

Departement deontologie
Adviezen in deontologische kwesties

Het departement deontologie dient de stafhouders en raden van de Orde van advies, adviezen die ook - met goedkeuring van de betrokken opdrachtgevers – worden verspreid naar de overige Vlaamse balies.

1/VVB/Dep. Deontologie/118

Lastenkohier rechtsbijstand in betwiste zaken Veurne 2001-2003 - aanwerving van advocaat voor advies en voeren van procedures op grond van de onderhandelingsprocedure (artikel 17 boek I van de wet van 24 december 1993)

1. Ik dank U voor uw brief van 18 april i.v.m. het "lastenkohier rechtsbijstand in betwiste zaken van de stad Veurne 2001-2003", waarover U advies vraagt.

De brief van de stad Veurne van 12 april 2001 werd aan een twintigtal advocaten (ook van andere balies dan Veurne) gestuurd met verzoek "*desgewenst uw offerte in te dienen voor het verlenen van juridisch advies en rechtsbijstand*".

De lijst van de aangeschreven advocaten werd opgesteld door het College van Burgemeester en Schepenen.

2. Het lastenkohier, waaraan de gemeenteraad op 26 februari 2001 zijn goedkeuring hecht, verwijst naar artikel 17 van boek I van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten, en het K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (over het principe van de onderwerping van advocatencontracten aan de wetgeving op de overheidsopdrachten, zie M. van Doosselaere, "Marchés publics et les services des avocats", T.A.R., 2001, 4).

Bedoeld artikel 17 van de wet betreft de onderhandelingsprocedures en het goedgekeurde lastenkohier vermeldt dat de opdracht van dienstverlening in kwestie het voorwerp uitmaakt van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, wat inhoudt dat de opdrachtgever vrijstelling geniet van bekendmaking van de "*aankondiging van een opdracht*" bij het opstarten van de gunningsprocedure, doch niet van de overige bekendmakingen en te verstrekken informatie (FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, 1996-1997, Deel I, A, 352).

Deze procedure zonder bekendmaking is maar mogelijk onder welomschreven voorwaarden en in welomschreven gevallen.

De overgemaakte documenten (waaronder niet begrepen de gemeenteraadsbeslissing van 26 februari 2001 zelf) laten niet toe na te gaan op grond van welke overwegingen de gemeenteraad de procedure zonder bekendmaking koos ; maar, vermits de overige wettelijke mogelijkheden niet voorhanden lijken, mag worden aangenomen dat de

uitzondering van de niet-bekendmaking hier werd gestoeld op het niet-overschrijden van de jaarlijkse uitgave door de Koning vastgesteld (door artikel 120 van het K.B., nr 1 van 8 januari 1996, zoals gewijzigd door artikel 46, K.B. 25 maart 1999 en artikel 2, K.B. 20 juli 2000).

Deze bedragen moeten beoordeeld worden in functie van de regels van artikel 2, 28 of 58 van hetzelfde K.B., en de globale jaarlijkse behoeften in gelijkaardige prestaties in hoofde van de aanbestedende overheid (FLAMME, e.a., o.c., 355).

3. Het is mij niet mogelijk (en het lijkt mij ook niet nodig) in het beperkte kader van dit advies daarop verder in te gaan. Mij leek de onderhandelingsprocedure met bekendmaking op het eerste zicht meer aangewezen, omdat het hier diensten van categorie B betreft waarvan de aard zelf belet dat de specificaties van de opdracht kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid, zijnde adviezen over toekomstige juridische problemen, en optreden in nog onbepaalde toekomstige juridische geschillen, waarvan ook het aantal en de aard thans nog onbekend zijn (FLAMME, e.a., o.c., 377).

Overigens bezit de overheid steeds de vrije keuze tussen de openbare en de beperkte procedures van aanbesteding (D'HOOGHE, D., De wet van 24/12/1993 betreffende de overheidsopdrachten, R.W., 1994-95, 701, nr 68), zoals ook van de keuze van haar mogelijke contractpartners uitgenodigd om deel te nemen aan een beperkte aanbesteding (R.v.St., 16 oktober 1990, R.W., 1990-91, 813, noot D'Hooghe).

Het gaat om een discretionaire bevoegdheid van het bestuur die echter niet willekeurig mag uitgeoefend worden (R.v.St., 19 februari 1991, T.A.R., 1991, 111 ; R.v.St., 11 oktober 1988, T.A.R., 1991, 127) ; ook bij een beperkte aanbesteding moet er een vergelijkend onderzoek van de biedingen geschieden op grond van de toewijzingscriteria (R.v.St., 31 januari 1986, T.A.R., 1989, 136).

4. De onderhandelingsprocedure heeft echter een eigen karakter, en laat de overheid zeer veel vrijheid. Zeker de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaandelijke bekendmaking kan niet vergeleken worden met de beperkte offerte-aanvraag waarvan de regels derhalve ook niet kunnen toegepast worden op deze vorm van gunning van overheidsopdrachten.

Artikel 17 stelt immers, zoals de Europese Richtlijn die hier wordt weergegeven :

"De aanbestedende overheid raadpleegt meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners van haar keuze en onderhandelt over de voorwaarden van de opdracht met één of meer van hen."

Zelfs indien bekendmakingsregels zijn vereist, kiest de aanbestedende overheid onder de kandidaten die hun belangstelling hebben getoond, deze uit die zij zal raadplegen en zij geniet met betrekking tot deze raadpleging, die aan geen enkele formaliteit is onderworpen, van eenzelfde vrijheid als de privé personen.

Zodra verschillende ondernemingen effectief worden geraadpleegd, is voldaan aan de wettelijke verplichting zonder dat hier op enige wijze afbreuk wordt gedaan aan de

mogelijkheid vrij met alle, of bepaalde, ja 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 (FLAMME, e.a., pag. 378, voetnoot 52).

Ook het voorwerp zelf van de onderhandelingen wordt overgelaten aan het goeddunken van het bestuur. Dat kan zelfs gaan om de financiële voorwaarden, enz.

De overheid beschikt dus over een zeer ruime manoeuvreerruimte. De Raad van State heeft (arrest nr 27.316 van 7 januari 1987) het bestuur een volledige vrijheid inzake discussie en toewijzing van de opdracht gegeven en geweigerd de regels inzake offerte-aanvraag, meer bepaald wat betreft de toewijzingscriteria, uit te breiden tot de onderhandelingsprocedure.

Het bestuur kan niet enkel vrij de opdracht na raadpleging en onderhandeling toekennen, maar beschikt ook, nadat het de mede-contractant heeft aangeduid, over een quasi totale vrijheid om over het eigenlijke contract te onderhandelen en dit op punt te stellen.

De mogelijkheid tot onderhandelen stopt dus niet bij het aanduiden van de aannemer. Zij kan ook de overeenkomst finaliseren en verfijnen. Het bestuur geniet hier dezelfde vrijheid als een privé persoon.

5. Opgemerkt wordt dat in het lastenkohier een zekere dubbelzinnigheid blijft bestaan tussen een beperkte opdracht en een onderhandelingsprocedure, waarnaar nochtans door de verwijzing naar artikel 17 van de wet van 24 december 1993 uitdrukkelijk wordt verwezen.

Dat blijkt o.m. uit de toekenning van punten aan de diverse factoren die in aanmerking zullen genomen worden en afnemen in de volgorde van belang voor de gunning van de opdracht, zijnde de specialisatie (vier punten), de referentielijst (vier punten) en de uurvergoeding (twee punten).

6. Uitgaande van de hoger beschreven principes zijn er op het lastenkohier mij overgemaakt niet veel opmerkingen te formuleren.

Het is trouwens niet de bedoeling terzake een gefundeerd juridisch advies te verlenen in het kader van het recht van de overheidsaanbestedingen.

Vooreerst blijkt dat moet gebruik gemaakt worden voor de inschrijving van het bijgevoegde formulier. Dat maakt dat de gevraagde gegevens wel erg summier en lapidair zullen moeten weergegeven worden (alhoewel addenda ter specificatie niet zijn uitgesloten).

De termijn voor het binnenbrengen van de offertes is niet aangeduid.

In het lastenkohier werd ten onrechte de term van pleitbezorger gebruikt, een functie, activiteit, beroep en kwaliteit die niet meer bestaan sedert 1967.

Ook ten onrechte wordt van specialisatie gesproken ; erkende specialisaties bestaan niet in de advocatuur ; in het inschrijvingsformulier wordt deze term echter afgezwakt naar aanduiding van rechtsgebied en referenties, zodat hier geen bezwaar bestaat.

Eigenaardig in het inschrijvingsformulier is het gebruik van het woord jurist, wanneer de gemeente een advocaat zoekt ; waarom hem dan ook niet eenvoudig als advocaat benoemen.

Een ander jurist kan immers niet voldoen aan het vereiste profiel van rechtsbijstand in betwiste zaken en het optreden als raadsman en pleitbezorger (bedoeld wordt gemandateerde ad litem) van het stadsbestuur als eisende of verwerende partij in rechtsgedingen.

7. Tenslotte is er de gevraagde "referentielijst".

Zoals geweten laat het nieuw reglement op de publiciteit uitdrukkelijk (artikel 5, 1) toe dat de advocaat melding maakt van behaalde resultaten, van het aantal zaken dat hij (eventueel in een bepaalde materie) behandelt, van zijn omzet of succespercentage wanneer dit gevraagd of verwacht wordt in een vergelijkend onderzoek of een gunningsprocedure.

Zoals de toelichting bij het reglement aantoont, gaat het hier niet om eigenlijke publiciteit, of werkelijke uitzonderingen op de regel van artikel 5, daar deze schijnbare uitzonderingen geen publicitair oogmerk hebben.

In beperkte of openbare gunningsprocedures mogen "de vereiste gegevens" verstrekt worden met de nodige discretie, en, waar nodig, de instemming van de cliënt.

De gevraagde specificaties als referenties aangeduid, om aan te tonen dat de advocaat zich vooral inlaat met een aantal gebieden van het recht, laten de nodige discretie toe ; het gaat nl. om vermeldingen van de voornaamste opdrachten uitgevoerd per gebied van het recht in de laatste drie jaar met vermelding van onderwerp en datum van uitspraak.

Het rechtsgebied verwijst dus niet naar het ressort van de rechtbank maar naar de rechtsmaterie, en de referenties slaan dan op het onderwerp en de datum van de uitspraak van het gerecht.

Deze lijst is bovendien opgesplitst in publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor de juridische bijstand werd verleend, en het aangerekend uurloon dient tevens vermeld.

(Eén en ander duidt aan dat het moeilijk zal zijn in de opgegeven kolommen al deze informatie te bevatten.)

Uit deontologisch oogpunt blijken er dus geen bezwaren te bestaan tegen deze werkwijze.

Jo STEVENS
Bestuurder departement deontologie

April 2001