

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/134

De opdrachten gegeven aan advocaten bij wijze van gunning van overheidsopdrachten

De Subcommissie voor Financiën en Begroting van het Vlaams Parlement wenst in het kader van de bespreking van een artikel uit het boek van het Rekenhof 2000, 12^{de} boek met opmerkingen en informatie voorgelegd aan het Vlaams Parlement betreffende de Vlaamse Landmaatschappij (V.L.M.) : de gunning van overheidsopdrachten, het advies van de Vereniging van Vlaamse Balies in te winnen.

Meer bepaald had de Subcommissie graag vernomen hoe de Vereniging idealiter de gunning van juridische diensten van advocaten door de Vlaamse overheid had geregeld gezien.

1. Uitgangspunten – juridisch

- 1.1. De juridische dienstverlening is niet onderworpen aan voorafgaandelijke bekendmakingsverplichtingen op basis van de richtlijn diensten (het gaat om een B-dienst).
- 1.2. De juridische dienstverlening is principieel wel onderworpen aan de Belgische overheidsopdrachtenreglementering (wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten, en K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten).
- 1.3. Hoofdens artikel 13 van de wet heeft de overheid vooreerst de keuze tussen gunning bij aanbesteding of bij offerteaanvraag.

In deze materie bezit de overheid steeds de vrije keuze tussen de openbare en de beperkte procedures van aanbesteding (D'HOOGE, D., De wet van 24/12/1993 betreffende de overheidsopdrachten, R.W., 1994-95, 701, nr 68), zoals ook de

vrijheid van 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).

Maar voor de Vereniging van Vlaamse Balies lijken de aanbiedings- of offerteprocedures niet bijzonder geschikt voor deze soort opdrachten ; ze zijn te omslachtig.

- 1.4. Terzake lijkt de onderhandelingsprocedure van artikel 17 van de wet met bekendmaking op het eerste gezicht 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 (ev. toekomstige) juridische problemen, en optreden in (ev. 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 (FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, 1996-97, Deel I, A, 377).
- 1.5. Artikel 17 van de wet bepaalt bovendien dat het lastenkohier kan vermelden dat de opdracht van dienstverlening in kwestie het voorwerp kan uitmaken 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). Dat kan indien 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 deze onderhandelingsprocedure zonder naleving van de bekendmakingsregels, indien de totale waarde van de dienstverlening het bedrag van 8,6 miljoen BEF 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, 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).

Zelfs in dit geval dient normaliter een “raadpleging” te gebeuren van meerdere dienstverleners (advocaten) “indien mogelijk”. Uit artikel 68, zesde lid K.B. 8 januari 1996 moet echter worden afgeleid dat de “onmogelijkheid” van raadpleging 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 BEF een volledige vrijheid bestaat in de keuze van de juridische dienstverlener.

- 1.6. De onderhandelingsprocedure heeft 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.

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 dienstverlener. Zij kan ook de overeenkomst finaliseren en verfijnen. Het bestuur geniet hier dezelfde vrijheid als een privé persoon.

- 1.7. De gunningsvoorwaarden (het bestek) moeten in voorkomend geval worden aangepast aan de specificiteit van het beroep van advocaat , zoals diens beroepsgeheim en onafhankelijkheid (Zie hierover omstandiger: M. Van Doosselaere, “ Marchés publics et les services des avocats”, *T. Aann.R.*, 2001, 4; Cons. D’Et. (Fr.), 9 april 1999, *T. Aann.R.*, 2001, 97)
- 1.8. Vaak bevatten lastenkohieren of brieven i.v.m. een te gunnen opdracht ook een vraag naar "referentielijsten".

Zoals geweten laat het nieuw reglement op de publiciteit van de Vereniging van Vlaamse Balies 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.

In een gunningsprocedure mogen "de vereiste gegevens" verstrekt worden met de nodige discretie, en, waar nodig, de instemming van de cliënt (wat o.m. nodig is voor de vermelding van de naam van de cliënt).

Eventueel gevraagde specificaties of referenties, om aan te tonen dat de advocaat zich vooral inlaat met een aantal gebieden van het recht, moeten de nodige discretie toelaten ; het gaat bv. om vermeldingen van de voornaamste opdrachten uitgevoerd per rechtsmaterie in de laatste drie jaar ev. met vermelding van onderwerp en datum van uitspraak van het gerecht.

Dergelijke lijst kan worden opgesplitst in publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor de juridische bijstand werd verleend, en het aangerekend uurloon kan tevens worden vermeld.

2. Uitgangspunten – beleidsmatig

- 2.1. De wijze waarop thans soms een beroep op de mededinging wordt georganiseerd is doorgaans erg geïmproviseerd en weinig doordacht.
- 2.2. De overheid is het aan zichzelf verplicht om op kwaliteitsvolle en voldoende gespecialiseerde advocaten een beroep te doen, en haar beslissing terzake omstandig inhoudelijk te motiveren.

- 2.3. Er bestaat vandaag bij de overheid geen enkel systeem voor de inschakeling en/of evaluatie van juridische dienstverleners. Er bestaat ter zake ook nauwelijks transparantie. In het algemeen wordt overigens weinig expertise opgebouwd en ter beschikking gesteld inzake " aankopen van diensten van een advocaat ".
- 2.4. De keuze van de advocaten moet uit de sfeer van politieke of persoonlijke kameraderij gehaald worden.
- 2.5. Een georganiseerd beroep op de mededinging mag een soepel beroep op dienstverleners niet in de weg staan.
- 2.6. Aanvaard kan worden dat werkelijk politiek gevoelige dossiers met vrij gekozen dienstverleners worden behandeld.
- 2.7. Omdat kwaliteitsvolle dienstverlening voorop moet staan, dient een prijsvergelijking in die context te worden geplaatst. Met een vergelijking op basis van uur- of dagtarieven moet dan ook zeer omzichtig worden omgesprongen. Integendeel moet uitgegaan worden van het beginsel "value for money".
- 2.8. Het abonnementensysteem met een forfaitaire basis als voornaamste component werkt een kwaliteitsarme dienstverlening in de hand. Er bestaat immers geen enkele incentive om het standpunt van de overheid zowel in rechte als in feite op een voldoende uitvoerige, eventueel creatieve, behoorlijk onderbouwde wijze weer te geven.
- 2.9. Er dient een groter belang gehecht te worden aan de evaluatie van de geleverde dienstverlening in het licht van de betaalde prijs.

3. Uitwerking – praktisch

- 3.1. Voor de normale aanstellingen zou een vorm van marktbevraging moeten gebeuren. Gedacht kan worden aan een oproep tot kandidaturen voor de behartiging van welbepaalde zaken van welbepaalde departementen/overheden. Deze dient te gebeuren via kanalen die door advocaten gekend en gebruikt worden (b.v. website Vereniging van Vlaamse Balies – mits push aan belangstellenden).
- 3.2. Per oproep zal een overheid zorgvuldig moeten bepalen welk profiel van kantoor "ideaal" is. Daarbij dient het belang van de overheid om te kunnen genieten van een, in het licht van de aard en het belang van de zaken, voldoende snelle, efficiënte en kwaliteitsvolle dienstverlening tegen een correcte prijs voorop te staan.
- 3.3. Bij de toewijzingscriteria kan gedacht worden aan de volgende elementen: garanties voor optimale dienstverlening; beschikbare infrastructuur; beschikbaarheid; vertrouwde met de materie en/of de betrokken rechtscolleges; vertrouwde met het functioneren van de overheid in de betrokken

aangelegenheden; wijze van ereloonberekening / totaalbedrag / kostenberekening; afwezigheid van belangenconflicten.

- 3.4. Waar de overheid een beroep op gespecialiseerde advocaten wenst te doen zou de Vereniging van Vlaamse Balies mettertijd een instrumentarium ter beschikking kunnen stellen. Dit zou ertoe moeten leiden dat enkel degenen die in de desbetreffende aangelegenheden van een bijzondere onderlegdheid doen blijken als specialist kunnen worden aangemerkt.
- 3.5. De overheid dient zich te organiseren om toe te zien op de kwaliteit van de dienstverlening, tegen een transparante en correcte prijs. Zij kan dan ook attesten afleveren die het de dienstverleners moeten mogelijk maken om – met het oog op het bekomen van andere opdrachten - inhoudelijk getoetste referenties voor te leggen.
- 3.6. Het vragen van een borgsom is weinig zinvol.

Jo STEVENS
Bestuurder departement deontologie

September 2001