Stuk **933** (2001-2002) – Nr. 3

V L A A M S P A R L E M E N T

Zitting 2001-2002

20 maart 2002

VOORSTEL VAN RESOLUTIE

– van de heren Johan Weyts, Stefaan Platteau, Herman De Reuse en Lucien Suykens, mevrouw Ann De Martelaer en de heer Chris Vandenbroeke –

betreffende het aanstellen van advocaten door de Vlaamse overheid

TEKST AANGENOMEN DOOR DE PLENAIRE VERGADERING

Zie :

933 (2001-2002)

– Nr. 1 : Voorstel van resolutie

– Nr. 2 : Verslag

Het Vlaams Parlement,

– gelet op :

1° de bespreking van het artikel "De Vlaamse Landmaatschappij : de gunning van overheidsopdrachten" uit het Boek van het Rekenhof 2000 in de Subcommissie voor Financiën en Begroting en de Commissie voor Algemeen Beleid, Financiën en Begroting ;

2° het advies van de Vereniging van Vlaamse Balies van 12 september 2001 inzake de gunning van juridische diensten aan advocaten door de Vlaamse regering ;

– stelt, inzake de Vlaamse Landmaatschappij, vast dat :

1° de gunning van juridische diensten aan advocaten bij de Vlaamse Landmaatschappij (VLM) een specifiek probleem vormt omdat de VLM van oordeel is dat de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten niet op dienstverlening door advocaten van toepassing is. De VLM gunt dergelijke opdrachten buiten mededinging ;

2° het Rekenhof deze visie niet kan bijtreden, aangezien de wet op de overheidsopdrachten juridische diensten uitdrukkelijk in haar bevoegdheidsdomein heeft opgenomen ;

3° het aangehaalde probleem ook geldt voor andere Vlaamse openbare instellingen en departementen ;

– stelt, inzake het aanstellen van advocaten door de Vlaamse overheid, vanuit juridisch oogpunt, vast dat :

1° de juridische dienstverlening niet is onderworpen aan de verplichtingen tot voorafgaande bekendmaking op basis van de Europese richtlijn met betrekking tot diensten, omdat het om een B-dienst gaat ;

2° de juridische dienstverlening principieel wel is onderworpen aan de Belgische reglementering inzake overheidsopdrachten ;

3° volgens artikel 13 van de wet van 24 december 1993 de overheid in de eerste plaats de keuze heeft tussen gunning door aanbesteding en gunning door offerteaanvraag.

In deze materie heeft de overheid steeds de vrije keuze tussen een openbare en een beperkte procedure van aanbesteding, en bovendien de vrijheid om mogelijke contractpartners uit te nodigen om deel te nemen aan een beperkte aanbesteding.

Het gaat in dit geval om een discretionaire bevoegdheid van het bestuur, die echter niet willekeurig mag worden uitgeoefend. Ook bij een beperkte aanbesteding moet er een vergelijkend onderzoek van de biedingen geschieden op grond van de toewijzingscriteria.

Volgens de Vereniging van Vlaamse Balies lijken de aanbiedings- of offerteprocedures niet bijzonder geschikt voor dit soort opdrachten omdat die te omslachtig zijn ;

4° terzake het volgen van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, zoals bepaald in artikel 17 van de wet, op het eerste gezicht wenselijk lijkt, omdat het hier diensten van categorie B betreft waarvan de specificaties van de opdracht, vanwege de aard van de diensten, niet voldoende nauwkeurig kunnen worden bepaald. Het gaat in dit geval immers om adviezen over (eventueel toekomstige) juridische problemen, en een mogelijk optreden in (eventueel nog onbepaalde of toekomstige) juridische geschillen, waarvan de tijdsduur, de verschillende te vervullen plichten en ook het aantal en de aard vaak nog onbekend zijn ;

5° artikel 17 van de wet bovendien bepaalt dat het lastenkohier kan vermelden dat over de opdracht van dienstverlening in kwestie nog een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking kan worden gevoerd, wat inhoudt dat de opdrachtgever vrijstelling geniet van bekendmaking van de "aankondiging van een opdracht" bij het starten van de gunningsprocedure, maar niet van de overige bekendmakingen en van de verplichting om bepaalde inlichtingen te verstrekken. Dat kan gebeuren, als wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 17, § 2, 1°, C, of 53, 2° of 4°.

Voor deze diensten kan bovendien een beroep worden gedaan op de onderhandelings-

procedure zonder naleving van de bekendmakingsregels, indien de totale waarde van de dienstverlening het bedrag van 8,6 miljoen frank niet te boven gaat (artikel 17, § 2, 1°, c, van de wet en artikel 120 van het K.B. nr. 1 van 8 januari 1996, zoals gewijzigd door artikel 46 van het K.B. van 25 maart 1999 en artikel 2 van het K.B. van 20 juli 2000). Deze bedragen moeten worden beoordeeld met inachtneming van de regels van artikel 2, 28 of 58 van hetzelfde K.B. van 8 januari 1996, en met inachtneming van de totale jaarlijkse behoeften in gelijkaardige prestaties gevraagd door de aanbestedende overheid.

Zelfs in dit geval moet normaliter een "raadpleging" gebeuren van meerdere dienstverleners (advocaten) "indien mogelijk". Uit artikel 68, zesde lid, van het K.B. van 8 januari 1996 moet echter worden afgeleid dat de "onmogelijkheid" om die raadpleging te doen, als aangetoond wordt beschouwd voor de "overheidsopdrachten die betrekking hebben op juridische diensten inzake advies en vertegenwoordiging voor de rechtbanken en andere instellingen die geschillen beslechten". Er kan dan ook worden besloten dat er onder het bedrag van 8,6 miljoen frank een grote vrijheid bestaat om een juridische dienstverlener te kiezen ;

6° de onderhandelingsprocedure een eigen karakter heeft dat de overheid zeer veel vrijheid laat. Zeker de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan niet worden vergeleken met de beperkte offerteaanvraag, waarvan de regels bijgevolg ook niet kunnen worden toegepast op deze vorm van gunning van overheidsopdrachten.

Artikel 17, § 1, van de wet stelt immers : "De overheidsopdracht geschiedt bij onderhandelingsprocedure wanneer de aanbestedende overheid meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners van haar keuze raadpleegt en over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen.".

Zelfs indien bekendmakingsregels zijn vereist, kiest de aanbestedende overheid uit die kandidaten die belangstelling hebben getoond, diegene uit die zij wil raadplegen. De aanbestedende overheid is dan, met betrekking tot deze raadpleging, aan geen enkele formaliteit onderworpen, en geniet dezelfde vrijheid als een privé-persoon.

Zodra verschillende ondernemingen effectief worden geraadpleegd, is voldaan aan de wettelijke verplichting zonder dat hier op enigerlei wijze afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid om vrij met alle, bepaalde, en zelfs met één van de kandidaten, te onderhandelen. De onderhandeling mag zelfs worden uitgebreid tot ondernemingen die hun belangstelling later dan de andere lieten blijken.

Het voorwerp van de onderhandelingen zelf wordt overgelaten aan het goeddunken van het bestuur, zelfs als het gaat om de financiële voorwaarden.

De overheid beschikt dus over een zeer ruime manoeuvreerruimte. De Raad van State heeft het bestuur een volledige vrijheid inzake discussie en toewijzing van de opdracht gegeven en heeft geweigerd om de regels inzake offerteaanvraag, meer bepaald wat de toewijzingscriteria betreft, uit te breiden tot de onderhandelingsprocedure.

Het bestuur kan niet enkel de opdracht, na raadpleging en onderhandeling, vrij toekennen, maar beschikt ook, nadat het de medecontractant heeft aangewezen, over een nagenoeg totale vrijheid om over het eigenlijke contract te onderhandelen en het in detail te regelen.

De mogelijkheid tot onderhandelen stopt dus niet bij het aanwijzen van de dienstverlener. Het bestuur kan de overeenkomst ook afwerken en verfijnen. Het bestuur geniet hier dezelfde vrijheid als een privé-persoon ;

7° de gunningsvoorwaarden in voorkomend geval moeten worden aangepast aan de specificiteit van het beroep van advocaat, waarvoor bijvoorbeeld het beroepsgeheim en de onafhankelijkheid gelden ;

8° lastenkohieren of brieven in verband met een te gunnen opdracht vaak ook een vraag naar referentielijsten bevatten.

Het nieuwe reglement op de publiciteit van de Vereniging van Vlaamse Balies maakt het uitdrukkelijk (artikel 5, 1) mogelijk dat de

advocaat melding maakt van behaalde resultaten, van het aantal zaken dat hij (eventueel in een bepaalde materie) behandelt, of van zijn omzet of succespercentage, als dat gevraagd of verwacht wordt in een vergelijkend onderzoek of een gunningsprocedure.

In een gunningsprocedure mogen de vereiste gegevens worden verstrekt met inachtneming van de nodige discretie, en, waar nodig, de instemming van de cliënt (wat onder meer nodig is voor de vermelding van de naam van de cliënt). Als men specificaties of referenties vraagt, om aan te tonen dat de advocaat zich vooral inlaat met een aantal gebieden van het recht, moet de nodige discretie mogelijk zijn, bijvoorbeeld als het gaat om vermeldingen van de voornaamste opdrachten uitgevoerd per rechtsmaterie in de laatste drie jaar, eventueel met vermelding van onderwerp en datum van uitspraak van het gerecht. Een dergelijke lijst kan worden opgesplitst in publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor de juridische bijstand werd verleend, en het aangerekend uurloon kan tevens worden vermeld ;

– stelt, inzake het aanstellen van advocaten door de Vlaamse overheid, vanuit beleidsmatig oogpunt, vast dat :

1° de wijze waarop op dit ogenblik een beroep op de mededinging wordt georganiseerd, doorgaans erg geïmproviseerd en weinig doordacht is ;

2° de overheid het aan zichzelf verplicht is om een beroep te doen op kwaliteitsvolle en voldoende gespecialiseerde advocaten, en haar beslissing terzake omstandig inhoudelijk te motiveren ;

3° er op dit ogenblik bij de overheid geen enkel systeem voor de inschakeling en/of evaluatie van juridische dienstverleners bestaat. Er bestaat terzake ook nauwelijks transparantie. In het algemeen wordt overigens weinig expertise opgebouwd en ter beschikking gesteld met betrekking tot het "aankopen van diensten van een advocaat" ;

4° de keuze van de advocaten uit de politieke of persoonlijke vriendensfeer moet worden gehaald ;

5° een georganiseerd beroep op de mededinging een soepel beroep op dienstverleners niet in de weg mag staan ;

6° aanvaard kan worden dat werkelijk politiek gevoelige dossiers met vrij gekozen dienstverleners worden behandeld ;

7° omdat kwaliteitsvolle dienstverlening voorop moet staan, een prijsvergelijking in die context moet worden gesitueerd. Met een vergelijking op basis van uur- of dagtarieven moet dan ook zeer omzichtig worden omgesprongen. Integendeel moet uitgegaan worden van het prijs-kwaliteitsbeginsel ;

8° het abonnementensysteem met een forfaitaire basis als voornaamste component een kwaliteitsarme dienstverlening in de hand werkt. Er bestaat immers geen enkele prikkel om het standpunt van de overheid zowel in rechte als in feite op een voldoende uitvoerige, eventueel creatieve, behoorlijk onderbouwde wijze weer te geven ;

9° er een groter belang moet worden gehecht aan de evaluatie van de geleverde dienstverlening in het licht van de betaalde prijs ;

– beveelt de Vlaamse regering aan dat :

1° voor de normale aanstellingen een vorm van marktonderzoek gebeurt. Gedacht wordt aan een oproep tot kandidaten voor de behartiging van welbepaalde zaken van welbepaalde departementen/overheden. Die moet verlopen via kanalen die voor advocaten bekend en gebruikelijk zijn (bijvoorbeeld via de website van de Vereniging van Vlaamse Balies) ;

2° de Vlaamse overheid per oproep zorgvuldig bepaalt welk profiel van kantoor ideaal is. Daarbij moet het belang van de overheid voorop staan om een beroep te kunnen doen op een voldoende snelle, efficiënte en kwaliteitsvolle dienstverlening tegen een correcte prijs, in het licht van de aard en het belang van de zaken ;

3° bij de toewijzingscriteria onder meer moet worden gedacht aan de volgende elementen : garanties voor een optimale dienstverlening ; de beschikbare infrastructuur ; de beschikbaarheid ; de vertrouwdheid met de materie

en/of de betrokken rechtscolleges ; de vertrouwdheid met het functioneren van de overheid in de betrokken aangelegenheden ; de wijze van berekening van de staat van onkosten en erelonen ; de afwezigheid van belangenconflicten ;

4° indien de Vlaamse overheid een beroep wil doen op gespecialiseerde advocaten en indien door de Vereniging van Vlaamse Balies mettertijd een instrumentarium ter beschikking kan worden gesteld, dat ertoe moet leiden dat enkel diegenen die in de desbetreffende aangelegenheden bijzonder onderlegd zijn, als specialist kunnen worden gekwalificeerd ;

5° de Vlaamse overheid zich zo moet organiseren dat ze kan toezien op de kwaliteit van de dienstverlening, tegen een transparante en correcte prijs. Zij kan dan ook attesten afleveren die het de dienstverleners mogelijk moet maken om – met het oog op het verkrijgen van andere opdrachten – inhoudelijk getoetste referenties voor te leggen ;

6° een algehele stroomlijning van de gerechtelijke procesvoering door de Vlaamse overheid wordt doorgevoerd.