



Vlaams
Parlement

ingediend op **566** (2020-2021) – Nr. 1
1 december 2020 (2020-2021)

Voorstel van resolutie

van Elisabeth Meuleman, Björn Rzoska en Tine Van den Brande

over het garanderen van de naleving
van de regelgeving over de overheidsopdrachten
en het uitwerken van
een fair aanbestedingsbeleid bij de VRT

TOELICHTING

Het Rekenhof is naar aanleiding van een onderzoek van een beperkte selectie VRT-uitgaven nagegaan of de VRT in alle gevallen waarin de regelgeving over de overheidsopdrachten dat vereist, daadwerkelijk de nodige mededinging heeft georganiseerd of een overheidsopdracht heeft geplaatst. Als dat niet het geval was, ging het Rekenhof na of de VRT zich terecht op een nuancering of uitzonderingsgrond beriep.

De bevindingen van het Rekenhof zijn bekendgemaakt in het rapport 'Ondersteunend onderzoek: overheidsopdrachten VRT 2018'.

Bij ruim 38 procent van de onderzochte uitgaven stelt het Rekenhof een tekortkoming op het vlak van mededinging vast. In diverse gevallen wees de VRT een overheidsopdracht rechtstreeks aan een dienstverlener toe, zonder een overheidsopdracht te plaatsen of verschillende ondernemingen te raadplegen, hoewel de regelgeving voor overheidsopdrachten dat vereiste. Minstens kon de VRT niet aantonen dat ze verschillende ondernemers had geraadpleegd of in de onmogelijkheid was om dat te doen, bij gebrek aan stavingsstukken of gemotiveerde beslissing.

Het aanbestedingsrecht steunt op twee belangrijke pijlers. Het beginsel van gelijke behandeling waarborgt dat een aanbesteder deelnemers aan een aanbestedingsprocedure niet bevoordeelt of benadeelt ten opzichte van elkaar of van derden.¹ Het transparantiebeginsel is erop gericht dat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben.²

Het zorgvuldigheidsbeginsel behoort tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en is ook van toepassing op een aanbestedingsprocedure. Het spreekt voor zich dat onzorgvuldigheden bij de organisatie van een aanbestedingstraject al snel kunnen leiden tot andere tekortkomingen, zoals een gebrek aan pertinente, relevante en draagkrachtige motieven, een onvolkomen afweging of een gebrek aan een degelijke vergelijking van biedingen.

Om die redenen geldt dat nuances en afwijkingen op het algemene toepassingsgebied van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, hierna de Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU te noemen, en van de daaruit afgeleide wetgeving strikt moeten worden geïnterpreteerd.³ Dat houdt in dat afwijkingen of nuances daarop als een uitzondering moeten worden beschouwd en dat de toepassingsvoorwaarden ervan restrictief moeten worden uitgelegd en nageleefd. Zelfs in die uitzonderingsgevallen moet vanuit het beginsel van behoorlijk bestuur principieel rekening worden gehouden met gelijkheid en transparantie.

Artikel 5, §1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten omvat daarbij een duidelijke 'antiomzeilingsbepaling', waaruit opnieuw kan worden afgeleid dat nuances en afwijkingen alleen toegepast kunnen worden met inachtneming van de finaliteit van het aanbestedingsrecht: "Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht

¹ HvJ 22 juni 1993, zaak C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257.

² HvJ 25 april 1996, zaak C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161.

³ S. ADRIAENSSEN, N. CARIAT en M. THOMAS, "Principes généraux de la matière", in B. LOMBAERT (ed.), *Droit des marchés publics*, Brugge, die Keure, 2020, 34, nr. 40 ; R. NOGUELLOU, "Substantive EU public procurement law – Chapter I. Scope and coverage of the EU Procurement Directives", in M. TRYBUS, R. CARANTA en G. EDELSTAM (eds.), *EU Public Contract Law: public procurement and beyond*, Brussel, Bruylant, 2013, 27.

is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

Uit het rapport van het Rekenhof blijkt nu dat de aangehaalde tekortkomingen in belangrijke mate te maken hebben met de interpretatie en tenuitvoerlegging van uitzonderingsregimes:

- 1° Voor acht van de tien uitgaven die te maken hadden met een overheidsopdracht van beperkte waarde⁴, toonde de VRT niet aan dat ze de voorwaarden om verschillende ondernemers te consulteren heeft nageleefd.
- 2° Hoewel de regelgeving over de overheidsopdrachten de geconditioneerde mogelijkheid omvat om aanvullende werken, leveringen of diensten te bestellen⁵, mag die regeling niet worden gebruikt om de regelgeving over de overheidsopdrachten buiten toepassing te stellen. In zijn rapport constateert het Rekenhof dat de VRT die mogelijkheid in de praktijk heeft aangewend om bijbestellingen te plaatsen onder verwijzing naar overeenkomsten waarvan de contractuele einddatum al geruime tijd verstreken was.
- 3° Artikel 42, §1, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten somt de limitatieve gevallen op waarin een overheidsopdracht uitzonderlijk gegund kan worden bij wijze van onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.
 - a) Een bekend voorbeeld is het geval waarin de goed te keuren uitgave lager is dan de door de Koning vastgestelde bedragen.⁶ De aanbestedende overheid kan zich in dat geval beperken tot het raadplegen van drie kandidaten⁷, behalve als dat werkelijk niet mogelijk blijkt. In zijn rapport wijst het Rekenhof erop dat de VRT die techniek heeft gehanteerd zonder verschillende ondernemers te raadplegen en zonder over een gedocumenteerde of gemotiveerde beslissing te beschikken.
 - b) Een ander voor de VRT relevant voorbeeld is het geval waarin de opdracht maar door één welbepaalde onderneming uitgevoerd kan worden, namelijk als de opdracht om technische of artistieke redenen of wegens de bescherming van alleenrechten maar aan één aannemer, leverancier of dienstverlener kan worden gegund.⁸ In dat geval moet steeds aangetoond worden dat er geen valabel equivalent op de markt voorhanden is⁹, waarbij de aanbestedende overheid behoorlijke inspanningen moet verrichten.¹⁰ Dat er sprake moet zijn van een objectieve onmogelijkheid om met een andere ondernemer een contract te sluiten, blijkt uit de bewoordingen van overweging 50 van de Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU, die verwijst naar gevallen waarbij “objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. Dit is het geval met kunstwerken, waarbij het unieke karakter en de waarde van het kunstvoorwerp inherent zijn aan de identiteit van de kunstenaar. De exclusiviteit kan ook uit een andere reden voortkomen, maar het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder

⁴ Voor een opdracht van beperkte waarde geldt een flexibel stelsel van plaatsing en uitvoering, waarbij de aanbestedende overheid verschillende ondernemers raadpleegt, maar geen wettelijke verplichting heeft om een gemotiveerde beslissing op te maken of om na de gunning informatie te verstrekken. De raadpleging kan op informele wijze en zelfs mondeling gebeuren, maar de aanbestedende overheid moet die raadpleging wel voldoende documenteren en het bewijs ervan kunnen leveren. Een opdracht van beperkte waarde kan tot stand komen met aanvaarde factuur (artikel 92 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten).

⁵ Artikel 38/1 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten bepaalt vandaag dat een dergelijke wijziging zonder nieuwe plaatsingsprocedure mag worden doorgevoerd op voorwaarde dat het om economische of technische redenen niet mogelijk is om van opdrachtnemer te veranderen of als een nieuwe plaatsingsprocedure tot een aanzienlijk ongemak of tot een aanzienlijke stijging van de kosten zou leiden.

⁶ Artikel 42, §1, eerste lid, 1°, a), van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

⁷ RvS 3 oktober 1989, nr. 33.107, nv Alg. Ondernemingen E.G. Verstraete en Vanhecke.

⁸ Artikel 42, §1, eerste lid, 1°, d), van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

⁹ RvS 26 mei 2011, nr. 213.470, Albatros contracting.

¹⁰ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement* (vol. 1), Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 10-11.

bekendmaking is alleen in geval van objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen, als de exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd. Aanbestedende diensten die zich op deze uitzondering beroepen moeten aangeven waarom er geen goede alternatieven of vervangmiddelen beschikbaar zijn, zoals het gebruik van alternatieve distributiekkanalen, ook buiten de lidstaat van de aanbestedende dienst, of het in overweging nemen van functioneel vergelijkbare werken, leveringen en diensten. Indien technische redenen het exclusieve karakter bepalen, moeten deze nauwkeurig worden omschreven en per geval gemotiveerd worden.” Het Rekenhofrapport heeft aangegeven dat de VRT die mogelijkheid heeft gehanteerd zonder te beschikken over formele stavingsstukken of gemotiveerde gunningsbeslissingen.

- 4° Een complexe uitzonderingsregel vloeit voort uit artikel 10 van de Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU. Op grond van dat artikel is de richtlijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten betreffende “de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programma-materiaal bestemd voor audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten, die worden gegund door aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten, of opdrachten betreffende zendtijd¹¹ of betreffende de levering van programma’s die worden gegund aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten”. In overweging 23 van de richtlijn is aangegeven dat de uitzondering niet geldt voor de levering van technisch materiaal dat nodig is voor de (co)productie en de uitzending van programma’s. Het Hof van Justitie geeft dan ook aan dat de uitzondering niet van toepassing is op “diensten die niet in verband staan met activiteiten die betrekking hebben op de vervulling van de eigenlijke openbaardienstopdracht van de publiekrechtelijke omroeporganisaties”.¹² De regeling is overgenomen in artikel 28, §1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Het Rekenhofrapport heeft inzichtelijk gemaakt dat de uitzonderingsregel – die van strikte interpretatie is – gehanteerd werd in bijna 59 procent van de geselecteerde uitgaven. In een aantal gevallen, zoals bij de aankoop van afgewerkt programmamateriaal of (re)presentaties door bekende figuren, was de toepassing van de uitzonderingsregel terecht. In andere gevallen kon de rechtmatigheid van het gebruik van die regel in de context van het rapport niet worden nagegaan omdat daarvoor een omstandig feitelijk onderzoek nodig is. In die gevallen heeft het Rekenhof wel belangrijke opmerkingen geformuleerd en gevraagd om toekomstgericht een meer gestructureerd afwegingskader en monitoringsstelsel vast te leggen, rekening houdend met de algemene beginselen van transparantie en gelijkheid.

Om toekomstgericht een werking te ontplooien die afgestemd is op die algemene beginselen, is er een set van formele instructies en procedures nodig, en een vorm van monitoring en evaluatie.

Het is wenselijk om die noodzaak op te nemen in de nieuwe beheersovereenkomst met de VRT, waarbij aan de VRT opgedragen wordt om die noodzakelijke instrumenten uit te werken en te implementeren.

Gelet op de complexiteit van de toepassing van de regelgeving over de overheidsopdrachten in de audiovisuele sector, is het raadzaam om de opgemaakte instructies, de procedures, en de monitoring- en evaluatiemechanismen na een screening vast

¹¹ Het gaat hier om de aankoop van zendtijd door publieke instanties in het kader van bijvoorbeeld het bekendmaken van verkeersvoorwaarden, de preventie van overdraagbare ziekten, of het voorkomen of oplossen van misdaden (S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement* (vol. 1), Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 418; zie ook M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1A, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-97, 129-130).

¹² HvJ 13 december 2007, nr. C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786.

te leggen in een beslissing van de Vlaamse Regering. De toezichtsfunctie, vermeld in artikel 30 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, berust immers bij de Vlaamse Regering.

Het is de taak van de toezichthoudende overheid om door middel van zogenaamde interpretatieve omzendbrieven te zorgen voor overeenstemming in de wijze waarop de wetgeving bij de uitoefening van de legaliteitscontrole uitgelegd en toegepast wordt.¹³

In dat kader willen de indieners van dit voorstel van resolutie de Vlaamse Regering verzoeken om bij de redactie van de nieuwe beheersovereenkomst met de VRT toe te zien op de uitwerking van een bepaling die de VRT opdraagt om instructies, procedures, en monitoring- en evaluatiemechanismen uit te werken over de correcte toepassing van de regelgeving over de overheidsopdrachten (in het bijzonder voor de aangehaalde uitzonderingsmaatregelen) en de sensibilisering daarvoor, en om op basis van die voorstellen een interpretatieve richtlijn vast te stellen die eenvoudig toepasbaar en controleerbaar is.

Elisabeth MEULEMAN
Björn RZOSKA
Tine VAN DEN BRANDE

¹³ K. LEUS, *Pseudo-Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992, 29-30.

VOORSTEL VAN RESOLUTIE

Het Vlaams Parlement,

- gelet op:
 - 1° de regelgeving over de overheidsopdrachten die is opgenomen in de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;
 - 2° artikel 30 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie;
 - 3° het rapport 'Ondersteunend onderzoek: overheidsopdrachten VRT 2018' van het Rekenhof;
- overwegende dat:
 - 1° het Rekenhof in zijn rapport 'Ondersteunend onderzoek: overheidsopdrachten VRT 2018' heeft aangetoond dat er bij de uitvoering van de regelgeving over de overheidsopdrachten bij de VRT belangrijke aandachtspunten zijn en er toepassings- en interpretatieproblemen rijzen die een faire mededinging in de weg kunnen staan, zelfs als er rekening gehouden wordt met de bijzondere aard en werking van de VRT;
 - 2° het aanbestedingsrecht niettemin veel ruimte biedt om beslissingen te nemen die tegemoetkomen aan alle belangen die in de context van een aanbesteding spelen en alleen bepaalt hoe de aanbestedende overheid met het belang van de (faire) mededinging moet omgaan. De aanbestedende overheid – in dit geval de VRT – beschikt daarbij over de nodige ruimte om, met het oog op de primaire belangen, de optimale beslissingen te nemen door de specificatie van de aan te besteden vraag, het opstellen van criteria voor de kwalitatieve beoordeling en selectie van ondernemers, en de gunningscriteria;
 - 3° het aanbestedingsrecht bovendien een aantal soepele nuances en uitzonderingen bepaalt, die rekening houden met de behoeften van de audiovisuele sector en met het opereren in een artistieke context;
 - 4° het eigenlijke werkpunt bestaat in het vormgeven en uitrollen van een professioneel en toetsbaar aanbestedingsbeleid;
- vraagt aan de Vlaamse Regering om:
 - 1° in de nieuwe beheersovereenkomst met de VRT een clause op te nemen waarin de VRT belast wordt met de uitwerking van een draaiboek dat bestaat uit:
 - a) een algemeen overzicht van de regelgeving over de overheidsopdrachten, de algemene principes die daarbij een rol spelen, namelijk gelijkheid, transparantie en zorgvuldigheid, en de wijze waarop daarover een sensibiliseringsbeleid gevoerd wordt;
 - b) duidelijke instructies over de gevallen waarin en de wijze waarop gebruik kan worden gemaakt van:
 - 1) de regelingen voor overheidsopdrachten van beperkte waarde, het bijbestellen van werken, leveringen of diensten, en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, in het bijzonder wat artistieke prestaties betreft;
 - 2) artikel 28, §1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;
 - c) monitorings- en evaluatieprocessen die de finaliteit van een resultaatgericht aanbestedingsbeleid in de audiovisuele sector in de hand houden;
 - 2° het uit te werken draaiboek na te zien, eventueel bij te stellen en aan te vullen, en het goed te keuren door middel van een interpretatieve omzendbrief;

- 3° de interpretatieve omzendbrief als richtsnoer te houden bij de uitvoering van het toezicht, vermeld in artikel 30 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie.

Elisabeth MEULEMAN
Björn RZOSKA
Tine VAN DEN BRANDE