

Afdeling Lokale Organisatie en Werking
VAC Herman Teirlinck
Havenlaan 88 bus 70
1000 BRUSSEL
www.vlaanderen.be/abb

Aangetekend met ontvangstbewijs
De heer Jan Leus
Gemeenteraadslid
Langstraat 48
3870 HEERS

uw bericht van	uw kenmerk	ons kenmerk	bijlagen
8 januari 2021		2021.000046	1
vragen naar/e-mail	telefoonnummer	datum	
Nele Smets nele.smets@vlaanderen.be	016 66 62 80	26 FEB. 2021	

Klacht tegen de aankoop en de levering van 12 e-books met wandeling – vernietiging

Geachte heer,

U vindt hierbij een kopie van mijn vernietigingsbesluit van het besluit van de gemeenteraad van Heers van 14 december 2020 over de aankoop en de levering van 12 e-books met wandeling.

Met vriendelijke groeten,

Jozef
Lantmeeters
(Signature)

Digitaal ondertekend door
Jozef Lantmeeters
(Signature)
Datum: 2021.02.25 10:40:33
+01'00'

Jos LANTMEETERS
Gouverneur van de provincie Limburg

Er kan tegen deze beslissing 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 (<https://eproadmin.raadvst-consetat.be/>) van de Raad van State, of met een per 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. Indien de beslissing niet betekend diende te worden, gaat de termijn in met de dag waarop de verzoeker er kennis van heeft gehad.

Besluit van de gouverneur houdende de vernietiging van het besluit van de gemeenteraad van Heers van 14 december 2020 inzake de aankoop en de levering van 12 e-books met wandeling

DE GOUVERNEUR VAN DE PROVINCIE LIMBURG,

Bevoegdheid

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

Feitelijke context

Op 14 december 2020 keurde de gemeenteraad van Heers de aankoop en de levering van 12 e-books met wandeling goed. De opdracht werd gegund aan Het Verdickt bv.

Jan Leus en Gerald Kindermans, gemeenteraadsleden, dienden op 8 en 14 januari 2021 klacht in bij de toezichthoudende overheid tegen deze gemeenteraadsbeslissing. 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'.

Op 11 en 19 januari 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 28 januari 2021 verzond het gemeentebestuur de bestreden beslissing en het dossier via het digitaal loket. De toezichttermijn van de gouverneur nam een aanvang op 29 januari 2021 en eindigt op 1 maart 2021.

Juridisch kader

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

Verantwoording

Artikel 42, §1, 1°, 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° 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;

De gemeenteraad van Heers besliste op 14 december 2020 dat de aankoop en de levering van 12 e-books in toepassing van dit artikel kon worden gegund aan Het Verdickt bv. Deze beslissing bevat de volgende motivering:

“Een inwoner van onze gemeente, mevrouw Daniëlle Houbrechts, heeft een e-book opgemaakt over het kerkdorp Opheers. Zij is dit komen voorstellen aan het College van Burgemeester en Schepenen. Het is de bedoeling een dergelijk e-book aan te maken voor ieder kerkdorp, 12 e-books in totaal dus.

Elk e-book zal op zijn unieke manier het verhaal van een kerkdorp uit de gemeente Heers gaan vertellen. De gemeente wenst hierin te investeren aangezien dit een meerwaarde is voor de gemeente en de geschiedenis en alles wat hiermee samenhangt op een mooie en respectvolle manier bewaard kan worden. Dankzij deze e-books zal het verleden, het heden en de toekomst van Heers mooi met elkaar verweven worden.

Daniëlle Houbrechts heeft dit concept zelf vorm gegeven. Het gemeentebestuur wenst deze unieke bijdrage aan de kennis van het patrimonium van onze gemeente aan te wenden en te gebruiken te bevordering van het toerisme in onze gemeente waarvan ook de eigen inwoners gebruik kunnen maken.

Het gaat hier om een unieke artistieke prestatie. Hierop is volgend artikel van toepassing: artikel 42, §1, 1°, d van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten: deze opdracht zal gegund worden bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omdat de leveringen omwille van een uniek kunstwerk/unique artistieke prestatie {OF} om technische redenen {OF} omwille van de bescherming van uitsluitende rechten, slechts aan één opdrachtnemer (leverancier) kunnen worden gegund.

Het is de bedoeling dat er elk jaar 2 kerkdorpen uitkomen in e-bookvorm, aangevuld met ingesproken teksten en foto's; dit valt niet binnen de bevoegdheid van het College van Burgemeester en Schepenen maar binnen de bevoegdheid van de gemeenteraad verwijzend naar artikel 56 en artikel 57 van het decreet lokaal bestuur.”

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

“Een aantal factoren maakt dit concept uniek: vertrekkend vanuit haar achtergrond als kruidendeskundige worden hier geleide wandelingen uitgestippeld, laat zij inwoners van ieder kerkdorp van Heers verhalen vertellen, bundelt zij deze, en dit in samenwerking met de heemkundige kring, met enkele bekende inwoners zoals o.a. Jos Vandebrouck (historicus) en Rick de Leeuw (auteur en performer) én geeft zij dit weer in een e-book. In dit e-book wordt niet alleen het erfgoed op historisch verantwoorde wijze in kaart gebracht, er wordt ook de link gelegd naar het heden en de toekomst en de lokale economie wordt erbij betrokken door het opnemen van (op kruiden gebaseerde) recepten/drankjes/eten. En dit alles wordt gekoppeld aan een korte en een iets langere wandeling, met de integratie van verschillende geluidsfragmenten die je naar keuze/interesse al dan niet beluistert. Er wordt bovendien de mogelijkheid aangeboden om de wandeling met een professionele gids te doen (mevrouw Houbrechts zelf weliswaar in de eerste plaats of een andere professional die de materie naar behoren kent). Verder stond mevrouw Houbrechts er op dat de gemeente er alles moest aan doen opdat niemand anders haar uniek idee zou gaan kopiëren.

De dorpskalender waarnaar verwezen wordt in de eerste klacht, brengt inderdaad ook dorpsverhalen in kaart, maar heeft niets vandoen met dit concept en zeker niet met een interactief e-book; een kalender is al niet te vergelijken met een gewoon boek. We mogen bovendien niet vergeten dat mevrouw Houbrechts al verschillende gewone boeken uitgegeven heeft en dus over enige expertise op dat gebied beschikt.

De objectieve criteria die dit concept doen matchen met hetgeen het gemeentebestuur reeds geruime tijd voor ogen had, zijn:

- lokaal: mevrouw Houbrechts is auteur en inwoner van Heers; andere inwoners van Heers participeren aan de totstandkoming van het product;*
- breed gedragen: er worden lokale stakeholders (historici, heemkundige kring, ...) betrokken bij de gegevensverzameling;*
- uniek: het aangeboden concept verschilt van alles wat er tot nu toe beschikbaar is en biedt een originele mix van heel wat aspecten vanuit een specifieke invalshoek. Er is ook een unieke mix qua deelnemende auteurs;*
- kruiden als uitgangspunt: mevrouw Houbrechts vertrekt steeds vanuit haar achtergrond en betreft andere aspecten bij de verhalen.*

De combinatie van al deze elementen is uniek. Dit concept werd bedacht door onze plaatselijke auteur Daniële Houbrechts (Het Verdickt bv), hetgeen de inroeping van artikel 42, §1, 1^o, d ook rechtvaardigt op dit vlak; immers, ‘uitsluitende rechten moeten worden beschermd, met inbegrip van intellectuele eigendomsrechten’, luidt de tekst van het derde lid. Het college van burgemeester en schepenen van Heers heeft ook vastgesteld dat er in Heers, gelet op de uniciteit van dit concept, geen enkele andere auteur is die dergelijk e-book reeds geconcipeerd heeft of in staat is deze te concipiëren in de nabije toekomst. Er was dus, naast de ethische weigering van het College om het unieke concept te grabbel te gooien voor derden, ook een objectieve onmogelijkheid om de markt verder te verkennen. De opdracht werd dan ook rechtmatig gegund aan de bedenker van dit unieke concept.”

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 gemeente Heers beroept zich op artikel 42, §1, 1º, d van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. De gemeente haalt aan dat deze opdracht aan Het Verdickt bv wordt gegund wegens een uniek kunstwerk/unieke artistieke prestatie.

De memorie van toelichting bij artikel 42, §1, 1º, 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 redelijke alternatieven of vervangmiddelen beschikbaar zijn, zoals het gebruik van alternatieve distributiekanaalen, 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 beslissing van de gemeenteraad van Heers van 14 december 2020 en de bijkomende motivering uit het antwoord van het bestuur bevatten geen objectieve rechtvaardiging voor de toepassing van artikel 42, §1, 1º, d van de Wet van 17 juni 2016:

- i) Unieke artistieke prestatie: dit geval is beperkt tot de kunstenaar of het kunstwerk, waarbij het bestuur rechtstreeks met de kunstenaar een overeenkomst heeft of een kunstwerk aankoopt dat al bestaat. Het gemeentebestuur van Heers toont niet aan dat het leveren van e-books met wandeling een unieke artistieke prestatie zou zijn waarbij het unieke karakter inherent is aan de identiteit van één bepaalde kunstenaar. De opdracht wordt niet gegund aan één welbepaalde kunstenaar, maar

aan een vennootschap, Het Verdickt bv. De opdracht is een samenwerking met verschillende actoren (mevrouw Houbrechts, heemkundige kring, historicus, auteur/performer, vormgeefster, eindredacteur...). Dit blijkt ook uit de toelichting van het concept en de werkdocumenten uit het dossier. Men kan zich -zoals beide klachtindieners- ook de vraag stellen of het hier over een unieke artistieke prestatie gaat, aangezien informatie over de kerkdorpen van de gemeente Heers al vrij beschikbaar is (verhalen van inwoners, verhalen uit vroegere dorpskalender, ...) en er wel meer ondernemers een dergelijk e-book zouden kunnen opstellen.

- ii) Technische redenen worden niet aangevoerd en zijn hier ook niet van toepassing.
- iii) Monopoliesituatie: nergens wordt er een bewijs geleverd dat het zou gaan om de bescherming van exclusieve rechten. Het feit dat het college zou hebben vastgesteld dat er in Heers geen enkele andere auteur is die dergelijk e-book reeds geconcipieerd heeft of in staat is te concipiëren in de nabije toekomst, is onvoldoende. Dit geldt bovendien alleen als er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van de mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht.

Uit het voorgaande volgt dat de bestreden gemeenteraadsbeslissing van 14 december 2020 de wet schendt.

BESLUIT:

Enig artikel. Het besluit van de gemeenteraad van Heers van 14 december 2020 inzake de aankoop en de levering van 12 e-books met wandeling, 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.

Hasselt,

De gouverneur van de provincie Limburg,

Jozef
Lantmeeters
(Signature)

Digitaal ondertekend
door Jozef Lantmeeters
(Signature)
Datum: 2021.02.25
10:42:07 +01'00'

Jos LANTMEETERS