

Besluit van de gouverneur houdende de vernietiging van het besluit van het college van burgemeester en schepenen van Ninove van 16 november 2020 tot gunning opdracht inzake vervaardigen kunstwerken aan Creating Arts & Design – William Arijs

DE GOUVERNEUR VAN DE PROVINCIE OOST-VLAANDEREN,

Bevoegdheid

Artikel 332, §1, eerste lid van het Decreet over het Lokaal Bestuur van 22 december 2017.

Feitelijke context

Op 9 maart 2020 besloot het college van burgemeester en schepenen van Ninove om de vervaardiging van kunstwerken voor de realisatie van de doorsteek in de Beverstraat in uitvoering van artikel 42, §1, 1^o, d, i) van de wet inzake overheidsopdrachten toe te kennen aan Creating Arts & Design, William Arijs, onder voorbehoud van het maken van een definitieve keuze, het bepalen van de uiteindelijke kostprijs en de garantie dat het ecologisch aspect (werken met algen) realiseerbaar is.

Op 16 november 2020 besliste het college van burgemeester en schepenen van Ninove om:

- de vervaardiging van de kunstboom en 3 portieken in het dossier aanleg van de publieke ruimte doorsteek Beverstraat-Kaardeloodstraat te Ninove in uitvoering van artikel 42, §1, 1^o, d, i) van de wet inzake overheidsopdrachten te gunnen aan Creating Arts & Design, William Arijs, tegen de prijs van haar offerte, ten bedrage van 80.000,00 euro exclusief btw (= artikel 1);
- de vervaardiging van 10 fietsstandaarden met wortelsymbool van de stad Ninove in het dossier aanleg van de publieke ruimte doorsteek Beverstraat-Kaardeloodstraat te Ninove in uitvoering van artikel 42, §1, 1^o, d, i) van de wet inzake overheidsopdrachten te gunnen aan Creating Arts & Design, William Arijs, tegen de prijs van haar offerte, ten bedrage van 1.900,00 euro exclusief btw. (= artikel 2)

Karolien De Roose en Rudy Corijn, gemeenteraadsleden, dienden op 14 april en 27 mei 2021 klacht in bij de toezichthoudende overheid tegen de collegebeslissing van 16 november 2020. Beide

klagers gaan niet akkoord met de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking waarbij er geen mededinging heeft gespeeld omwille van een 'unieke artistieke prestatie'. Gemeenteraadslid Rudy Corijn werpt ook de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur en de motiveringsplicht op omdat het college geen rekening houdt met de vaststellingen en bemerkingen uit het advies van de sectordirecteur grondgebiedzaken.

Op 19 april 2021 werd het college via het digitaal loket verzocht de bestreden beslissing en het volledige dossier, alsook een toelichting en hun standpunt te bezorgen aan de toezichthoudende overheid.

Op 19 mei 2021 verstuurde de toezichthoudende overheid via het digitaal loket een herinnering aangezien het gemeentebestuur de bestreden beslissing niet overmaakte binnen de 30 dagen.

Op 20 mei 2021 verzond het gemeentebestuur de bestreden beslissing en het dossier via het digitaal loket. De toezichttermijn van de gouverneur nam een aanvang op 21 mei 2021 en eindigt op 21 juni 2021.

Juridisch kader

Artikel 42, §1, 1^o, d, i) van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

De beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht.

Verantwoording

Artikel 42, §1, 1^o, d van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten bepaalt dat overheidsopdrachten enkel mogen worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere ondernemers in de volgende gevallen:

1^o in geval van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wanneer :

(...)

d) de werken, leveringen of diensten alleen door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht, om een van de volgende redenen :

i) de opdracht heeft als doel het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of het leveren van een unieke artistieke prestatie;

ii) mededinging ontbreekt om technische redenen;

iii) uitsluitende rechten moeten worden beschermd, met inbegrip van de intellectuele eigendomsrechten.

De in de punten ii) en iii) genoemde uitzonderingen gelden alleen als er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht;

Het college van burgemeester en schepenen van Ninove besliste op 16 november 2020 dat de gunning van de twee kunstwerken voor de realisatie van de doorsteek in de Beverstraat in toepassing van dit artikel kon worden gegund aan Creating Arts & Design, William Arijs. Deze beslissing bevat de volgende motivering:

“Gelet op de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 9 maart 2020 waarbij de vervaardiging van kunstwerken voor de realisatie van de doorsteek in de Beverstraat in uitvoering van artikel 42, §1, 1º, d, i) van de wet op de overheidsopdrachten werd toegekend aan Creating Arts & Design, William Arijs, onder voorbehoud van het maken van een definitieve keuze, het bepalen van de uiteindelijke kostprijs en de garantie dat het ecologische aspect (werken met algen) realiseerbaar is;

Gelet op het voorstel van 30 oktober 2020 van Creating Arts & Design omtrent de vervaardiging van de kunstwerken voor de doorsteek Beverstraat-Kaardeloodstraat nl. de kunstboom en 3 portieken en 10 fietsstandaarden met wortelsymbool van de stad Ninove;

Overwegende dat het ultieme doel van het kunstwerk is om kunst, wetenschap en natuur samen te brengen in 1 geheel namelijk de kunstboom en hierbij te werken met algen (afmetingen kunstboom 7,5m hoog, 7m breed en 1,5m diameter als stam).”

De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 9 maart 2020 bevat volgende motivering:

“Overwegende dat William Arijs, beeldend kunstenaar die reeds eerdere opdrachten voor de stad realiseerde, op eigen initiatief aan het college van burgemeester en schepenen een reeks kunstwerken voorstelde om te realiseren in en om de doorsteek;

Gelet op de bespreking van deze voorstellen in aanwezigheid van de kunstenaar tijdens de zitting van het college van burgemeester en schepenen van 17 februari 2020;

Gelet op de bespreking op het college van burgemeester en schepenen in zitting van 24 februari 2020 van de opportuniteit van het verwerven van deze kunstwerken en de wijze waarop;

Overwegende dat het wenselijk is om de opdracht voor het vervaardigen van de kunstwerken toe te kennen aan Creating Arts & Design, William Arijs;

Overwegende dat volgens artikel 42, §1, 1º, d, i) van de wet op de overheidsopdrachten opdrachten door één bepaalde aannemer kunnen worden verricht om reden dat de opdracht het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of het leveren van een unieke artistieke prestatie als doel heeft;

In het antwoord van het bestuur wordt deze motivering als volgt aangevuld:

“De heer William Arijs staat alom bekend als kunstenaar en de stad Ninove heeft al meerdere kunstwerken bij hem aangekocht omdat de kunstenaar in kwestie als inwoner bekend is met wat er in onze stad leeft.

(...)

Indien het college ervoor zou hebben geopteerd om een kunstwerk te laten ontwerpen dan zou dit, gelet op de raming, gebeurd zijn via publicatie in Free Market op e-Notification. Hier ging het om een bestaand ontwerp van een uniek kunstwerk. We verwijzen hiervoor naar de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 9 maart 2020 waarin wordt verwezen naar

de reeks kunstwerken die de kunstenaar aan het college voorstelde en die met de kunstenaar tijdens de zitting van het college van 17 februari werden besproken. Uiteindelijk werd er geopteerd voor de kunstboom met portieken en fietsstandaard. Er werd dus wel degelijk een bewuste keuze gemaakt.

Het college van burgemeester en schepenen is van oordeel dat het geen misbruik heeft gemaakt van artikel 42, §1, 1°, d, i) bij de gunning van de opdracht aan de kunstenaar. Van ieder kunstwerk dat de laatste decennia in Ninove werd aangekocht gebeurde de aankoop op deze wijze omdat het telkens om een bestaand ontwerp ging. Bij de bepaling van de keuze van de kunstenaar en het kunstwerk werd rekening gehouden met de verbondenheid met de stad, de inplantingsplaats en de vraagstelling of de interpretatie die het kunstwerk met zich mee brengt.

Voor de constructie van het kunstwerk van de metalen boom werkt de kunstenaar samen met twee kunstenaars van de Luca Hogeschool te Gent, en met kunstenaar-keramist Jean Pierre Van Oudenhove, net als William Arijs zelf een van de bekendste Ninoofse kunstenaars, gekend als "Den Board". (...)

Het lijkt ons een unicum dat twee lokale kunstenaars spontaan samenwerken met twee pas afgestudeerde kunstenaars. Deze unieke samenwerking is zonder meer een meerwaarde voor het kunstwerk in kwestie. Het ultieme doel is om kunst, wetenschap en natuur, samen te brengen in één geheel en tevens is het een verwijzing naar de huidige pandemie waarbij iedereen de neiging heeft om terug naar het essentiële en contact met de natuur terug te grijpen."

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag slechts in bepaalde toepassingsgevallen gebruikt worden.

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is een plaatsingsprocedure met een beperktere graad van mededinging. Slechts een aantal deelnemers zullen uitgenodigd worden om een offerte in te dienen. Deze beperktere mededinging is meteen ook de reden waarom deze procedure slechts in bepaalde toepassingsgevallen mag gebruikt worden.

In heel specifieke gevallen is het mogelijk om rechtstreeks met een ondernemer te contracteren zonder dat anderen uitgenodigd worden om een offerte in te dienen. De stad Ninove beroept zich op artikel 42, §1, 1°, d, i) van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. De stad haalt aan dat deze opdracht aan Creating Arts & Design, William Arijs wordt gegund wegens een uniek kunstwerk.

De memorie van toelichting bij artikel 42, §1, 1°, d van de wet verduidelijkt dat dit geval toepasselijk is wanneer van meet af aan duidelijk is dat een bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere plaatsingsresultaten zal leiden, niet in het minst omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. Dit is het geval voor 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 voorafgaande bekendmaking is alleen in geval van objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen, als de exclusiviteit niet door de aanbestedende overheid zelf met het oog op de plaatsing van de opdracht is gecreëerd.

Aanbestedende overheden die zich op deze uitzondering beroepen, moeten aangeven waarom er geen redelijk alternatief of vervangmiddelen beschikbaar zijn, zoals het gebruik van alternatieve

distributiekkanalen, of het in overweging nemen van functioneel vergelijkbare werken, leveringen of diensten.

Indien technische redenen het exclusieve karakter bepalen, moeten deze nauwkeurig worden omschreven en per geval gemotiveerd worden. Deze redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat het voor een andere ondernemer technisch haast onhaalbaar is de vereiste prestaties te leveren, of dat specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig zijn die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft. Technische redenen kunnen ook verband houden met specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de te verwerven werken, leveringen of diensten.

Uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de Raad van State kan worden afgeleid dat deze bepaling met grote gestrengheid wordt toegepast en dat niet snel zal zijn voldaan aan voormelde voorwaarden. Dit toepassingsgeval zal dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen ingeroepen worden.

De motivering opgenomen in de beslissingen van het college van burgemeester en schepenen van Ninove van 9 maart en 16 november 2020 bevatten geen afdoende rechtvaardiging voor de toepassing van artikel 42, §1, 1^o, d, i) van de Wet van 17 juni 2016.

Het antwoord van het bestuur gaat wel verder in op de redenen waarom er aan de kunstenaar in kwestie wordt gegund. Evenwel zijn deze redenen niet draagkrachtig genoeg om het unieke karakter van de kunstwerken, dat onlosmakelijk verbonden moet zijn met de kunstenaar, aan te tonen.

Het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, bepaalt dat elk bestuur zich moet gedragen als een normaal voorzichtig en zorgvuldig handelend bestuur. Het zorgvuldigheidsbeginsel impliceert onder meer dat het bestuur haar beslissingen zorgvuldig voorbereidt en neemt. Het bestuur moet met kennis van zaken beslissen en moet volledig ingelicht zijn over de belangrijke gegevens die de beslissing kunnen beïnvloeden. Het bestuur kan vooraf een advies inwinnen om zich deskundig te laten voorlichten. Na het besluit op een zorgvuldige wijze te hebben voorbereid door het inventariseren van de relevante gegevens moet het bestuur deze gegevens tegen elkaar afwegen in het licht van het doel van het besluit. Het feit dat het bestuur bepaalde niet-bindende adviezen niet heeft gevolgd wijst op zich niet op een onzorgvuldige voorbereiding van het besluit. Wanneer het bestuur een andere mening is toegedaan moet zij duidelijk en afdoende motiveren hoe zij tot die andere zienswijze is gekomen. De motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur is alzo verweven met en maakt hier deel uit van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 16 november 2020 verwijst naar het advies van de sectordirecteur grondgebiedzaken van 27 oktober 2020:

“hierbij het advies van dhr. Koenraad Muylaert en dhr. Martin Hemry, de proffen waarnaar William Arijs verwijst. Beiden hadden zij William Arijs een tijdje geleden aan de telefoon gehad. Verdere contacten of afspraken zijn er niet.

Koen Muylaert:

- *Gespecialiseerd in algengroei en -bestrijding*

- *Algen kweken en onderhouden is arbeidsintensief, vraagt dagelijkse opvolging. Univ zal hiervoor niet instaan. Privé-firma's bestaan hiervoor niet.*
- *Beluchting is belangrijk. Zonder zuurstof sterven algen af en dit geeft een bruine stinkende brij*
- *Glazen omhulsel gevuld met water komt onder druk te staan bij vorst*
- *Hij heeft William Arijs aangeraden om dit op kleine schaal te proberen vooraleer dit op openbaar domein te plaatsen.*

Martin Hemry:

- *Gespecialiseerd in plantengroei*
- *Klimplanten moeten wortelen in de grond, kunnen niet op glas groeien, sommige soorten kunnen klimmen op ruw materiaal.*
- *Wil advies geven als we klimplanten zoeken.*

Het ecologische aspect is dus niet echt onderbouwd. Een kunstwerk in glas en metaal is wel mogelijk”

In de volgende paragraaf bespreekt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 16 november 2020 de vraag van de dienst mobiliteit:

“Gelet op de vraag van de dienst mobiliteit of de hoogte en breedte van de fietsstandaarden kunnen aangepast worden en of er een opening kan gemaakt worden in de fietsstandaard voor kinderfietsen, zodat er een slot kan doorgestoken worden. De kunstenaar heeft bevestigd dat de opening zal voorzien worden en dat hoogte en breedte in overleg voor uitvoering kunnen bepaald worden. Hij verdedigt echter de hoogte van zijn fietsstandaard omdat deze zo ontworpen is dat de fiets tegen de houten plank zal leunen en er zo geen krassen zullen ontstaan.”

Het college houdt geen rekening met de bedenkingen en twijfels van de sectordirecteur grondgebiedzaken, of notuleert deze althans niet. De sectordirecteur uit ernstige twijfels over het ecologische aspect, het werken met algen en de samenwerking met de professoren waarnaar William Arijs in zijn offerte verwijst. Het college besliste op 9 maart 2020 nochtans uitdrukkelijk dat het werken met algen realiseerbaar moest zijn. Na contactname van de sectordirecteur met de betrokken professoren staat niet met zekerheid vast dat dit wel zo is. Het bestuur weerlegt de twijfels van de sectordirecteur evenmin, terwijl het wel ingaat op de vraag van de dienst mobiliteit.

Hoewel het advies van de sectordirecteur in deze niet bindend is, volgt wel uit het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht dat het bestuur de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid aan de dag legt. Het bestuur moet haar beslissingen zorgvuldig voorbereiden en nemen. Indien het college een andere mening is toegedaan dan de sectordirecteur moet zij afdoende en duidelijk motiveren hoe zij tot die andere zienswijze is gekomen. Het collegebesluit van 16 november 2020 houdt geen rekening met en bevat geen motivering over de bezorgdheden en twijfels van de sectordirecteur en schendt alzo het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur.

Uit het voorgaande volgt dat de bestreden collegebeslissing van 16 november 2020 artikel 42, §1, 1°, d, i) van de wet inzake overheidsopdrachten schendt, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur.

BESLUIT:

Enig artikel. Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van Ninove van 16 november 2020 inzake de gunning van de kunstwerken voor de aanleg publieke ruimte doorsteek Beverstraat-Kaardeloodstraat aan Creating Art & Design, William Arijs, wordt vernietigd.

Tegen deze beslissing kan een beroep tot nietigverklaring of een verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden ingediend bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het verzoekschrift wordt ingediend, hetzij elektronisch via een beveiligde website van de Raad van State (<http://eproadmin.raadvst-consetat.be>), of met een ter post aangetekende brief die wordt toegezonden aan de Raad van State (Wetenschapsstraat 33 te 1040 Brussel). Het verzoekschrift wordt ingediend binnen een termijn van zestig dagen nadat de beslissing werd betekend.

Gent,

De gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen,

Carina Van Cauter