



OVERHEIDSOPDRACHT VOOR CONTACTOPSPORING BIJ COVID-19

Rechtmatigheid van de gunning





Rekenhof

OVERHEIDSOPDRACHT VOOR CONTACTOPSPORING BIJ COVID-19

Rechtmatigheid van de gunning



*Verslag goedgekeurd in de Nederlandse kamer van het Rekenhof op 25 november 2020
Vlaams Parlement, 39 (2020-2021) – Nr. 1*

INHOUD

Hoofdstuk 1

Inleiding	9
1.1 Voorwerp van het onderzoek	9
1.2 Auditnormen	10

Hoofdstuk 2

Voorafgaande gebeurtenissen	11
-----------------------------	----

Hoofdstuk 3

Overheidsopdracht voor contactopsporing bij COVID-19	13
3.1 Bestek nr. AZG/SD/2020/2	13
3.2 Toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bij hoogdringendheid	14
3.2.1 Algemene principes	14
3.2.2 Toepassing	15
3.3 Fundamentele principes van mededinging en gelijkheid	16
3.3.1 Algemene principes	16
3.3.2 Toepassing	16
3.4 Verloop van de onderhandelingsprocedure	18
3.4.1 Enig ingediende initiële offerte	18
3.4.2 Regularisatie- en onderhandelingsfase	19
3.4.3 Beoordeling van de ingediende offerte	21
3.5 Gunning en sluiting van de opdracht – start uitvoering	23
3.6 Aankondiging van de gegunde opdracht	24

Hoofdstuk 4

Besluit	25
---------	----

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Voorwerp van het onderzoek

Het Rekenhof heeft de plaatsingsprocedure onderzocht van de *overheidsopdracht voor de opsporing (tracing) en begeleiding van personen die mogelijks een risicodragend contact hebben gehad met een COVID-19 besmet persoon/operationeel luik*.

Het onderzoek beperkte zich tot een aantal formeel-juridische overheidsopdrachtenrechtelijke² rechtmatigheidsaspecten met betrekking tot de gunning van de opdracht. Het globale beslissingsproces inzake de contactopsporing, de efficiëntie en effectiviteit van de aanpak en de werking ervan, en de wijze waarop de contactopsporing is opgezet of georganiseerd, behoorden niet tot het onderzoek. De uitvoeringsfase is evenmin onderzocht.

Het onderzoek gebeurde louter op basis van stukken die het Agentschap Zorg en Gezondheid elektronisch bezorgde. Een inzage ter plaatse van het administratief dossier vond vanwege de coronamaatregelen niet plaats.

Het Rekenhof bracht de resultaten van het onderzoek informeel ter kennis van de administrateur-generaal van het Agentschap Zorg en Gezondheid, die op 2 oktober 2020 schriftelijk heeft gereageerd. De reactie is, waar relevant, verwerkt in het verslag.

In het kader van de tegensprekelijke procedure heeft het Rekenhof vervolgens op 14 oktober 2020 zijn ontwerp van verslag voorgelegd aan de Vlaamse minister van Volksgezondheid, Welzijn, Gezin en Armoedebestrijding, met kopie aan de administrateur-generaal van het Agentschap Zorg en Gezondheid.

Het kabinet van de minister meldde op 26 november 2020 dat de hoger vermelde reactie van de administrateur-generaal van het Agentschap Zorg en Gezondheid is opgesteld in overleg met de minister.

² Mogelijk kent de contactopsporing nog andere juridische pijnpunten, bijvoorbeeld op het vlak van privacy en gegevensverwerking of schending van het beroepsgeheim (Zie bv. Tom Goffin: "Contact tracing Covid-19 dwingt artsen tot schending van het beroepsgeheim" - *De Juristenkrant* nr. 409 van 13 mei 2020). Die behoorden echter niet tot het voorwerp van dit onderzoek.

1.2 Auditnormen

Het Rekenhof hanteerde de volgende auditnormen:

- de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016 (hierna de Overheidsopdrachtenwet 2016);
- de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies, zoals gewijzigd door de wet van 16 februari 2017²;
- het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 (hierna het KB Plaatsing);
- het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 22 juni 2017³ (hierna het KB Uitvoering);
- de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en de Raad van State.

Aangezien de overheidsopdracht kadert in de beheersing van de coronacrisis, verwijst het Rekenhof in het bijzonder ook naar:

- de Mededeling van de Europese Commissie - Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie (2020/C 108 I/01);
- de Vlaamse Omzendbrief van 10 april 2020 - KB 2020/01 betreffende de impact van de coronamaatregelen op overheidsopdrachten.

² Wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

³ Koninklijk besluit van 22 juni 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van de inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

HOOFDSTUK 2

Voorafgaande gebeurtenissen

Op 20 april besliste de Interministeriële Conferentie Volksgezondheid dat de deelstaten een systeem van tracing dienden te organiseren en te operationaliseren tegen 3 mei 2020⁴.

Een dag later, op 21 april 2020, startte de Vlaamse Gemeenschap⁵ een eerste plaatsingsprocedure op voor de *opsporing (tracing) en begeleiding van personen die mogelijk een risico dragend contact hebben gehad met een COVID-19 besmet persoon, onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor diensten* (bestek nr. AZG/SD/2020/1) bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wegens hoogdringendheid⁶.

De Vlaamse Gemeenschap schreef diezelfde dag per e-mail drie ondernemingen aan, met name Deloitte, KPMG en EY⁷. De Vlaamse Gemeenschap wachtte hiervoor het advies van de Inspectie van Financiën van 22 april 2020 over het bestek⁸ niet af⁹. Daardoor hield het bestek geen rekening met het advies, dat nochtans wees op een aantal belangrijke tekortkomingen, waaronder de wijze van prijsvaststelling (met name globale prijs). Ook stelde het advies in vraag waarom alleen voormelde dienstverleners werden aangeschreven en bijvoorbeeld niet de interimkantoren: *Gezien de regionale verspreiding, de aard van de opdracht, de gezochte en aantallen profielen en de korte termijnen; lijkt het meer aangewezen zich minstens deels ook te richten naar deze dienstverleners, en niet enkel naar de voorgestelde dienstverleners (...)*¹⁰.

Op 23 april 2020 dienden twee ondernemingen een offerte in. Na inzage van die offertes formuleerde de Inspectie van Financiën een (voorlopig) negatief advies over de gunning van de opdracht¹¹.

⁴ Verslag Interministeriële Conferentie d.d. 20 april 2020.

⁵ De opdracht wordt uitgeschreven door de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering, in de persoon van de Vlaamse minister bevoegd voor het gezondheidsbeleid. Het Agentschap Zorg en Gezondheid is belast met de opvolging van de plaatsingsprocedure.

⁶ De Vlaamse Regering nam daartoe geen formele beslissing. In antwoord op een vraag daarover stelde het Agentschap Zorg en Gezondheid: *Er is geen aparte beslissing van de Vlaamse Regering om de eerste plaatsingsprocedure op te starten, deze beslissing uitte zich in de adviesaanvraag aan IF over het bestek* (e-mail van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 2 september 2020).

⁷ E-mail d.d. 21 april 2020 van de kabinetschef van de Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid, Gezin en Armoedebestrijding

⁸ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 22 april 2020 (LSC/20/0221).

⁹ Volgens de Vlaamse overheid wegens de hoogdringendheid (e-mail van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 21 augustus 2020).

¹⁰ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 22 april 2020 (LSC/20/0221).

¹¹ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 24 april 2020 (LSC/20/0221bis). Het advies was gebaseerd op de offertes, zonder dat al een gunningsverslag was opgemaakt of voorgelegd. Het diende dan ook te worden beschouwd als een ondersteuning bij de noodzakelijke onderhandelingen om tot een regelmatige en afdoende gunning te komen.

Uiteindelijk besloot de Vlaamse Gemeenschap de plaatsingsprocedure stop te zetten¹², o.m. omdat:

- uit de ingediende offertes bleek dat (zoals de Inspectie van Financiën in haar advies had opgemerkt) het bestek een aantal leemtes en onduidelijkheden bevatte, waardoor het voor de inschrijvers niet mogelijk was een degelijke offerte in te dienen (zo was het op basis van de omschrijving van de opdracht niet mogelijk een globale prijs te maken) en het dus noodzakelijk was om bij een eventueel toekomstige opdracht verbeteringen aan te brengen aan het bestek;
- de scope van de overheidsopdracht door nieuwe beslissingen, o.m. van het Overlegcomité van 22 april 2020, *niet meer houdbaar is en substantieel dient te worden aangepast*.

De Vlaamse Gemeenschap startte meteen een nieuwe plaatsingsprocedure op, opnieuw via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (bestek nr. AZG/SD/2020/2)¹³.

¹² Gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing d.d. 27 april 2020.

¹³ Er werd geen formele, afzonderlijke beslissing genomen om de tweede plaatsingsprocedure via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bij hoogdringendheid op te starten. Volgens het Agentschap Zorg en Gezondheid zou de beslissing impliciet blijken uit de adviesaanvraag aan de Inspectie van Financiën over het bestek en uit de beslissing tot niet-plaatsing van de eerste procedure (e-mail d.d. 2 juli 2020 van het Agentschap Zorg en Gezondheid).

HOOFDSTUK 3

Overheidsopdracht voor contactopsporing bij COVID-19

3.1 Bestek nr. AZG/SD/2020/2

De administratieve en technische bepalingen van de tweede plaatsingsprocedure voor de overheidsopdracht voor contactopsporing zijn opgenomen in het Bestek nr. AZG/SD/2020/2.

In haar advies¹⁴ formuleerde de Inspectie van Financiën een aantal bedenkingen bij dit bestek. Enkele daarvan zijn gelijkaardig of identiek aan de opmerkingen die zij eerder formuleerde in haar advies over het bestek van de eerste plaatsingsprocedure¹⁵.

Diverse suggesties van de Inspectie van Financiën waaronder de suggestie om te voorzien in een combinatie van prijsvaststellingen, m.n. een deel globaal, een deel volgens prijslijst en een deel tegen terugbetaling om zo een intra-contractuele evolutie mogelijk te maken en de suggestie om een zwaardere boete bij vertraging op te leggen, gezien het belang van de volksgezondheid zijn niet opgenomen in het definitieve bestek.

Wegens de urgentie is geen borgtocht gevraagd¹⁶.

Het bestek bepaalt de offertes in te dienen per e-mail. Het voorstel van de Inspectie van Financiën om gebruik te maken van het free market-platform¹⁷, is niet opgevolgd.

Als elektronische communicatie verplicht van toepassing is, moet nochtans voor de indiening van aanvragen tot deelneming of offertes gebruik gemaakt worden van een *elektronisch platform* dat een aantal waarborgen biedt (artikel 14, §7, van de Overheidsopdrachtenwet 2016). Die verplichting geldt algemeen, ongeacht het gaat om aanvragen tot deelneming of om offertes en ongeacht de gebruikte plaatsingsprocedure. Alleen in de gevallen waarin de Overheidsopdrachtenwet 2016 het gebruik van elektronische communicatiemiddelen niet verplichtend oplegt, is dat niet het geval.

De Belgische wetgever heeft op dit punt niet voorzien in een uitzondering voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking waarvan de geraamde waarde de Europese drempels bereikt, ook niet als die procedure wordt aangewend bij hoogdringend-

¹⁴ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 27 april 2020 (LSC/20/0241).

¹⁵ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 22 april 2020 (LSC/20/0221). Bv. de formulering van het gunningscriterium *samenstelling van de equipe, het niet vermelden van de modaliteiten voor de verlenging en het voorstel free market* te gebruiken voor de indiening van de offertes.

¹⁶ In haar advies over het bestek in het kader van de eerste stopgezette plaatsingsprocedure vermeldde de Inspectie van Financiën: *Het is in deze niet nodig een borgtocht te vragen. Dit belemmert enkel de uitvoering.*

¹⁷ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 27 april 2020 (LSC/20/0241).

heid¹⁸. Bijgevolg moet vanuit strikt juridisch oogpunt aangenomen worden dat in casu het gebruik van een elektronisch platform, zoals free market, vereist was. Het Agentschap Zorg en Gezondheid rechtvaardigt zijn werkwijze op basis van de tijdsdruk¹⁹.

De toepassing van het free market-platform leek in casu nochtans niet absoluut onoverkomelijk. De richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie, lijken echter een zekere procedurele flexibiliteit te voorzien²⁰.

3.2 Toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bij hoogdringendheid

3.2.1 Algemene principes

De opdracht voor contactopsporing betreft een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor diensten op grond van artikel 42, §1, b (hoogdringendheid) van de Overheidsopdrachtenwet 2016. Dit artikel laat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toe, zo mogelijk na raadpleging van meerdere ondernemers, als de aanbestedende overheid de termijnen voor de openbare procedure of niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandelingen niet in acht kan nemen wegens dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen. De omstandigheden die worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de dwingende spoed, mogen in geen geval aan de aanbestedende overheid te wijten zijn.

¹⁸ De wettelijke bepalingen van de Overheidsopdrachtenwet 2016 lijken hiermee enigszins voorbij te gaan aan de praktische realiteit dat in welbepaalde, uitzonderlijk urgente crisissituaties die het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kunnen verantwoorden soms enige flexibiliteit is vereist. In dergelijke uitzonderlijke gevallen lijkt het dan ook niet geheel onredelijk, in navolging van de Europese Commissie, een flexibeler aanpak te aanvaarden, op voorwaarde dat de nodige garanties worden ingebouwd voor o.m. de fundamentele principes van gelijkheid en transparantie.

Dat de bestaande regelgeving ook in andere Europese lidstaten niet altijd eenvoudig toelaat bij ernstige crisissen zoals de bestrijding van het coronavirus alle plaatsingsregels nauwgezet na te leven, blijkt inmiddels ook uit een initiatief van het Duitse voorzitterschap om dit topic op de agenda van de Europese Raad te plaatsen en hierover een discussie te openen tussen de Europese lidstaten (informatie beschikbaar gesteld door de Commissie Overheidsopdrachten).

¹⁹ E-mail van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 2 juli 2020 en schrijven van de administrateur-generaal van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 2 oktober 2020.

²⁰ De richtsnoeren vermelden o.m.: *Concreet houdt dit in dat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking de overheidsinkopers de mogelijkheid biedt om binnen de kortst mogelijke termijn goederen en diensten te verwerven. Volgens deze procedure, zoals uiteengezet in artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad ("de richtlijn"), kunnen overheidsinkopers rechtstreeks onderhandelen met een of meer potentiële contractanten en zijn er geen vereisten voor bekendmaking of termijnen, noch een minimumaantal van te raadplegen kandidaten of andere procedurele vereisten. Op EU-niveau zijn geen procedurele stappen geregeld. In de praktijk betekent dit dat de autoriteiten zo snel mogelijk kunnen optreden als technisch/materieel haalbaar is, en kan de procedure in feite resulteren in rechtstreekse gunning waarvoor alleen materiële of technische beperkingen gelden die verband houden met de daadwerkelijke beschikbaarheid en snelheid van de levering. Het Europees kader voor overheidsopdrachten biedt overheidsinkopers alle nodige flexibiliteit om goederen en diensten die rechtstreeks verband houden met de Covid-19-crisis zo snel mogelijk aan te kunnen kopen. Om de opdrachten te versnellen, kunnen overheidsinkopers ook overwegen om:*

- *contact op te nemen met potentiële contractanten binnen en buiten de EU, per telefoon, e-mail of persoonlijk;*
- *tussenpersonen in te schakelen die betere contacten op de markten hebben;*
- *vertegenwoordigers rechtstreeks naar de landen te sturen die over de nodige voorraden beschikken en die onmiddellijke levering kunnen garanderen;*
- *contact op te nemen met potentiële leveranciers om overeen te komen dat zij hun productie opvoeren dan wel starten of herstarten.*

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking moet, als uitzonderingsgeval, restrictief geïnterpreteerd worden. De overheid moet de omvang en looptijd van de opdracht beperken tot het strikt noodzakelijke binnen de crisissituatie. De Europese Commissie vermeldt daarover het volgende in haar richtsnoeren: *Hiermee wordt de periode overbrugd tot er stabielere oplossingen kunnen worden gevonden, zoals een raamcontract voor leveringen of diensten dat via de gewone procedure (met inbegrip van de versnelde procedure) wordt geplaatst.*

3.2.2 Toepassing

In casu motiveert het bestek van de contactopsporing de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking als volgt: *Gezien de ernst van de crisis en de ongeziene impact ervan op de volksgezondheid, de samenleving en de economie, dient dit systeem zo snel als mogelijk operationeel te zijn teneinde nieuwe besmettingen zoveel als mogelijk te voorkomen. Deze absolute urgentie is niet verenigbaar met de termijnen die in het kader van de openbare, niet-openbare of de mededingingsprocedure met onderhandeling vereist worden. Bijgevolg dient de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te worden toegepast.*

Volgens de beslissingen van de Nationale Veiligheidsraad van 24 april 2020 diende de contactopsporing operationeel te zijn op 11 mei 2020.

Het bestek werd verspreid op 28 april rond 17.30 uur met het verzoek de offertes in te dienen tegen 30 april om 18.00 uur. Die indieningstermijn van ongeveer twee dagen is aanzienlijk korter dan de minimale verkorte termijnen om een offerte in te dienen bij een versnelde openbare of niet-openbare procedure²¹. Ook de doorlooptijd van de plaatsingsprocedure van de opstart op 28 april 2020 tot de gunningbeslissing op 5 mei 2020 was beperkt.

Gelet op de snelheid waarmee de contactopsporing bij voorkeur zou starten in het licht van de exitstrategie en in het belang van de volksgezondheid, kan het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bij hoogdringendheid redelijkerwijze aanvaard worden. Of en de mate waarin de dringende noodsituatie ook eventuele opeenvolgende verlengingen kan verantwoorden, zal ten gepaste tijde moeten worden beoordeeld²². De eventuele toekomstige organisatie van een meer permanente vorm van contactopsporing of een preventief systeem van contactopsporing door een dienstverlener zal hoe dan ook een nieuwe overheidsopdracht vereisen.

Het voorgaande neemt niet weg dat diverse factoren binnen het beslissingsproces, zoals de noodzakelijke stopzetting van de eerste plaatsingsprocedure tot vertraging hebben geleid.

²¹ In het kader van de openbare procedure kan de termijn voor de indiening van een inschrijving worden verkort tot 15 dagen in naar behoren onderbouwde spoedeisende gevallen; in het kader van de niet-openbare procedure kan de termijn voor de indiening van een verzoek tot deelname worden verkort tot 15 dagen en die voor de indiening van een inschrijving tot 10 dagen.

²² Artikel 1.6 van het bestek bepaalt: *De opdracht heeft een initiële looptijd tot 30 november 2020, te rekenen vanaf de datum vermeld bij de sluiting en is vervolgens verlengbaar met periodes van zes maanden, voor zolang de behoefte aanwezig is in hoofde van de aanbestedende overheid. De opdracht kan, in geval van verlenging, vanwege de opdrachtnemer ten vroegste op 1 juni 2021 beëindigd worden met een opzegtermijn van zes maanden.*

3.3 Fundamentele principes van mededinging en gelijkheid

3.3.1 Algemene principes

Ook bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking moet de aanbestedende overheid voor zover mogelijk meerdere ondernemers raadplegen. De eventuele onmogelijkheid om meerdere ondernemers te raadplegen, moet zij motiveren, net als het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking zelf.

De richtsnoeren van de Europese Commissie herhalen dat een rechtstreekse toewijzing slechts uitzonderlijk is toegestaan, met name als maar één onderneming de opdracht binnen de door de dwingende spoed veroorzaakte technische beperkingen en termijn kan uitvoeren²³. De uitzonderingen en beperkingen moeten daarbij geval per geval worden gecontroleerd.

Ten slotte moet een aanbestedende overheid de ondernemers altijd op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen, alsook op een transparante en proportionele wijze²⁴.

3.3.2 Toepassing

Op 28 april 2020 raadpleegde de Vlaamse Gemeenschap zes mogelijke dienstverleners. Het Agentschap Zorg en Gezondheid legde die keuze uit als volgt: *Omwille van de deelopdrachten ‘aansturing, coördinatie, kwaliteitsopvolging en structurele rapportering’ werden de grote consultancybureaus aangeschreven voor de eerste procedure (EY, KPMG en Deloitte). Voor de tweede procedure werden deze opnieuw aangeschreven, met uitzondering van Deloitte omdat deze geen offerte hadden ingediend in de eerste procedure. Omdat voor de eerste procedure er een offerte was ingediend door IP samen met KPMG, werden deze voor de tweede procedure apart aangeschreven. Accent Jobs en Randstad werden aangeschreven op aanraden van IF (cfr. het advies van 22 april 2020 – document nr. 4). Het VICO [Vlaams Intermutualistisch College] werd aangeschreven omdat de mutualiteiten geacht werden over de nodige expertise te beschikken om de opdracht te kunnen uitvoeren, zeker met betrekking tot de opdracht die het aanleveren van field agents vereist (nu in de eerste procedure offertes werden ontvangen waarbij bpost of Securitas field agents zouden tewerkstellen)*²⁵.

Hoewel de Vlaamse overheid zes ondernemingen aanschreef, ontving zij op 30 april 2020 maar één offerte. Dit had naar alle waarschijnlijkheid een belangrijke impact op de onderhandelingspositie van de Vlaamse overheid (zie ook infra).

Hoewel de offerte op 30 april 2020 is ingediend, vermelden de offertepagina's onderaan de datum van 23 april 2020, een datum voorafgaand aan de raadpleging van de zes ondernemingen

²³ De richtsnoeren vermelden: *Aangezien aanbestedende diensten in dit geval van het basisbeginsel van het Verdrag inzake transparantie afwijken, schrijft het Europees Hof van Justitie voor dat deze procedure slechts in uitzonderlijke gevallen mag worden toegepast. Er moet aan alle voorwaarden worden voldaan en de voorwaarden moeten restrictief worden geïnterpreteerd (zie bijvoorbeeld de zaken C-275/08, Commissie/Duitsland, en C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri). De procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking maakt het voor aanbestedende diensten mogelijk rechtstreeks met potentiële contractanten te onderhandelen; een rechtstreekse gunning aan een vooraf geselecteerde ondernemer blijft de uitzondering, die van toepassing is indien slechts één onderneming de opdracht binnen de door de dwingende spoed veroorzaakte technische beperkingen en termijn kan uitvoeren.*

²⁴ Artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet 2016.

²⁵ E-mail van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 2 juli 2020.

(en voorafgaand aan de stopzetting van de eerste gunningsprocedure). Op 8 mei 2020, dus na de gunningsbeslissing (zie infra), bezorgde de inschrijver daarvoor een rechtzetting aan het Agentschap Zorg en Gezondheid²⁶.

Uit de offerte kan indirect afgeleid worden dat voorafgaand aan de indiening telefonische contacten plaatsvonden tussen de inschrijver en het Agentschap Zorg en Gezondheid, op basis waarvan de inschrijver zijn offerte aanpaste. De offerte vermeldt namelijk op p.33: *aangepast cfr. ons telefoongesprek*²⁷. Nochtans bepaalt het bestek in punt 1.8 dat vragen alleen schriftelijk kunnen worden gesteld (per e-mail met ontvangstbewijs). Het vermeldt ook nog: *Als de aanbestedende overheid oordeelt dat het antwoord op een vraag pertinent kan zijn voor alle uitgenodigde ondernemingen, zal hij dit aan alle uitgenodigde ondernemingen ter kennis brengen.*

Het is het Rekenhof niet bekend wanneer of tussen wie het telefoongesprek plaatsvond, welke informatie daarbij precies werd uitgewisseld en of het agentschap de uitgewisselde informatie eventueel, al dan niet telefonisch, ook aan de andere geraadpleegde ondernemingen heeft bezorgd.

In een reactie daarop verzekerde het Agentschap Zorg en Gezondheid dat: *de gelijkheid van de geraadpleegde ondernemingen en het transparantiebeginsel tijdens de plaatsingsprocedure op elk moment ten volle gerespecteerd werden en er op geen enkel ogenblik ongeoorloofde contacten hebben plaatsgevonden.* Het stelde dat het telefoongesprek gesitueerd moet worden tussen de afsluiting van de eerste procedure en de bekendmaking van de tweede procedure²⁸. Een persmededeling die daarover verdere duiding zou geven, aldus diezelfde reactie, lijkt echter te verwijzen naar contacten tijdens de eerste procedure²⁹.

²⁶ Deze rechtzetting vermeldt: *Graag wensen wij een rechtzetting te doen m.b.t. onze offerte van 30 april 2020, waarvoor wij een samenwerking hebben opgezet tussen een consortium van Belgische Callcenters en ZGP INTERMUT met als onderaannemer KPMG Advisory burg CVBA en vzw Mutas, als antwoord op het bestek met referentie AZG/SD/2020/2 voor de opsporing (tracing) en begeleiding van personen die mogelijks een risicodragend contact hebben gehad met een Covid-19 besmet persoon.*

Zoals opgemerkt door het Agentschap Zorg en Gezondheid hebben wij blijkbaar per vergissing een verkeerde datum opgenomen onderaan de pagina's van onze offerte. Deze werd verkeerdelijk gedateerd op 23 april terwijl dit uiteraard 30 april 2020 moest zijn waarvoor uiteraard onze excuses.

Aarzel niet ons te contacteren indien u nog andere vragen of opmerkingen zou hebben.

²⁷ Zie ook advies van de Inspectie van Financiën d.d. 1 mei 2020: *IF heeft geen zicht op de correcte toepassing van de gevoerde procedure, en heeft geen informatie gekregen of er – conform de bepaling onder punt 1.8 van het bestek (Vragen), inzake de mogelijkheid van het stellen van schriftelijke vragen per mail met uitsluiting van alle andere mogelijkheden, vragen zijn gesteld en in hoeverre de verwijzing op p. 33 van de offerte ("aangepast cfr. ons telefoongesprek") in overeenstemming is met deze besteksbeplating. Daarbij aansluitend leest IF in de notulen van de vzw IM dd. 30 april 2020 "dans ce contexte, le secteur mutualiste a été sollicité, dans les trois régions, pour voir dans quelle mesure il pourrait contribuer à la mise en place et la gestion du dispositif de 'tracing'". Deze contactname is niet gesitueerd in de tijd, zodat niet kan uitgemaakt worden of de gelijkheid der potentiële inschrijvers in deze werd gerespecteerd. Bij dit punt dient ook te worden verwezen naar het Contact tracing platform - 'Smals-gedeelte' vermeldt [sic] in de offerte. Waar in het bestek enkel algemeen wordt vermeld dat er een contact tracing platform zal zijn (algemene bewoordingen), en het dus voor potentiële inschrijvers veel moeilijker is om de impact/kost/... in te schatten, is voorliggende combinatie van ondernemers in staat om alle details van dit contact tracing systeem mee te geven, in te schatten en te begroten.*

²⁸ Schrijven van de administrateur-generaal van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 2 oktober 2020.

²⁹ Volgens de geciteerde persmededeling zou met de onderhandelingen voor ogen bij de mutualiteiten geïnformeerd zijn of zij gelet op hun expertise op vlak van veldwerk, een rol konden opnemen. Deze onderhandelingen vonden uiteindelijk niet plaats na het negatief advies van de Inspectie van Financiën op 24 april 2020 en de daaropvolgende stopzetting van de plaatsingsprocedure.

Op welke wijze de mutualiteiten tijdens de onderhandelingen alsnog betrokken hadden kunnen worden in de lopende gunningsprocedure, waarvoor zij geen offerte hadden ingediend, is het Rekenhof trouwens onbekend.

Het Rekenhof heeft dan ook geen zekerheid over het tijdsverloop, de aard en de inhoud van de contacten en kan die niet met zekerheid reconstrueren. Het kan dan ook niet met zekerheid vaststellen dat de gelijkheid van de geraadpleegde ondernemingen en het transparantiebeginsel in deze fase van de plaatsingsprocedure gerespecteerd werden en dat geen ongeoorloofde contacten plaatsvonden.

3.4 Verloop van de onderhandelingsprocedure

3.4.1 Enig ingediende initiële offerte

De enige offerte werd tijdig ingediend, namelijk per e-mail op 30 april 2020 om 17.55 uur, door een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid, bestaande uit:

- ZGP Intermut (samengesteld uit de Landsbond van Christelijke Ziekenfondsen, het Nationaal verbond van Socialistische Mutualiteiten, de Landsbond van Neutrale Ziekenfondsen, de Landsbond van Liberale Mutualiteiten en de Landsbond van Onafhankelijke Ziekenfondsen);
- een consortium van callcenters (samengesteld uit N allo nv, Mifratel nv, Inzcom nv, IPG contact solutions nv, CALL-IT Belgium nv en Callexcell).

KPMG Advisory cvba en vzw Mutualistische Alarmcentrale Mutas zijn vermeld als onderaannemers.

Hoewel de uitnodiging om een offerte in te dienen, was verstuurd aan het Vlaams Intermutualistisch College (VICO), diende de vzw Intermutualistisch Agentschap de offerte in. Het gunningsverslag vermeldt daarover: *Overeenkomstig artikel 93 KB Plaatsing aanvaardt de aanbestedende overheid deze offerte aangezien het VICO geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft, maar wel onderdeel uitmaakt van de rechtspersoon 'vzw Intermutualistisch Agentschap'. Aangezien de contractuele verbintenis enkel kan worden aangegaan door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, ligt het voor de hand dat de offerte is ingediend door de vzw Intermutualistisch Agentschap.*

De offerte bevat een gescande handtekening³⁰ van twee vertegenwoordigers van ZGP Intermut, daartoe gevolmachtigd door de vijf landsbonden, en een gescande handtekening van een vertegenwoordiger van het consortium van callcenters, daartoe gevolmachtigd door de zes samenstellende rechtspersonen. Hoewel de offerte de volmachten als bijlage vermeldt, waren ze er niet aan toegevoegd. Het Agentschap Zorg en Gezondheid vroeg ze op 1 mei 2020 op, waarop de inschrijver de volmachten, beide op datum van 30 april 2020, op 2 mei 2020 bezorgde. Of alle volmachtgevers ook intern over de vereiste bevoegdheid beschikten krachtens de statuten van de rechtspersoon namens wie zij volmacht verstrekten, is niet verder onderzocht.

³⁰ Artikel 2.1.3.3 *Ondertekening van offertes* (art. 42, §3, KB Plaatsing) van het bestek bepaalt: *Een geavanceerde elektronische handtekening is niet verplicht.*

3.4.2 Regularisatie- en onderhandelingsfase

De ingediende offerte formuleert een aantal voorbehouden en wijkt op een aantal punten af van de besteksbepalingen. Het betreft o.m.

- een voorbehoud voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden van de combinatie (artikel 44 van het KB Uitvoering);
- de vermelding dat de offerte een middelenverbintenis inhoudt en geen resultaatsverbintenis;
- de invulling van de opdracht, de taken en de rol van de field agents;
- de onzekerheid over de operationaliteit vanaf 11 mei 2020 zoals voorzien in het bestek;
- de correcte toepassing van de GDPR.

Krachtens artikel 76, §4, tweede lid, KB Plaatsing verschaft de aanbestedende overheid de inschrijver de mogelijkheid om een (niet finale) offerte die meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die gecumuleerd of gecombineerd substantieel zijn te regulariseren.

In toepassing van artikel 76, §4, derde lid van het KB Plaatsing, voorziet het bestek daarnaast in de mogelijkheid een substantieel onregelmatige offerte te regulariseren³¹. Een dergelijke regularisatie moet plaatsvinden vóór de onderhandelingen worden aangevat (artikel 76, §4, derde lid, van het KB Plaatsing).

Op 1 mei 2020 richtte het Agentschap Zorg en Gezondheid een schrijven aan de inschrijver, waarin het onder andere bijkomende verduidelijking vroeg over de voormelde elementen. Ook stelde het een aantal vragen bij de prijszetting en de prijssamenstelling van de aangeboden prijs. Hoewel het schrijven dit niet uitdrukkelijk vermeldt, kan aangenomen worden dat het de mogelijkheid tot regularisatie van de offerte beoogde.

De inschrijver beantwoordde het schrijven op 2 mei 2020. Daarin regulariseerde hij het merendeel van de vastgestelde onregelmatigheden. Dat is echter niet het geval voor het nochtans substantiële voorbehoud voor de hoofdelijke aansprakelijkheid tussen alle leden van het consortium. Van dat voorbehoud deed de inschrijver pas later afstand, met name tijdens de onderhandelingsfase. Tijdens de onderhandelingen kwamen partijen overeen dat deze aansprakelijkheid beperkt is tot *maximaal de vergoeding die de inschrijvers ontvangen hebben van de overheid voor de prestaties geleverd in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht*³².

³¹ Titel 2.1.5.2 *Onderhandelingen van het bestek vermeldt: (...) Indien een offerte een substantiële onregelmatigheid bevat, kan de aanbestedende overheid deze substantiële onregelmatigheid laten regulariseren.*

³² Het gunningsverslag vermeldt hierover: *In het antwoord van 3 mei 2020 wordt een onverkorte toepassing van artikel 44 KB Plaatsing aanvaard. Het Verslag van de onderhandelingen 3 mei 2020 – ZGP Intermet en consortium Callcenters vermeldt: Uitsluiting Hoofdelijkheid - De inschrijvers bevestigen dat zij afzien van het in de oorspronkelijke offerte geformuleerde voorbehoud ten aanzien van de toepassing van de hoofdelijkheid zoals voorzien in artikel 44§1, tweede lid van het KB van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. Beperking Aansprakelijkheid - Zoals besproken tijdens de onderhandelingen is het voor de inschrijvers niet aanvaardbaar om onbeperkt aansprakelijk te zijn. De totale aansprakelijkheid van de inschrijvers onder of in verband met de opdracht (op grond van overeenkomst, onrechtmatige daad of enige andere grond) is beperkt tot maximaal de vergoeding die de inschrijvers ontvangen hebben van de overheid voor de prestaties geleverd in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht.*

Volgens de ter beschikking gestelde documenten vonden de onderhandelingen plaats op 3 mei 2020³³. Ze resulteerden in het best and final offer (BAFO) van 4 mei 2020, die kennelijk echter ook nog bijkomende verduidelijking vereiste³⁴.

Een belangrijk element van de onderhandelingen was de prijszetting. De initiële offerte werd ingediend voor een bedrag van 117.544.730,32 euro excl. btw (of 142.208.795,69 euro incl. btw). In haar advies over die offerte formuleerde de Inspectie van Financiën enkele kritische bedenkingen bij de prijszetting en de samenstelling van de aangeboden prijzen. In navolging daarvan stelde het Agentschap Zorg en Gezondheid op 1 mei 2020 een aantal vragen over de samenstelling van de prijzen en de wijze van prijszetting. Uiteindelijk resulteerden de onderhandelingen in een prijsvermindering tot 101.363.922,02 euro excl. btw (of 122.650.345,65 euro incl. btw)³⁵. Verder bevestigde de inschrijver dat alle opgegeven prijzen als maximumprijzen worden beschouwd en er bij elke facturatie zal worden uitgegaan van de reële geleverde prestaties op basis van de prijselementen opgenomen in het BAFO³⁶.

Hoewel het Agentschap Zorg en Gezondheid dus wel degelijk een aantal inspanningen leverde, om de samenstelling en de marktconformiteit van de prijszetting na te gaan, bleef dit prijzenonderzoek mogelijk mede door de voorliggende omstandigheden veeleer beperkt³⁷. Bij gebrek aan andere offertes kon het agentschap de marktconformiteit van de prijs niet nagaan op basis van de meest voor de hand liggende vorm van prijsvergelijking, namelijk een vergelijkende analyse tussen aangeboden eenheidsprijzen van verschillende inschrijvers. Gelet op de omstandigheden was voorafgaand aan de opdracht evenmin een raming van de kostprijs van de opdracht opgemaakt. De urgentie bood het Agentschap Zorg en Gezondheid weinig ruimte om een diepgaand(er) prijzen- of kostenonderzoek te ondernemen en om een eventuele prijsverantwoording te vragen.

Om de risico's en neveneffecten ten gevolge van de urgente sluiting van de opdracht in de voorliggende omstandigheden maximaal te ondervangen, is een permanente nauwgezette operationele en financiële opvolging van de uitvoering van de opdracht vereist.

Het Agentschap Zorg en Gezondheid ging niet in op de suggestie van de Inspectie van Financiën om de prijszetting tijdens de onderhandelingen te wijzigen in een cost+fee-verhaal,

³³ Volgens de ter beschikking gestelde documenten vonden op 3 mei onderhandelingen plaats *Verlag van de onderhandelingen 3 mei 2020 – ZGP Intermut en consortium Callcenters*.

³⁴ Op 4 mei 2020 stuurde het Agentschap Zorg en Gezondheid nog een e-mail met bijkomende vragen over het aangepaste prijsvoorstel.

³⁵ Een deel van de kostenvermindering, bv. inzake het beschermingsmateriaal waarover de field agents moeten kunnen beschikken, kwam uiteindelijk ten laste van de aanbestedende overheid. Omdat de aanbestedende overheid de aangeboden kostprijs te hoog achtte (50 euro per dag per field agent), is tijdens de onderhandelingen uiteindelijk bepaald dat zij zelf zou instaan voor de aanlevering ervan.

³⁶ Het persartikel *Voltijds betaald voor één telefoontje per dag* (Het Laatste Nieuws, 22 september 2020) suggereert intussen evenwel dat de Vlaamse overheid voor de periode mei en juni niet enkel de reële prestaties betaalde. Die problematiek betreft de uitvoeringsfase en is in het kader van onderhavig onderzoek niet verder onderzocht.

³⁷ Diverse persberichten stelden dat de finaal aangeboden eenheidsprijzen, in het bijzonder voor de eerstelijns hulp, nog ruim boven de gangbare marktprijzen liggen. Zie o.m. Het Nieuwsblad, 8 mei 2020, *Kritiek op riant contract dat Vlaanderen sluit met callcenters: overheid betaalt te veel voor contactonderzoek*; Het Belang van Limburg, 9 mei 2020, *Nog altijd veel vragen bij overheidsopdracht van 101 miljoen voor contact tracing*.

dat tijdens de uitvoering beter zou kunnen worden opgevolgd³⁸. Ook de suggestie een audit-team te voorzien dat de opdracht tijdens de uitvoering operationeel en financieel zou opvolgen, is niet gevolgd³⁹.

Het Agentschap Zorg en Gezondheid meent echter dat het feit dat de dienstverlener bij facturatie zal uitgaan van de reële geleverde prestaties op basis van de prijselementen opgenomen in het BAFO aan de hand van gedetailleerde maandelijkse prestatiestaten die gepresteerde uren en taken vermelden, toelaat de facturatie nauwkeurig op te volgen en dat de verplichting voor de dienstverlener om driemaandelijks een inhoudelijk en financieel rapport voor te leggen, extra opvolging en controle mogelijk maakt⁴⁰.

Toch zal ook de effectiviteit van die engagementen of aangehaalde mogelijkheden sterk afhangen van de mate waarin en de wijze waarop zij systematisch worden opgevolgd en gecontroleerd.

3.4.3 Beoordeling van de ingediende offerte

Onderzoek van de uitsluitingsgronden en de solvabiliteit van de inschrijver

Het bestek bepaalt dat de inschrijver door in te schrijven op de opdracht verklaart dat er geen uitsluitingsgrond op hem van toepassing is (principe van de impliciete verklaring op ere-woord, artikel 39 van het KB Plaatsing).

De Vlaamse Gemeenschap ging de impliciete verklaring na voor de verplichte uitsluitingsgronden. Zij vroeg daartoe in Telemarc het RSZ-atteest en het fiscaal atteste op van de diverse

³⁸ Advies van de Inspectie van Financiën d.d. 1 mei 2020 (LSC/20/0245): *Conform de bepalingen inzake prijzencontrole lijkt het in deze noodzakelijk om deze prijszetting tijdens onderhandelingen te wijzigen in een cost + verhaal (welke dan tijdens de uitvoering, via audit kan worden opgevolgd). Immers, de normale manier van werken zou hierbij zijn dat een prijsverantwoording en controle plaatsvindt, maar gezien de timing is dit geen optie. Het wijzigen in een cost+fee-principe zou toelaten om deze kosten beter te monitoren en te beheersen, net zoals de eenheidsprijzen bij de inzet van de agents.*

³⁹ Zie o.m. advies van de Inspectie van Financiën d.d. 1 mei 2020 (LSC/20/0245): *Gezien de omvang van de opdracht en de inherente fiscale en budgettaire risico's pleit IF dan ook voor het instellen van een auditploeg welke de uitvoering van de opdracht zowel financieel, als operationeel opvolgt teneinde de bevoegde ministers optimaal te kunnen informeren inzake de uitrol van de opdracht en de administratie onpartijdig advies te kunnen verstrekken welke haar rol t.o.v de opdrachtnemer mogelijks kan versterken.*

⁴⁰ Schrijven van de administrateur-generaal van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 2 oktober 2020. Het betreft een rapportering op grond van artikel 4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 tot uitvoering van het decreet van 29 mei 2020 tot organisatie van de meldingsplicht en het contactonderzoek in het kader van COVID-19, die het agentschap in staat zou moeten stellen de activiteiten van het samenwerkingsverband en het contactcentrum te evalueren. Op 25 september 2020 deelde de minister de eerste driemaandelijkse rapportering mee aan de Vlaamse Regering (VR 2020 2509 MED. 0303/2bis). Die rapportering betreft de uitvoering van de overheidsopdracht. De inhoud en de resultaten ervan zijn in het licht van huidig onderzoek dan ook niet verder onderzocht.

deelgenoten van de inschrijvende combinatie⁴¹ en verzocht de inschrijver een uittreksel uit het strafregister te bezorgen⁴².

Het gunningsverslag besluit (p.8): *Er waren geen elementen die tot uitsluiting moeten lijden. Attesten inzake fiscale en sociale schulden werden opgevraagd via Telemarc. Hieruit blijkt dat een deelnemer aan het Consortium Callcenters, met name Inzcom nv, een fiscale schuld heeft van 5.378,34 euro. De inschrijver heeft het bewijs van regularisatie overgemaakt zodat er geen problemen zijn op het vlak van uitsluitingsgronden.*

Op basis van een check die de Inspectie van Financiën zelf uitvoerde, formuleerde ze ernstige bedenkingen bij de financiële solvabiliteit van bepaalde leden van de combinatie⁴³. Hoewel het een facultatieve uitsluitingsgrond betreft, merkt het Rekenhof toch op dat geen van de stukken waarover het beschikt daarover bijkomende informatie of enige opmerking vermeldt.

Onderzoek op basis van de gunningscriteria

Zoals hoger aangehaald, was bij gebrek aan meerdere offertes een kwalitatieve vergelijking op basis van de vooropgestelde gunningscriteria niet mogelijk. Het gunningsverslag vermeldt (p. 6): *Aangezien er slechts één inschrijver is, is een onderlinge vergelijking tussen offertes niet mogelijk en zullen er geen scores worden toegekend. Hieronder wordt de offerte op basis van de gunningscriteria wel kwalitatief beoordeeld en worden de plus- en minpunten van de offerte uiteengezet.*

⁴¹ E-mail d.d. 15 juni 2020 van het Agentschap Zorg en Gezondheid.

⁴² Artikel 2.1.1 *Uitsluiting* van het bestek.

Sommige uittreksels dateren van ruim na het gunningsverslag. Zo vermeldt het uittreksel uit het strafregister van de nv Allo bijvoorbeeld 17 augustus 2020 als datum. In een hoogdringende procedure is het weliswaar niet altijd evident het nazicht van de uitsluitingsgronden volledig af te ronden voor de sluiting van de opdracht.

Hoewel het Rekenhof erkent dat deze verplichting (zeker in de voorliggende omstandigheden) geen evidente toepassing kent en dat over de precieze draagwijdte ervan onzekerheid bestaat, moet het erop wijzen dat het Agentschap Zorg en Gezondheid met toepassing van artikel 67 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 ook die uitsluitingsgrond moest nagaan in hoofde van de personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van de kandidaat of inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben. De verplichting impliceert dat de aanbestedende overheid een uittreksel uit het strafregister moet vragen voor alle leden van de bedoelde organen. De toepassing van de bepaling is opgenomen als factor van rechtsonzekerheid in het rapport dat België op 18 april 2018 aan de Europese Commissie bezorgde in het licht van de driejaarlijkse verplichte rapportering door de Europese Lidstaten. Dat rapport bevat de resultaten van steekproefsgewijze monitoringactiviteiten inzake de toepassing van de regels betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en informatie over o.m. de meest voorkomende factoren die tot verkeerde toepassing of rechtsonzekerheid leiden, met inbegrip van mogelijke structurele of terugkerende problemen bij de toepassing van de regels (artikel 163, §3, 3° van de Overheidsopdrachtenwet 2016).

⁴³ Advies d.d. 24 mei 2020 en d.d. 1 mei 2020 van de Inspectie van Financiën. Het Rekenhof beschikt niet over de verdere gegevens van het onderzoek dat de Inspectie van Financiën ondernam.

3.5 Gunning en sluiting van de opdracht – start uitvoering

Aangezien de uitzonderlijke situatie een onmiddellijke reactie vereiste, verleende de bevoegde minister op 4 mei 2020 een voorwaardelijk begrotingsakkoord, hoewel nog een aantal onduidelijkheden en onzekerheden voorlagen⁴⁴. Het begrotingsakkoord werd verleend op voorwaarde dat:

- er tussentijds regelmatig wordt gerapporteerd aan de Inspectie van Financiën, gelet op een aantal onduidelijkheden in de gunning die nog moeten worden uitgeklaard;
- er maximale inspanningen worden geleverd om binnen de overheid capaciteit van personeel vrij te maken voor inzet in contact tracing.

Aansluitend besliste de Vlaamse Regering op 5 mei 2020 onder diezelfde voorwaarden over te gaan tot de gunning van de overheidsopdracht voor de contactopsporing. Meteen daarna werd de opdracht opgestart. De gunningsbeslissing werd pas later aan de inschrijver betekend op 18 mei 2020⁴⁵.

Op 16 juli 2020 is een interpretatiefiche ondertekend, die alle afspraken toelicht en verfijnt die werden gemaakt tijdens de onderhandelingen voor gunning⁴⁶. Op diezelfde dag is een bijakte ondertekend met aanvullingen en/of wijzigingen aan de opdracht voor een bedrag van ruim 1,57 miljoen euro (incl. btw).

De bijakte betreft de uitvoeringsfase en behoort dus niet tot het voorwerp van dit onderzoek. Het Rekenhof beperkt zich dan ook tot enkele *prima facie* bedenkingen die het evenwel niet diepgaander onderzocht.

Rekening houdend met het urgente en evolutieve karakter van de omstandigheden waarin de opdracht in de markt werd gezet, is het aannemelijk dat de aanbestedende overheid een aantal elementen initieel niet kon voorzien, onvoldoende kon voorbereiden of niet correct kon inschatten, zodat wijzigingen of aanvullingen noodzakelijk blijken. Zo vertoonde het contracttracingplatform en casemanagementsysteem dat de aanbestedende overheid ter beschikking stelde in praktijk kennelijk dermate ernstige lacunes en tekortkomingen dat tijdens de opdracht bijkomend een specifieke tool ontwikkeld diende te worden, waarvoor de bijakte in een bedrag van 407.467,6 euro voorziet.

⁴⁴ Bijvoorbeeld het toepasselijk btw-stelsel op activiteiten van field agents in opdracht van de mutualiteiten; de nog af te sluiten verwerkingsovereenkomst,...

⁴⁵ Het agentschap wijst in dit kader op artikel 4, derde lid, 1° van de wet van 17 juni 2013 dat bepaalt: *In de onderstaande gevallen mag de in het eerste lid, 8°, bedoelde gunningsbeslissing, voor zover dit niet onmiddellijk kan, a posteriori worden opgesteld, uiterlijk de vijftiende dag na de beslissing: 1° in geval van dwingende spoed in het geval en onder de in artikel 42, § 1, 1°, b), of 124, § 1, 5°, van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalde voorwaarden.*

⁴⁶ Aangenomen wordt dat de interpretatiefiche de facto de overeenkomst uitmaakt in de zin van titel 3.2 van het bestek waardoor de opdracht wordt gesloten: (...) *Timing: De opdracht wordt gesloten door de ondertekening van een overeenkomst door de opdrachtgevende overheid en de gekozen inschrijver.*

Andere elementen uit de bijakte lijken prima facie echter minstens ten dele al in de initiële opdracht of offerte begrepen te zijn. De uitvoering van de bijakte zal dan ook nauwgezette opvolging en bijzondere aandacht vereisen van het Agentschap Zorg en Gezondheid⁴⁷.

3.6 Aankondiging van de gegunde opdracht

De opdracht maakte het voorwerp uit van een aankondiging van gegunde opdracht in de bijlage bij het Europees Publicatieblad van 13 mei 2020⁴⁸.

⁴⁷ Zo vermeldt de bijakte bv. een bedrag van 74.885,60 euro voor logging en klachtenmanagement inclusief rapportering, terwijl de initiële offerte al voorziet in kwaliteitsopvolging met quality rapporten en dashboards, en in rapportering die zich toespitst op diepgaande analyses en formulering van aanbevelingen (p.20). De offerte vermeldt onder de titel *Overkoepelende rapportering* bv. ook dat volop zal worden ingezet op inzichten ter ondersteuning van actie en besluitvorming, eerder dan pure statusrapportering (p. 20). Hoewel die rapportering mogelijk niet identiek is aan het klachtenmanagement in de bijakte, is niet uitgesloten dat minstens ten dele sprake is van dubbel gebruik. Eenzelfde overweging geldt voor de ondersteuning van de Vlaamse stuurgroep door de opdrachtnemer, waarvoor de bijakte in 182.952 euro (incl. btw) voorziet. Het betreft o.m. ondersteuning bij de rapportering, aanschouwelijk maken van de monitoring van de contactopsporing, voorstellen van bijsturing en ondersteunen bij de interpretatie en voorstellingswijze van data.

Verder voorziet de bijakte (maximaal) ruim 670.000 euro om de vaste kosten van de dienstverlener te compenseren omdat hij bij de opmaak van zijn offerte uitging van 350 field agents en 910 contact agents, zoals voorzien in het bestek, terwijl dat aantal in praktijk al snel daalde. Hoewel het verzoek van de opdrachtnemer enigszins begrijpelijk is, is niet duidelijk of en in welke mate het feit dat het bestek voorzorg dat de inschrijvers rekening dienden te houden met een mogelijkheid tot graduele afbouw in functie van de verspreiding van COVID-19 zonder dat zij recht hebben op enige herziening van de voorziene prijzen bij het bepalen van de compensatie, in rekening is gebracht. Evenmin is duidelijk of nagegaan is of deze vergoeding mogelijk dubbel gebruik uitmaakt met de prestaties die de dienstverlener in de eerste fase van de opdracht factureerde (zoals het persartikel *Voltijds betaald voor één telefoontje per dag* (Het Laatste Nieuws, 22 september 2020) trouwens lijkt te suggereren).

⁴⁸ Zie over deze verplichting artikel 62 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 en artikel 17 van het KB Plaatsing.

HOOFDSTUK 4

Besluit

De onderzochte plaatsingsprocedure bevat enkele elementen die niet volledig kunnen worden geïdentificeerd, zoals de voortijdige datering in de offerte die zou berusten op een louter vergissing en de verwijzing in de offerte naar een telefoongesprek voorafgaand aan de indiening ervan. Of de gelijkheid van de inschrijvers en het transparantiebeginsel in deze fase van de plaatsingsprocedure gerespecteerd werden, kan op basis van het onderzoek dan ook niet met zekerheid worden vastgesteld.

Daarnaast vertoont de plaatsingsprocedure enkele administratieve en juridisch-technische tekortkomingen en onzorgvuldigheden. Een aantal ervan houdt vermoedelijk in belangrijke mate verband met de snelheid waarmee de plaatsingsprocedure opgestart en doorlopen moest worden. Daardoor kon de Vlaamse overheid de opdracht onvoldoende gedetailleerd of grondig voorbereiden en bleef de periode voor nazicht van de offerte en onderhandelingen beperkt. Die omstandigheden hadden ongetwijfeld een ongunstige of negatieve impact op de prijszetting, kwaliteit (maturiteit) en finale zekerheid omtrent het aanbod.

Het gebrek aan alternatieve onderhandelingspartners, in combinatie met de urgente opstart van de opdracht, verzwakte de onderhandelingspositie van de Vlaamse overheid. Ook kon het Agentschap Zorg en Gezondheid de marktconformiteit van de prijs niet nagaan op basis van de meest voor de hand liggende vorm van prijsvergelijking, namelijk een vergelijkende analyse tussen aangeboden eenheidsprijzen van verschillende inschrijvers of een behoorlijke voorafgaande raming van de opdracht.

Die situatie leidde op 16 juli 2020 al tot een bijakte met aanvullingen en/of wijzigingen aan de opdracht voor een bedrag van ruim 1,57 miljoen euro (incl. btw). Sommige elementen ervan lijken *prima facie* echter minstens ten dele al in de initiële opdracht of offerte begrepen.

In deze omstandigheden is een doorgedreven continue en nauwgezette opvolging van de uitvoeringsfase door het Agentschap Zorg en Gezondheid absoluut vereist.

De Vlaamse overheid ging niet in op meerdere nuttige, concrete suggesties van de Inspectie van Financiën die het mogelijk moesten maken de onzekerheden, risico's en neveneffecten waarmee de opdracht ten gevolge van de urgente plaatsing behept is, tijdens de uitvoeringsfase beter te beheersen en die een nauwgezetere opvolging van de overeenkomst mogelijk dienden te maken.

Het Agentschap Zorg en Gezondheid meent dat het feit dat de dienstverlener bij facturatie zal uitgaan van de reële geleverde prestaties op basis van de prijselementen opgenomen in het BAFO (waarbij gedetailleerde maandelijkse prestatiestaten die gepresteerde uren en taken vermelden) toelaat de facturatie nauwkeurig op te volgen. De verplichting voor de dienstverlener om driemaandelijks een inhoudelijk en financieel rapport voor te leggen, zou extra opvolging en controle mogelijk maken.

Toch zal ook de effectiviteit van deze engagementen of aangehaalde mogelijkheden sterk afhangen van de mate waarin en de wijze waarop zij systematisch worden opgevolgd en gecontroleerd.

Dit verslag is ook beschikbaar op de website van het Rekenhof.



ADRES

Rekenhof
Regentschapsstraat 2
B-1000 Brussel

TEL.

+32 2 551 81 11

FAX

+32 2 551 86 22

www.rekenhof.be

