsproces voor een complex project en de DBFM gunningsprocedure in functie van de realisatie van het complexe project gestalte zou kunnen krijgen. Dit onderzoek gebeurt aan de hand van vier scenario's (zie hierna onder 6). Twee scenario's

kaderen binnen de onderhandelingsprocedure en twee scenario's kaderen binnen een concurrentiedialoog, waarbij telkens wordt uitgegaan van de hiervoor gesitueerde "gematigde" en "maximale ambitie". Op grond van de analyse van de vier scenario's worden bij wijze van conclusie een aantal aanbevelingen gedaan (zie onder 7)

In functie van de hierna volgende analyse van gelden de volgende uitgangspunten.

Aangezien de besluitvorming tijdens het voortraject die uitmondt in het voorkeursbesluit een proces is dat gekenmerkt wordt door beleidsmatige en strategische afwegingen waarbij het bestuur haar beleidsverantwoordelijkheid in functie van haar beleidsdoelstellingen volwaardig moet kunnen nemen in een serene sfeer, is een interactie met de private markt, die zou kunnen ontstaan in de schoot van een DBFM gunningsprocedure, in deze prille fase niet opportuun. De potenties en valkuilen van de interactie tussen het MER onderzoek en de gunningsprocedure worden hierna dan ook enkel onderzocht vanaf de uitwerkingsfase, dit is vanaf het voorkeursbesluit.

Eveneens wordt er hierna zonder verder onderzoek aangenomen dat het decreet betreffende de complexe projecten in overeenstemming is met vereisten die voortvloeien uit de Belgische Grondwet en het Europees recht. Deze denkoefening werd immers reeds gemaakt in het kader van de opdracht tot opmaak van het decreet complexe projecten en behoort niet tot de scope van voorliggende analyse.

4 HET DECREET BETREFFENDE COMPLEXE PROJECTEN BIJDT MOGELIJKHEDEN TOT INTEGRATIE VAN DBFM-PROCEDURE EN PLANNINGS- EN VERGUNNINGSPROCEDURE, HIERBIJ MEDE VERSTERKT DOOR HET DECREET BETREFFENDE DE OPENBAARHEID VAN BESTUUR

Het decreet betreffende complexe projecten biedt meer mogelijkheden dan de bestaande, gewone plannings- en vergunningsprocedure ten einde de beoogde wisselwerking te organiseren tussen DBFM-procedure en het plannings- en vergunningsproces.

Cruciaal daarbij is dat in het kader van het decreet betreffende complexe projecten niet is voorzien in een openbaar onderzoek of terinzagelegging van de projectonderzoeksnota.¹ De projectonderzoeksnota bevat een beschrijving van het project en de flankerende maatregelen die genomen zijn in het voorkeursbesluit, de op uitvoeringsniveau redelijkerwijs te onderzoeken alternatieven en de wijze waarop de effecten van het project, de flankerende maatregelen en de redelijke alternatieven zullen worden onderzocht en beoordeeld in het licht van het te nemen projectbesluit. Deze nota is bijgevolg vergelijkbaar met de kennisgeving in de bestaande procedure.

De terinzagelegging van de kennisgeving in het kader van de gewone procedure, leidt er toe dat, rekening houdend met de verplichtingen inzake vertrouwelijkheid in het kader van de DBFM-procedure, geen informatie uit de DBFM-procedure kan worden meegenomen in de kennisgeving. In dat geval zou de vertrouwelijkheid van deze informatie immers niet langer zijn gegarandeerd.

¹ Zoals reeds mondeling toegelicht, is er rekening mee te houden dat dit onderscheid tussen enerzijds de gewone procedure, waar de kennisgeving terinzage wordt gelegd en de procedure van het decreet betreffende complexe projecten, waar geen dergelijke terinzagelegging is voorzien, mogelijks problematisch in het licht van het gelijkheidsbeginsel (zie GwH 31 juli 2013, nr. 114/2013). Wij nemen aan dat deze problematiek werd of wordt onderzocht in het kader van de procedure tot opmaak van de decreet betreffende complexe projecten.

Doordat de projectonderzoeksnota in het kader van het decreet betreffende complexe projecten niet ter inzage moet worden gelegd, kan in het kader van het decreet betreffende complexe projecten wel reeds informatie uit de DBFM-procedure worden meegenomen in deze fase.

De mogelijkheid tot onttrekking van de informatie uit de DBFM-procedure in de projectenonderzoeksnota valt tevens te verantwoorden in het licht van het decreet betreffende de openbaarheid van bestuur.

Op grond van het Vlaamse decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur is het immers mogelijk om commerciële en industriële informatie met betrekking tot de ingediende offertes die in de projectonderzoeksnota of in andere documenten worden opgenomen, te onttrekken aan de openbaarheid. Artikel 15, § 1, 7° van het decreet laat immers toe dat aanvragen in het kader van de openbaarheid van bestuur worden geweigerd indien de overheid oordeelt dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie wanneer die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

De beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur oordeelde in dat kader dat met de bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële gegevens in het kader van een overheidsopdracht duidelijk een gelegitimeerd economisch belang wordt gevrijwaard, namelijk voorkomen dat er significante schade zou toegebracht worden aan de betrokken firma's door het openbaar maken van deze gegevens en daardoor de mogelijkheid creëren dat aan de concurrenten een competitief voordeel zou worden gegeven doordat inzicht zou worden gegeven in o.a. het ontwerp, de aangeboden garanties, de aanpak, de visie over het project.² De beroepsinstantie oordeelde dan ook dat het belang van de openbaarheid, zelfs indien het gaat om milieu-informatie, in dat geval niet opweegt tegen de bescherming van het belang dat gepaard gaat met het vertrouwelijk karakter van de commerciële informatie van de betrokken firma's, zodat deze informatie aan de openbaarmaking kan worden onttrokken. Ook het document met de beoordeling van de milieukundige aspecten van de verschillende ingediende aspecten, kon volgens de beroepsinstantie op grond van dezelfde argumentatie worden onttrokken aan de openbaarheid.

Ook het milieueffectenrapport zelf, waarin vervolgens de verschillende voorstellen worden onderzocht, is onttrokken aan de openbaarheid zolang het niet definitief is. Artikel 11, 2° van het decreet van 26 maart 2004 laat immers toe dat een verzoek tot openbaarheid kan worden geweigerd indien de aanvraag betrekking heeft op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn. Concreet betekent dit dat de inhoud van een MER niet onderworpen is aan de openbaarheid van bestuur, zolang het niet definitief is ingediend bij de Dienst MER. Het is immers pas op dat ogenblik dat het document als volledig kan worden beschouwd.

Het nieuwe decreet betreffende complexe projecten biedt bijgevolg een mogelijkheid om vanaf een vroeg stadium – na definitieve vaststelling van het voorkeursbesluit – de DBFM-procedure op te starten en om van meet af aan de input uit de DBFM-procedure mee te nemen in het plannings- en vergunningsproces, waarbij er tussen beide trajecten een wisselwerking kan ontstaan, zonder dat daardoor de verplichting tot vertrouwelijkheid in het gedrang komt van de informatie die in het kader van de DBFM-procedure wordt meegedeeld door de kandidaten.

² Beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur, 4 juli 2008, dossiernummer OVB/2008/76 inzake de aanvraag tot openbaarheid gericht aan de nv LRM van de bestuursdocumenten aangaande het dossier "oprichten van een zonnepanelenpark op het slibbekken van Heusden-Zolder".

5 ARTIKEL 11 VAN DE NIEUWE WET OVERHEIDSOPDRACHTEN BIEDT MOGELIJKHEDEN TOT INTEGRATIE VAN DBFM-PROCEDURE EN PLANNINGS- EN VERGUNNINGSPROCES

In de nieuwe wetgeving inzake overheidsopdrachten is er een vernieuwd artikel opgenomen inzake de vertrouwelijkheid van de informatie die wordt meegedeeld in het kader van de organisatie van de gunningsprocedure.

Artikel 11 van de nieuwe wet overheidsopdrachten bepaalt dat het verboden is vertrouwelijke informatie bekend te maken die door de kandidaten of inschrijvers, of, tijdens de uitvoering van de opdracht, door de aannemer, leverancier of dienstverlener, wordt verstrekt en betrekking heeft op de gunning en uitvoering van de opdracht.

De richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG bevatten eveneens bepalingen in verband met de niet bekendmaking van vertrouwelijke informatie die door de ondernemers wordt verstrekt. Deze informatie omvat met name de technische of commerciële geheimen en alle vertrouwelijke aspecten van de offertes, bijvoorbeeld de eenheidsprijzen.

Hieraan wordt uitdrukkelijk toegevoegd dat voormeld verbod geldt voor de aanbestedende overheid, de personen die in voorkomend geval deel uitmaken van haar organen, haar ambtenaren, alsook de personen die haar ondersteuning bieden, zoals een studiebureau met een adviesopdracht. De aanbestedende overheid kan ook eisen opleggen om het vertrouwelijke karakter te beschermen van de informatie die ze mededeelt aan de kandidaten en inschrijvers.

Voorgaand artikel in acht genomen, lijkt het verdedigbaar te stellen dat elke ambtenaar die in het kader van zijn taakstelling op één of andere wijze kennis neemt van vertrouwelijke documenten inzake een lopende gunningsprocedure er toe gehouden zal zijn voormeld verbod te respecteren. In het bijzonder kan hierbij gedacht worden aan de procesverantwoordelijke, de adviesinstanties, de ambtenaren die gemachtigd zijn om de beslissingen te nemen zoals vermeld in de artikelen 40 en 41 van het decreet complexe projecten, Uit de mogelijkheid die geboden worden aan de aanbestedende overheid om eigen eisen op te leggen in functie van de bescherming van de informatie, mag daarenboven wellicht afgeleid worden dat de problematiek van de bescherming van informatie een 'doelmatig' streven is dat steeds ad hoc kan worden geregeld en beoordeeld.

Los van het juridische aspect mag het psychologische aspect inzake de vertrouwelijkheid niet onderschat worden. Het zal van uiterst groot belang zijn om steeds correct te informeren omtrent de wijze waarop de informatie vanwege de inschrijvers op uiterst gecontroleerde en diligente wijze mede het voorwerp zal uitmaken van het planningsproces. Zo niet zal de private markt erg argwanend zijn en wellicht afhaken.

6 ANALYSE VAN VIER SCENARIO'S

De problematiek wordt hierna benaderd vanuit twee gunningsprocedures; met name de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de concurrentiedialoog.

In het kader van de onderhandelingsprocedure wordt een aanpak bekeken waarbij de "dFBM" gunningsprocedure volgt op de procedure van het planningsproces (= sequentiële benadering) versus een aanpak waarbij het planningsproces de "DBFM" procedure doorkruist (=vervlechtingmodel).

In het kader van de concurrentiedialoog wordt een aanpak bekeken waarbij elke deelnemer aan de dialoog strikt blijft werken binnen zijn eigen visie (= cocoon-model) versus een aanpak waarbij elke deelnemer instemt met een werkwijze waarbij de deelnemers van de sterkste visies van elkaar kunnen leren tijdens de dialoog (= geoorloofde cherry picking).

In bijlage is een overzichtstabel opgenomen inzake elke bijlage.

6.1 Scenario 1: onderhandelingsprocedure met referentieontwerp (dBFM) - sequentieel

In een eerste scenario wordt er van uitgegaan dat de aanbestedende overheid in het kader van de uitwerking van het bestek gebruik maakt van een referentieontwerp dat zijzelf heeft laten opmaken door haar eigen architect/studiebureau. De aanbestedende overheid zal hier doorgaans toe besluiten indien zij van oordeel is dat het concept van het project niet integraal vrij bepaald kan worden door de markt. Dit omwille van eigen technische wensen, de opportuniteit van een goede vergelijkingsbasis (= de referentie) tussen de ontwerpen, ...

Het referentieontwerp maakt vervolgens het voorwerp uit van het geïntegreerd effectenonderzoek. Het referentieontwerp wordt lopende het planningsproces bijgestuurd in functie van de bekomen input vanuit het planningsproces. De geselecteerde kandidaten zullen hun offerteontwerp enten op het desbetreffende referentieontwerp. Hun ontwerptaak wordt aldus beperkt tot een optimalisatie/verfijning van het referentieontwerp (= kleine "d") in functie van de prijs, het onderhoud en/of de exploitatie, dit laatste in geval van een DBFMO.

Enkel het offerteontwerp van de preferred bidder wordt finaal betrokken in het openbaar onderzoek.³ Op grond van de feedback uit het openbaar onderzoek (aangevuld met de advisering door de bevoegde instanties) wordt beslist of de preferred bidder zijn ontwerp al dan niet nog dient aan te passen in functie van de vaststelling van het Projectbesluit.

Er wordt vervolgens pas tot gunning overgegaan nadat de beroepstermijn ten aanzien van het definitief vastgestelde Projectbesluit is verstreken.

Evaluatie:

Deze aanpak is uiterst solide in functie van de hier besproken problematiek. Doordat in eerste instantie gewerkt wordt met een referentieontwerp vanwege de aanbestedende overheid dat wordt betrokken in het effectenonderzoek, bestaat er in die fase geen risico op lekkage omtrent marktgevoelige informatie naar de gunningsprocedure die in deze planningsfase nog maar op selectieniveau zit.

Ook ten tijde van het openbaar onderzoek zijn de risico's op lekkage van gevoelige informatie en de consequenties van dergelijke lekkage van informatie beperkt precies omdat op dat ogenblik reeds een preferred bidder bestaat. Dit maakt dat de informatie die eventueel zou achterhaald worden door concurrerende bedrijven in het kader van het openbaar onderzoek de facto weinig relevant zal zijn,

³ Uiteraard moet in het kader van het milieueffectenrapport een alternatievenonderzoek worden uitgevoerd, waarin alle redelijke alternatieven mee werden onderzocht. Alle offerteontwerpen dienen in deze hypothese evenwel per definitie te passen binnen het referentieontwerp dat het voorwerp heeft uitgemaakt van het milieueffectenrapport.

aangezien de concurrerende bedrijven deze informatie in principe niet meer kunnen misbruiken in functie van een optimalisatie van de eigen offerte, waartoe zij normaliter geen mogelijkheid meer zullen hebben gezien het feit dat er reeds een preferred bidder is.

Enkel in de mate dat de preferred bidder ingevolge de uitkomst van het openbaar onderzoek in een situatie zou belanden waardoor hij zijn positie als preferred bidder verliest (hetgeen eerder uitzonderlijk zal zijn gezien het feit dat het ontwerp van de preferred bidder voortbouwt op het referentieontwerp dat reeds gescreend werd binnen het planningsproces), wordt de gelekte informatie waardevol/gevoelig gezien het feit dat de concurrerende bedrijven in dergelijke context opnieuw deelnemen aan een verdere in concurrentiestelling. Desalniettemin mag de waarde van de gelekte informatie ook niet overschat worden. In de mate dat de informatie die wordt vrijgegeven in het kader van het openbaar onderzoek is beperkt tot zuiver conceptuele elementen en elke inschrijver daarenboven verplicht blijft om verder te werken binnen het eigen ontwerp, kunnen de risico's dat er concurrentievervalsing zou ontstaan worden ingeperkt.

Keerzijde van het solide karakter van deze procedure is het feit dat deze aanpak weinig ruimte laat voor een creatieve designtaak in hoofde van de inschrijvers binnen de DBFM procedure. Het ambitieniveau inzake de kruisbestuiving zal in dit scenario gematigd blijven.

6.2 Scenario 2: onderhandelingsprocedure zonder referentieontwerp (DBFM) - vervlechting

In een tweede scenario wordt er van uitgegaan dat de aanbestedende overheid in het kader van de uitwerking van het bestek geen gebruik maakt van een referentieontwerp dat zijzelf heeft laten opmaken door haar eigen architect/studiebureau of dat zij wel gebruik maakt van een referentieontwerp, maar dit referentieontwerp in het kader van het bestek niet geldt als een harde randvoorwaarde en dat er met andere woorden van kan worden afgeweken. De aanbestedende overheid zal hier doorgaans toe besluiten indien zij van oordeel is dat het concept van het project bij voorkeur volledig vrij bepaald kan worden door de markt. Dit omwille van een hoog verwachtingspatroon inzake de originaliteit die verwacht mag worden van de markt.

In dit scenario zullen de geselecteerde kandidaten hun voorlopige ontwerpen (zoals ingediend in een eerste offerteronde) ter beschikking stellen van het geïntegreerd effectenonderzoek. De voorlopige ontwerpen die positief worden beoordeeld in dit effectenonderzoek (= trechter) zullen de kans krijgen om geoptimaliseerd te worden in een tweede offertefase, waarbij elke ontwerper enkel feedback krijgt vanuit het effectenonderzoek omtrent zijn eigen ontwerp. De ontwerper zal in de tweede offertefase enkel zijn bestaande eerste ontwerp kunnen optimaliseren en geenszins in de mogelijkheid gesteld worden om 'tabula rasa' met een nieuw ontwerp voor de dag te komen in de tweede offertefase. Doordat de ontwerpers verplicht worden om binnen hun eigen 'cocoon' verder te werken wordt in ieder geval minstens deels vermeden dat lekkage van gevoelige offerte informatie er toe zou leiden dat de concurrentie zou worden vervalst ingevolge de onrechtmatig verkregen informatie.

Voor wat betreft het openbaar onderzoek wordt in dit scenario op dezelfde wijze gehandeld als in het eerste scenario. Enkel het ontwerp van de preferred bidder maakt het voorwerp uit van het openbaar onderzoek. De ontwerpen van de overige kandidaten zullen uiteraard wel moeten worden betrokken in het milieueffectenonderzoek aangezien wellicht aan te nemen is dat deze ontwerpen te beschouwen zijn als redelijke alternatieven.

Evaluatie:

De sterkte van deze aanpak bestaat in het feit dat de diverse ontwerp oplossingen voor de leeuwen gegooid worden in het kader van het effectenonderzoek. Uit deze waaier van oplossingen zal blijken welke oplossingen vanuit MER oogpunt aanvaardbaar of wenselijk zijn. De ambitie inzake de kruisbestuiving zal in dit scenario eerder optimaal zijn.

Bijzonder delicaat in deze aanpak lijkt het feit te zijn dat de besluitvorming die gekoppeld is aan het effectenonderzoek doorgaans een bijzonder determinerende invloed zal hebben om de rangschikking van de kandidaten die doorstoten naar de tweede offertefase. Deze vaststelling zal de aanbestedende overheid zeker niet ontgaan.... Thans doet dergelijke vaststelling geen afbreuk aan de autonome bevoegdheid van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid heeft er toch ook alle belang bij dat zij zo snel mogelijk weet welke alternatieven finaal vergunbaar zullen zijn en welke niet haalbaar zullen zijn omwille van hun impact op de omgeving.

Desalniettemin kan niet voldoende benadrukt worden dat het van groot belang is dat de aanbestedende overheid en de betrokken planningsambtenaren op voorhand goed nadenken over de wijze van aanbesteden, de timing en modaliteiten van de kruisbestuiving en de daaraan verbonden consequenties.

Te meer het transparantiebeginsel de aanbestedende overheid er toe verplicht de methodologie ter zake op voorhand te communiceren ten aanzien van de geselecteerde kandidaten.

6.3 Scenario 3: concurrentiedialoog – cocoon model

In het derde scenario wordt gewerkt met een concurrentiedialoog waarbij de aanpak in feite zeer gelijklopend is met deze in scenario 2. Daar waar in scenario 2 de conceptuele voorstellen uit offertefase één het voorwerp uitmaken van het effectenonderzoek, worden in het kader van voorliggende concurrentiedialoog de eerste dialoogproducten inzake het concept voorgelegd in het kader van het effectenonderzoek. De inschrijvers wiens dialoogproduct positief wordt beoordeeld in het kader van de eerste dialoogronde krijgt toegang tot de tweede dialoogronde alwaar de resterende inschrijvers in staat gesteld worden om hun eerste dialoogproduct aan te optimaliseren en geenszins in de mogelijkheid gesteld worden om 'tabula rasa' met een nieuw dialoogproduct voor de dag te komen in de tweede offertefase. Doordat de ontwerpers verplicht worden om binnen hun eigen dialoog - 'cocoon' verder te werken wordt in ieder geval minstens deels vermeden dat lekkage van gevoelige offerte informatie er toe zou leiden dat de concurrentie zou worden vervalst ingevolge de onrechtmatig verkregen informatie.

Voor wat betreft het openbaar onderzoek wordt in dit scenario op dezelfde wijze gehandeld als in het eerste scenario. Enkel het ontwerp van de preferred bidder maakt het voorwerp uit van het openbaar onderzoek. Opnieuw is er rekening mee te houden dat de ontwerpen van de overige kandidaten wel moeten worden betrokken in het milieueffectenonderzoek aangezien wellicht aan te nemen is dat deze ontwerpen te beschouwen zijn als redelijke alternatieven.

Evaluatie

Toch kan niet ontkend worden dat de risico's verbonden aan het misbruik van onterecht bekomen gevoelige informatie vanwege de concurrenten in deze procedure een stuk groter zijn in vergelijking tot scenario 2.

Daar waar er in scenario 2 reeds eerste 'offertes' zijn ingediend die een duidelijk zeer concreet concept bevatten, betreft het in voorliggende context 'vager omschreven' eerste dialoogproducten. Doordat de dialoogproducten een stuk vager zijn, is de kans op een brede bijsturing aldus per definitie groter. Wat maakt dat de verplichting te werken binnen de eigen cocoon in deze context een stuk zwakker is...

6.4 Scenario 4: concurrentiedialoog – geoorloofde cherry-picking

In scenario 4 wordt strategisch op een andere wijze omgegaan met de gevoelige informatie die afkomstig is van elk van de inschrijvers in dialoofase 1. In deze aanpak wordt op voorhand duidelijk gecommuniceerd dat elke inschrijver de bereidheid moet vertonen om zijn eerste dialoogproduct voor te leggen in het kader van het effectenonderzoek. De drie inschrijvers die het best beoordeeld worden in het effectenonderzoek krijgen een integrale feedback omtrent 'alle ingediende' eerste dialoogproducten. Op grond van deze informatie, die vrij ter beschikking gesteld wordt van de drie overgebleven inschrijvers, kunnen de drie overgebleven inschrijvers een verbeterd concept voorstellen op grond van de feedback die terugvloeit vanuit het effectenonderzoek.

Voor wat betreft het openbaar onderzoek wordt in dit scenario op dezelfde wijze gehandeld als in het eerste scenario. Enkel het ontwerp van de preferred bidder maakt het voorwerp uit van het openbaar onderzoek, maar opnieuw moeten, net als in het tweede en het derde scenario, de overige ontwerpen worden betrokken bij de milieueffectenonderzoek.

Evaluatie

In dit scenario wordt de gevoeligheid van de informatie die na de eerste dialoogronde wordt overgemaakt in het kader van het effectenonderzoek integraal 'ontkracht van haar gevoeligheid' doordat alle inschrijvers op voorhand hebben moeten instemmen met het feit dat elk eerste dialoogproduct naderhand gemeen goed wordt.

De vraag rijst evenwel of de private markt vandaag reeds klaar is voor dergelijke benaderingswijze....

7 AANBEVELINGEN

Op grond van voorgaande samenvatting van onze analyse en overwegingen menen wij enkele aanbevelingen te kunnen formuleren inzake voorliggende problematiek:

Het creëren van een kruisbestuiving tussen het planningsproces en de DBFM gunningsprocedure lijkt juridisch haalbaar.

Wél dienen de volgende afwegingen steeds pro actief en ad hoc gemaakt te worden.

1. Denk in een zeer vroeg stadium (dit is uiterlijk na goedkeuring van het voorkeursbesluit) na over de gepaste gunningswijze. Afhankelijk van de aard van de opdracht, de verwachte input vanwege de inschrijvers in de uitwerking van het concept van het project, de algemene kennis van de mogelijke oplossingen, ... zal het aangewezen zijn hetzij voor een onderhandelingsprocedure hetzij voor een concurrentiedialoog te kiezen.
2. Communiceer de gekozen gunningswijze met de dienst die bevoegd is voor de milieueffectenrapportage en de bevoegde overheid in het kader van het decreet betreffende complexe projecten.

Denk te samen met deze diensten na over:

- 1) de wijze waarop de kruisbestuiving tussen beide processen bij voorkeur wordt georganiseerd;
 - 2) de wijze waarop input wordt gegeven vanuit de gunningsprocedure naar het effectenonderzoek, de wijze waarop de ontwerpconcepten dienen te worden voorgesteld ten einde dienstig te zijn in het kader van het effectenonderzoek;
 - 3) de inhoud van de gedragscode die door de betrokken ambtenaren wordt in acht genomen ten einde de ongewilde verspreiding van informatie te voorkomen; bepaal voldoende flankerende maatregelen of eisen die worden opgelegd ten einde de naleving van de gedragscode te versterken;
 - 4) de wijze waarop vanuit het effectenonderzoek feedback wordt gegeven naar de gunningsprocedure toe;
 - 5) een duidelijke afbakening tussen de taakstelling binnen het effectenonderzoek en de taakstelling binnen de gunningsprocedure inzake de beoordeling van de diverse voorstellen;
3. Respecteer het transparantiebeginsel ten aanzien van de geselecteerde inschrijvers in het kader van de DBFM procedure op maximale wijze:
 - 1) wees bijzonder duidelijk over de werkwijze inzake de kruisbestuiving; welke informatie dienen de inschrijvers te bezorgen in hun diverse offertes, dialoogproducten;

- 2) op welke wijze wordt deze informatie verspreid in functie van het milieueffectenonderzoek;
- 3) hoe wordt het vertrouwelijk karakter van deze gevoelige informatie maximaal gewaarborgd;
- 4) op welke wijze ontvangen de inschrijvers feedback vanuit het milieueffectenonderzoek;
- 5) in welke mate zijn de resultaten van dit onderzoek determinerend voor de verdere deelname aan de gunningsprocedure

Neem voorgaande informatie op in het bijzonder bestek (onderhandelingsprocedure) of het initieel beschrijvend document (concurrentiedialoog)

4. Tracht het delicaat karakter van de vertrouwelijke informatie te ontcrachten door enkel die informatie te verspreiden in het kader van het effectenonderzoek die daadwerkelijk noodzakelijk is voor dat onderzoek. Voorkom dat integrale oplossingen worden verspreid buiten de vertegenwoordigers van de aanbestedende overheid.
5. Neutraliseer mogelijke misbruiken omtrent onrechtmatig verkregen informatie ingevolge de beoogde kruisbestuiving door de deelnemende inschrijvers zoveel mogelijk te verplichten steeds binnen de eigen cocoon te werken.

Voorgaande aanbevelingen geven mogelijke richtingen aan. De concretisering van deze aanbevelingen dient steeds ad hoc beoordeeld te worden.

Opgemaakt door,

Stijn Knaepen¹

Jan Roggen²

Scenario 1 onderhandelingsprocedure (sequentieel)		
Planning	'd'BFM	Toelichting
Startbeslissing	Vooraankondiging	
Voorkeursbesluit	Aankondiging	
Projectonderzoeksnota	Selectiefase	
Geïntegreerd effectenonderzoek		Op basis van referentieontwerp
Synthese + voorontwerp PB		Op basis van referentieontwerp
Adviezen	Selectiefase – gunningsfase – preferred bidder	
Ontwerp Projectbesluit		Finaal ontwerp preferred bidder in ontwerp Projectbesluit
Openbaar onderzoek		Ook mogelijkheid tot advisering over finaal ontwerp voorzien
Goedkeuring dienst MER		
Vaststelling Projectbesluit		
	Gunning dBFM opdracht	

Scenario 2: onderhandelingsprocedure (vervlechting)		
Planning	DBFM	Toelichting
Voorkeursbesluit	Selectie	Link met selectie redelijke alternatieven
	Eerste offerte	
Projectonderzoeksnota	Getrapte onderhandelingen: doorgaan met drie beste kandidaten	Trechtering alternatieven van drie kandidaten + overige redelijke alternatieven
Geïntegreerd effectenonderzoek		Van de alternatieven van kandidaten + overige redelijke alternatieven (confidentieel) - kandidaten zorgen voor ontwerp dat dient als basis voor MER
Synthese + voorontwerp PB	Tweede offerte	Kandidaten krijgen 'enkel' terugkoppeling over eigen alternatief (confidentieel) = cocoon-model
adviezen		Confidentialiteit geldt ook voor adviserende instanties
Ontwerp Projectbesluit	Preferred bidder	Ontwerp PB = keuze voor preferred bidder
Openbaar onderzoek		Ook mogelijkheid tot advisering over ontwerp preferred bidder voorzien
Goedkeuring dienst MER		
Vaststelling Projectbesluit		
	Gunning	

Scenario 3: concurrentiedialoog (cocoon - model)		
Planning	DBFM	Toelichting
Voorkeursbesluit	Selectie	Link met selectie redelijke alternatieven
	Eerste dialoogproduct	
Projectonderzoeksnota	Doorselectie naar 3 kandidaten	Trechtering alternatieven 3 kandidaten + overige redelijke alternatieven (confidentieel)
Geïntegreerd effectenonderzoek		Van de alternatieven van kandidaten + overige redelijke alternatieven (confidentieel) – terugkoppeling met kandidaten omtrent het eigen alternatief = cocoon-model
Synthese + voorontwerp PB	Tweede dialoogproduct (incl. milderende maatregelen)	
Adviezen		Confidentialiteit geldt ook voor adviserende instanties
Ontwerp Projectbesluit	Indienen offertes en aanduiden preferred bidder	Ontwerp PB = keuze voor preferred bidder
Openbaar onderzoek		Ook mogelijkheid tot advisering over ontwerp preferred bidder voorzien
Goedkeuring dienst MER		
Vaststelling Projectbesluit		
	Gunning	

Scenario 4: concurrentiedialoog (geoorloofde 'cherry picking')

Planning	DBFM	Toelichting
Voorkeursbesluit	Selectie	Link met selectie redelijke alternatieven
	Eerste dialoogproduct	Incentive voor indienen waardevolle voorstellen: deelname aan de dialoog is enkel weggelegd voor de drie kandidaten met de beste input
Projectonderzoeksnota	Dialoog vervolg met twee/drie kandidaten	Trechtering alternatieven twee/drie kandidaten + overige redelijke alternatieven – iedereen ziet alle info
Geïntegreerd effectenonderzoek	Tweede dialoogproduct (inclusief milderende maatregelen)	Van de alternatieven van kandidaten + overige redelijke alternatieven – terugkoppeling naar de twee/drie resterende kandidaten – definitief beschrijvend document legt het beste alternatief vast = grondslag offertes
Synthese + voorontwerp PB		
adviezen		Geen confidentialiteit vereist want volledig open?
Ontwerp Projectbesluit	Indienen offertes en aanduiden preferred bidder	Ontwerp PB = keuze voor preferred bidder
Openbaar onderzoek		Ook mogelijkheid tot advisering over ontwerp preferred bidder voorzien
Goedkeuring dienst MER		
Vaststelling Projectbesluit		
	Gunning	