

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.506 van 16 mei 2019
in de zaak A. 221.678/XII-8336**

In zake: de NV JC DECAUX STREET FURNITURE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Het voorwerp van de vordering in het verzoekschrift

1. Het beroep, ingesteld op 25 april 2017, strekt tot de
nietigverklaring van:

“De beslissing van 9 februari 2017 van [de stad Gent] waarbij de ver-
tragsboetes betreffende de opdracht ‘raamovereenkomst voor het leveren,

plaatsen en onderhouden van schuilhuizen bij haltes van openbaar vervoer, informatieborden en 8m² borden op grondgebied Gent en het voeren van commerciële reclame op welbepaald straatmeubilair' niet worden toegepast zoals uitdrukkelijk voorgeschreven in het toepasselijk bestek doch eenzijdig door [de stad Gent] worden gewijzigd (verminderd) in gevolge waarvan de oorspronkelijke opdracht op een verboden wijze wezenlijk wordt gewijzigd, waardoor deze beslissing zich ten opzichte van [de nv JC Decaux Street Furniture Belgium] aandient als een gunningsbeslissing betreffende een nieuwe, niet aan de mededinging onderworpen, opdracht aan bvba Clear Channel Belgium.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 237.913 van 7 april 2017 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot nietigverklaring ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 april 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Evi Mees, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomenende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 27 november 2014 gunt de stad Gent met een open aanbesteding een overheidsopdracht voor een raamovereenkomst voor “het leveren, plaatsen en onderhouden van schuilhuizen en haltes van openbaar vervoer, informatieborden en 8m2 borden op grondgebied Gent en het voeren van commerciële reclame op welbepaald straatmeubilair” aan de bvba Clear Channel Belgium. Ook de verzoekende partij was inschrijver voor de opdracht.

In het bestek wordt onder meer vermeld:

“3.13.3 Vertragsboetes (art. 46 en 123 KB Uitvoering)

De vertragsboete wordt als forfaitaire vergoeding wegens vertraging in de uitvoering van de opdracht opgelegd en bedraagt 1000 euro per dag vertraging. Deze vertragsboete wordt aangerekend per adres waar vertraging wordt opgelopen.

Het spreekt voor zich dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de vertraging en bij de toepassing van de vertragsboetes de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht neemt.”

Bij de Raad van State is geen vordering tot schorsing of nietigverklaring ingesteld tegen de gunningsbeslissing van 27 november 2014.

3.2. Met een aangetekend schrijven van 17 december 2014 blijkt de overeenkomst tussen de stad Gent en de bvba Clear Channel Belgium gesloten en is ze in uitvoering.

3.3. Op 10 november 2015 dagvaardt de verzoekende partij de stad Gent en de tussenkomende partij voor de rechtbank van eerste aanleg te Gent om de overeenkomst te zien nietig verklaren omwille van een schending van het gelijkheidsbeginsel en een essentiële wijziging van de oorspronkelijke opdracht tijdens de uitvoering aangezien de tussenkomende partij de bestaande funderingsplaten niet zou hebben vervangen niettegenstaande het bestek dit vereiste en omdat de verwerende partij dit duldt. Deze procedure is nog hangende.

Eveneens op 10 november 2015 dient de verzoekende partij een vordering in bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelend zoals in kort geding om de opdracht onverbindend te zien verklaren op grond van dezelfde motieven als bij de in de vorige alinea vermelde zaak. Deze vordering wordt verworpen met een vonnis van 14 november 2016.

Op 18 december 2015 dagvaardt de verzoekende partij de stad Gent en de tussenkomende partij voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel zetelend zoals in kort geding en vordert zij de onmiddellijke staking van beweerde oneerlijke handelspraktijken door de tussenkomende partij door de onmiddellijke stopzetting van de plaatsing van de schuilhuisjes en de volledige afbraak en ontmanteling van de reeds geplaatste schuilhuisjes op grond onder meer van de niet-bestekscorrecte uitvoering door de tussenkomende partij waarbij de verzoekende partij aanklaagt dat de opdracht gewijzigd is. Op 29 juli 2016 wordt deze stakingsvordering verworpen als ongegrond. De verzoekende partij heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. De zaak is hangende bij het hof van beroep te Brussel.

3.4. Op 9 februari 2017 beslist de verwerende partij om, gelet op de overschrijding van de dwingende installatietermijn van vier maanden voor de levering en plaatsing van alle straatmeubilair (schuilhuizen en informatieborden) en de (elektrische) aansluiting en afwerking van het openbaar domein, een

vertragingsboete van 1.504.962,99 euro op te leggen aan de tussenkomende partij die deze beslissing met een brief van 22 maart 2017 betwist.

De beslissing van 9 februari 2017 luidt onder meer:

“Gelet op wat voorafgaat, heeft de opdrachtnemer de dwingende installatietermijn van 4 maanden bepaald in § 3.9 van het bestek TDW/2013/026 onmiskenbaar meer dan ruimschoots overschreden.

Door het louter overschrijden van deze dwingende partiële uitvoeringstermijn stelt de opdrachtnemer zich bloot aan de vertragingsboete vastgelegd in § 3.13.3 van het bestek in uitvoering van artikel 46 en 123 KB Uitvoering.

Het bestek heeft deze forfaitaire vergoeding wegens vertraging in de uitvoering van de opdracht vastgesteld op 1.000,00 euro per dag vertraging en wordt aangerekend per adres waar vertraging wordt opgelopen. De boete is eisbaar zonder ingebrekestelling door het eenvoudig verstrijken van de uitvoeringstermijn zonder opstelling van een proces-verbaal en wordt van rechtswege toegepast voor het totaal aantal kalenderdagen vertraging.

Met de vaststelling van het bedrag van de vertragingsboete, heeft het bestek afgeweken van artikel 46 en 123 KB Uitvoering. Conform artikel 9, §4, lid 2 KB Uitvoering werd deze afwijking vooraan in het bestek gemotiveerd als volgt:

Aangezien het geen klassieke overheidsopdracht betreft, waarbij de opdrachtnemer wordt betaald voor de door hem geleverde prestaties maar integendeel een financiële vergoeding betaalt aan de Stad in ruil voor het recht op reclamevoering, ontbreekt een normale berekeningsbasis voor de vertragingsboete volgens artikel 123 KB Uitvoering. Daarom werd de vertragingsboete forfaitair vastgelegd op 1000 euro.

Daaraan werden nog de volgende paragrafen toegevoegd:

‘Gezien de opdracht niet in een normaal betalingsmechanisme voorziet (betaling na goedkeuring), werd een goed uitgewerkt sanctiemechanisme onontbeerlijk geacht, namelijk om de prestaties te kunnen afdwingen. De bedragen werden daarom voldoende hoog bepaald om een goed en vlot verloop van de opdracht te garanderen in teken van het hoger doel, i.e. orde en netheid en veiligheid op het openbaar domein, een goede dienstverlening en comfort voor de burgers en de gebruikers van het openbaar vervoer in het bijzonder.

Er werd voor geopteerd om de straf- en boetebedragen te indexeren gezien de uitzonderlijk lange looptijd van de raamovereenkomst. Indexering is redelijk verantwoord om de bedragen mee te laten evolueren met de normale prijsevolutie om op die manier te verzekeren dat de straffen en boetes doeltreffend zijn gedurende de integrale duur van de raamovereenkomst.’

Als we het totale bedrag aan vertragsboetes louter mathematisch becijferen, rekening houdende met de totale vertraging, dan loopt dat op tot 49,27 miljoen euro.

Voor de becijfering wordt rekening gehouden met (1) het principe dat de vertragsboete telkens voor een welbepaalde locatie ophoudt te lopen de dag vóór de datum van de keuringsaanvraag vanwege de opdrachtnemer conform § 3.11 bestek TDW/2013.026 voor zover het schuilmuis of informatiebord aansluitend door de aanbestedende overheid wordt goedgekeurd en (2) de reeds door het college van burgemeester en schepenen toegekende termijnverlengingen.

De detailberekening van de vertragsboete is in casu niet relevant aangezien het totale bedrag aan vertragsboetes wettelijk begrensd wordt. Artikel 123 KB Uitvoering beperkt het totaal aan vertragsboetes tot 7,5 % van de leveringen die met dezelfde vertraging zijn gebeurd. Het strookt met andere woorden niet met de bepalingen van het KB Uitvoering, laat staan met de beginselen van behoorlijk bestuur om hoger vermeld enorm boetebedrag aan te rekenen.

Gezien een normale berekeningsbasis voor de waarde van de leveringen ontbreekt, achten wij het redelijk verantwoord om voormelde 7,5 % te berekenen op basis van het bedrag van de jaarlijkse financiële vergoeding voor jaar 1 die de opdrachtnemer aan de Stad Gent heeft geboden vermenigvuldigd met het aantal jaren looptijd van onderhavige raamovereenkomst. Deze vergoeding is de enige vaststaande rechtszekere waardebepaling waarover de aanbestedende overheid beschikt.

Het totale boetebedrag komt zomede op:

$7,5\% \text{ van } [(1.848.600 \text{ euro} \times 10) + (1.848.600 \text{ euro} \times 312/365^*)] = 1.504.962,99 \text{ euro.}''$

3.5. De verzoekende partij schrijft in haar verzoekschrift dat zij op 23 februari 2017 in de pers heeft kennis genomen van het feit dat de stad Gent het recht heeft om 49 miljoen euro aan vertragsboetes te innen van de bvba Clear Channel Belgium, maar zich beperkt tot “slechts twee miljoen euro”.

3.6. Op 10 maart 2017 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen onder meer de beslissing van de verwerende partij waarbij de overeenkomst tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij wezenlijk wordt gewijzigd. De vordering wordt door de Raad van State verworpen met het arrest nr. 237.913 van 7 april 2017.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij doet gelden, wat de ontvankelijkheid van het beroep en de rechtsmacht van de Raad van State betreft, dat de bestreden beslissing een eenzijdige beslissing is die uitgaat van een administratieve overheid. De verwerende partij beslist immers eenzijdig om een essentiële wijziging aan te brengen aan het mechanisme van de vertragingsboetes, zonder een akkoord van de bvba Clear Channel Belgium. De Raad van State is volgens de verzoekende partij bevoegd om de nietigheid ervan vast te stellen.

Indien er, zo vervolgt de verzoekende partij, zou worden aangevoerd dat de bestreden beslissing in een contractuele context past, om zo de rechtsmacht van de Raad van State te ontkennen, voert zij aan dat er tussen haar en de verwerende partij geen enkele overeenkomst bestaat. In de verhouding tussen de verzoekende partij en de verwerende partij kan de bestreden beslissing zich niet voordoen als een betwisting over subjectieve rechten. Ten aanzien van de verzoekende partij verschijnt de bestreden beslissing als een nieuwe gunningsbeslissing omdat zij de opdracht op een verboden manier wezenlijk wijzigt. Indien deze gewijzigde voorwaarden gekend waren bij de oorspronkelijke gunning van de opdracht, hadden zij tot andere offertes kunnen leiden. De bestreden beslissing wijzigt het economisch evenwicht van de opdracht substantieel en uitsluitend in het voordeel van de opdrachtnemer door de in het bestek voorziene sanctie van 47 miljoen euro niet aan hem op te leggen.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat de Raad van State zich in het verleden bevoegd heeft verklaard om de gevolgen van wezenlijke wijzigingen tijdens de uitvoering van de opdracht te vernietigen.

In het arrest nr. 237.913 in de kortgedingprocedure roept de Raad van State volgens de verzoekende partij ten onrechte een onderscheid in het leven op grond van de aard van de wezenlijke wijziging, namelijk wél rechtsmacht bij wijziging van de duur van de opdracht, geen rechtsmacht bij wijziging van het

sanctiemechanisme. De wezenlijke wijziging moet volgens de verzoekende partij niet worden beoordeeld op grond van diens aard, maar wel op grond van diens concrete gevolgen. Volgens de verzoekende partij is determinerend of de gewijzigde opdracht in zijn nieuwe vorm nog in overeenstemming is met de voorwaarden van de opdracht ten tijde van de in mededingingstelling. Wanneer vaststaat dat een opdracht wordt uitgevoerd aan wezenlijk gewijzigde voorwaarden, staat volgens de verzoekende partij vast dat een nieuwe opdracht werd gegund, die ten onrechte niet in mededinging werd geplaatst.

In zoverre de Raad van State zou oordelen zonder rechtsmacht te zijn wanneer een wezenlijke wijziging betrekking heeft op verdragingsboetes, doch wel rechtsmacht heeft om te oordelen over de wijziging van de duurtijd van de opdracht, vraagt de verzoekende partij om de volgende twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen:

“1. Verzet artikel 2 b van de Richtlijnen 89/665/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, zoals gewijzigd door Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, zich tegen een nationale regeling waarbij de verhaalsinstantie die bevoegd is voor het vernietigen van een gunningsbeslissing zich niet bevoegd verklaard om te oordelen over het wezenlijk karakter van wijzigingen die zich tijdens de uitvoering van de opdracht voordoen.

2. Dienen artikel 72, lid 1, e) juncto artikel 72, lid 4, a en b van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale jurisprudentiële interpretatie die het wezenlijk karakter van een wijziging niet beoordeelt op basis van de gevolgen ervan voor de eerlijke mededinging ten aanzien van andere marktdeelnemers maar louter op basis van de contractuele verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.”

5. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan rechtsmacht op. Volgens de verwerende partij wordt de Raad van State gevraagd om zich uit te spreken over een contractueel twistpunt tussen opdrachtgever en opdrachtnemer inzake verdragingsboetes, zaak die te

maken heeft met de interpretatie en de uitvoering van een gegunde overheidsopdracht. Op grond van de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de vordering komt deze zaak toe aan de burgerlijke rechter en niet aan de Raad van State.

Volgens de verwerende partij is het niet evident voor de Raad van State om via het leerstuk van de afsplitsbare rechtshandeling op te treden in contractuele discussies naar aanleiding van de uitvoering van een opdracht. Contractuele wanprestatie is een zaak voor de burgerlijke rechter. Het komt niet aan de Raad van State toe de wijze te bepalen waarop deze wanprestatie zal moeten worden vergoed.

De verwerende partij wijst er voorts op dat de verzoekende partij in deze zaak al drie burgerlijke rechtscolleges heeft gevat met diverse vorderingen gesteund op de Pressetext-leer inzake de wijziging van een gegunde opdracht. Het loutere feit dat de verzoekende partij zich beroept op deze leer betekent niet dat de Raad van State bevoegd zou zijn om uitspraak te doen over de nietigverklaring van een niet bestaande beslissing: er bestaat geen beslissing waarbij een gegunde opdracht wezenlijk werd gewijzigd, er werd geen wezenlijk gewijzigde opdracht gegund aan bvba Clear Channel Belgium. Het is niet omdat de leer van de afsplitsbare rechtshandeling in sommige omstandigheden de Raad van State ertoe heeft gebracht om zich bevoegd te verklaren in het kader van de uitvoering van overheidscontracten, dat zulks in alle omstandigheden het geval zou zijn.

Uit de bestreden beslissing volgt volgens de verwerende partij geen impliciete essentiële wijziging van de opdracht. Uit de omschrijving van de bestreden beslissing door de verzoekende partij blijkt dat zij een beslissing van de verwerende partij tot toepassing van een contractuele verdragingsboete bestrijdt. De verzoekende partij probeert de Raad van State er volgens de verwerende partij ten onrechte van te overtuigen dat de bestreden beslissing veel meer zou inhouden dan het opleggen van een verdragingsboete en daarentegen het gunnen van een nieuwe opdracht zou inhouden. Zonder een onderzoek van contractuele bepalingen is het volgens de verwerende partij onmogelijk het uitgangspunt van de verzoekende partij te verifiëren. De Raad van State mag echter geen beoordeling

uitvoeren van contractuele geschillen. De stelling van de verzoekende partij dat dit onderzoek wel mogelijk zou zijn omdat er tussen haar en de verwerende partij geen contractuele relatie bestaat, faalt. Het is immers niet de vraag of er al dan niet sprake is van een contractuele relatie tussen de verzoekende partij en de verwerende partij, het is de vraag of de Raad van State zich kan uitspreken over een bestaande contractuele verhouding tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij om hieruit af te leiden dat de verzoekende partij over een belang beschikt om een beslissing genomen in deze contractuele sfeer te bestrijden. Het is de vraag of de toepassing van een contractueel beding tussen contractspartijen als een eenzijdige administratieve rechtshandeling mag worden beschouwd door een derde, waarvan deze kan aantonen dat hij in zijn rechten wordt aangetast en bij de Raad van State de nietigverklaring van deze toepassing als een afsplitsbare akte mag vragen. De bestreden beslissing is echter de loutere toepassing van een contractuele boeteclausule en bevat geen afsplitsbare akte.

Wat de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie betreft, betwist de verwerende partij de pertinentie van die vragen. Zij wijst erop dat de verzoekende partij geen enkele duiding, toelichting of situering verschaft. De prejudiciële vragen zijn dus niet ontvankelijk. Ten slotte doet de verwerende partij nog gelden dat de voormelde richtlijn 2014/24/EU te dezen temporeel niet van toepassing is aangezien de opdracht werd gegund op 27 november 2014 en dus onder het toepassingsgebied valt van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

6. In haar memorie werpt de tussenkomende partij eveneens een rechtsmachtexceptie op. Zij wijst erop dat de bestreden beslissing is genomen in het kader van de uitvoering van een aannemingsovereenkomst, op grond van artikel 123 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering). Met toepassing van artikel 9, § 4, van dit koninklijk besluit werd een gewijzigde verdragingsboete opgenomen in het bestek, namelijk 1.000 euro in de plaats van een percentage van 0,1 % en een boete per adres in de plaats van de waarde van de verdraagde leveringen, maar het maximumbedrag van de

boete van 7,5 % werd volgens haar niet gewijzigd. Er is te dezen volgens de tussenkomende partij geen sprake van een afsplitsbare rechtshandeling tot wezenlijke wijziging van het bestek, maar enkel van een beslissing waarbij toepassing wordt gemaakt van contractuele bepalingen inzake de vertragsboetes.

In ondergeschikte orde betwist de tussenkomende partij de vertragsboete omdat er volgens haar geen vertraging bij de uitvoering van de opdracht voorligt waarvoor zij aansprakelijk is. De tussenkomende partij stelt dat zij de bevoegde burgerlijke rechter zal vatten om deze betwisting – waar de verzoekende partij vreemd aan is – te beslechten.

De stelling van de verzoekende partij dat er tussen haar en de verwerende partij geen contractuele relatie bestaat, zodat de betwisting zich niet aandient als een geschil over subjectieve rechten, is volgens de tussenkomende partij naast de kwestie. De bestreden beslissing heeft immers betrekking op de contractuele relatie tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij, waar de verzoekende partij vreemd aan is. De verzoekende partij probeert een administratieve rechtshandeling onderworpen aan de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State te creëren als bestreden beslissing en gaat voorbij aan het feit dat de bestreden beslissing louter is genomen binnen de contractuele relatie tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij.

De rechtspraak van de Raad van State waarop de verzoekende partij zich beroept, overtuigt volgens de tussenkomende partij evenmin. De feitelijke context is totaal verschillend. Het gaat om een contractueel geschil dat aan de burgerlijke rechter toekomt. De Raad van State heeft geen rechtsmacht om kennis te nemen van de vordering zoals die door de verzoekende partij aanhangig is gemaakt, zo besluit de tussenkomende partij.

Wat de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie betreft, doet de tussenkomende partij gelden dat deze niet relevant zijn. Er is geen sprake van een

essentiële wijziging, zodat er geen reden is om vragen aan het Hof van Justitie te stellen.

7. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij gelden dat om de vraag naar de rechtsmacht van de Raad van State te beoordelen, het van doorslaggevend belang is te weten of er al dan niet sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Indien er sprake is van een wezenlijke wijziging, wordt die wijziging vereenzelvigd met het gunnen van een nieuwe overeenkomst en is de beslissing te kwalificeren als een eenzijdige rechtshandeling afsplitsbaar van het contract. In dat geval is de Raad van State bevoegd om kennis te nemen van een beroep tegen de wijzigingsbeslissing. Als de wijziging daarentegen niet van wezenlijke aard is, dan is de Raad van State niet bevoegd, aangezien de wijzigingsbeslissing dan niet als een van het contract afsplitsbare beslissing te aanzien is. De Raad van State dient zich dus alleszins te buigen over de vraag naar het al dan niet wezenlijk karakter van de wijziging die vervat ligt in de bestreden beslissing, om uitspraak te kunnen doen over zijn rechtsmacht.

De opdracht werd wel degelijk op wezenlijke wijze gewijzigd. Dit volgt volgens de verzoekende partij uit de aanpassing van de verdragingsboetes. In het bestek werd een verdragingsboete van 1.000 euro per dag vertraging en per adres vooropgesteld, in afwijking van artikel 123 van het koninklijk besluit uitvoering. Uit de bestreden beslissing blijkt dat het totale bedrag aan verdragingsboetes oploopt tot 49,27 miljoen euro indien de verwerende partij de berekening hanteert zoals vooropgesteld in het bestek. Uit de bestreden beslissing blijkt dat volgens de verwerende partij het totale bedrag aan verdragingsboetes wettelijk begrensd is, waarbij plots wordt verwezen naar het voormelde artikel 123. Vervolgens wordt aan de tussenkomende partij een boete opgelegd van om en bij de 1,5 miljoen euro. Zodoende wordt aan de tussenkomende partij een bedrag van 47 miljoen euro cadeau gedaan. Het spreekt voor zich dat het bestek of de opdracht aldus wezenlijk wordt gewijzigd ten gunste van de tussenkomende partij.

De Raad van State hoeft zich volgens de verzoekende partij in het geheel niet te buigen over de contractuele betwisting die tussen de verwerende

partij en de tussenkomende partij is gerezen. Om vast te stellen of de opdracht wezenlijk is gewijzigd, volstaat het volgens de verzoekende partij om de inhoud van het bestek te vergelijken met de inhoud van de bestreden beslissing. Het feit dat de boete wordt betwist en de vraag of deze werkelijk verschuldigd is door de tussenkomende partij, is volgens de verzoekende partij irrelevant. De bestreden beslissing bestaat immers en ze is uitvoerbaar. De verzoekende partij vraagt de Raad van State aldus enkel om de onwettigheid van deze beslissing te bevestigen. De verzoekende partij vraagt de Raad van State niet om uitspraak te doen over de vraag aan wie de opgelopen vertraging te wijten was. De verzoekende partij heeft naar eigen zeggen geen enkel belang bij een uitspraak over die louter contractuele discussie. De verzoekende partij kan geen rekening houden met de eventualiteit of hieromtrent al dan niet een procedure bij de burgerlijke rechter zal worden gestart. Het gegeven dat de contractspartner van de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft de betreffende beslissing alsnog te betwisten, is irrelevant aangezien het net de van het nieuw tot stand gekomen contract afsplitsbare handeling is die hier aan het wettigheidstoezicht van de Raad wordt onderworpen.

De verzoekende partij benadrukt dat zij een derde is bij de overeenkomst tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij, zodat er te dezen geen sprake is van een betwisting over subjectieve rechten. Daarnaast verwijst zij naar rechtspraak van de Raad van State waaruit volgens haar blijkt dat het gegeven dat de verzoekende partij een derde is tegenover een gesloten overeenkomst, de conclusie rechtvaardigt dat haar beroep tegen de bestreden beslissing wel degelijk kadert in het objectief contentieux waarvoor de Raad van State rechtsmacht heeft.

In ondergeschikte orde betoogt de verzoekende partij dat de Raad van State in het verleden al heeft aanvaard dat een discussie binnen zijn rechtsmacht valt wanneer deze niet gebaseerd is op een overeenkomst maar wel de uiting vormt van het gezag van de overheid.

Wat de eerste prejudiciële vraag betreft, merkt de verzoekende partij nog op dat volgens haar de Raad van State als enig rechtcollege bevoegd is om kennis te nemen van de afsplitsbare rechtshandeling houdende een wezenlijke

wijziging van een gegunde opdracht. Volgens de verzoekende partij zou het oordeel waarbij de Raad van State zich onbevoegd zou verklaren onverenigbaar zijn met de bepalingen van de voormelde richtlijn 89/665/EEG.

Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, doet de verzoekende partij gelden dat artikel 72, lid 1, e), en lid 4, a) en b), van de voormelde richtlijn 2014/24/EU rechtstreekse werking heeft vanaf de voorgeschreven omzettingsdatum van 18 april 2016. Deze bepalingen zijn voldoende nauwkeurig, duidelijk en onvoorwaardelijk en zij vereisen geen aanvullende maatregelen. De regels in deze bepalingen stemmen overeen met het principe-arrest Presstext van het Hof van Justitie. De bestreden beslissing dateert van 9 februari 2017, op dat moment had de richtlijn dus rechtstreekse werking.

Zelfs indien er zou worden geoordeeld dat de voormelde richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing zou zijn op het voorliggende geval, dan nog geldt de rechtspraak van het Hof van Justitie als toetssteen en mag de tweede prejudiciële vraag als volgt worden geherformuleerd:

“Verzet het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, zoals geïnterpreteerd in de rechtspraak van Uw Hof, in het bijzonder in het principe-arrest Presstext Nachrichtenagentur (C-454/06 d.d. 19 juni 2008), en/of het evenredigheidsbeginsel zich tegen een nationale jurisprudentiële interpretatie die het wezenlijk karakter van een wijziging niet beoordeelt op basis van de gevolgen ervan voor de eerlijke mededinging ten aanzien van andere marktdeelnemers, maar louter op basis van de aard hiervan, derwijze dat bijvoorbeeld een verlenging van de duurtijd van een opdracht wel als een wezenlijke wijziging zou kunnen worden aanzien terwijl een wijziging inzake de vooropgestelde verdragingsboetes niet als dusdanig zou kunnen kwalificeren?”

8. In haar laatste memorie overheen tientallen bladzijden gaat de verzoekende partij in op het auditoraatsverslag waarin wordt geconcludeerd dat het beroep niet ontvankelijk is.

De verzoekende partij benadrukt dat de Raad zich niet dient te buigen over de vraag of de tussenkomende partij al dan niet “wanpresteeerde” en

dus of de boete terecht is opgelegd. De verwerende partij heeft ter zake immers al beslist met een bestuurshandeling die geniet van het vermoeden van wettigheid. Het is deze beslissing die de verzoekende partij aan de Raad voorlegt ter wettigheidscontrole “niet omdat zij meent dat de boete niet verschuldigd zou zijn, doch wel omdat zij volgens verzoekende partij een wezenlijke wijziging van de gesloten overeenkomst in zich draagt omdat de boete in deze beslissing niet wordt berekend zoals vooropgesteld werd in het bestek”. Het is volgens de verzoekende partij helemaal niet zo dat indien de Raad zou oordelen dat de bestreden beslissing een wezenlijke wijziging van de overeenkomst inhoudt, hij aldus zou oordelen dat de boete terecht is opgelegd.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat de Raad zich kan en moet buigen over de vraag of de overeenkomst op wezenlijke wijze werd gewijzigd, dit is of het bedrag van de boete op correcte wijze werd bepaald. Deze vraag is bepalend voor de rechtsmacht van de Raad. Indien de bestreden beslissing een wezenlijke wijziging van de overeenkomst inhoudt, dan is er sprake van een afsplitsbare rechtshandeling en mag de Raad kennis nemen van het geschil. Dit betreft geen contractueel of subjectief geschil. De verzoekende partij vindt hier haar belang in het feit dat er door de bestreden beslissing een wezenlijk andere opdracht in de markt is gezet zonder dat zij een kans heeft gekregen. Hierbij merkt de verzoekende partij op dat de Raad de burgerlijke rechter geenszins “klem” zet. Zo de Raad zou oordelen dat de bestreden beslissing een wezenlijke wijziging aan de overeenkomst heeft aangebracht, houdt dit geen beoordeling in van het al dan niet wanpresteren van de tussenkommende partij; de Raad zou zich enkel hebben uitgesproken over de objectieve wettigheid van de bestreden beslissing.

Het beroep is niet zonder voorwerp, beklemtoont de verzoekende partij voorts. De wijziging van de contractueel verschuldigde verdragingsboete kan niet worden aanzien als een loutere toepassing van het contractueel beding inzake verdragingsboetes, doch moet hier worden aanzien als een wezenlijke wijziging van de overeenkomst zelf wat in wezen een onderhands gunnen is van een nieuwe opdracht; dit heeft rechtsgevolgen ten aanzien van derden.

Er is hier, zo vervolgt de verzoekende partij, wel degelijk sprake van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst. In het auditorsverslag wordt ten onrechte gesteld dat er sprake moet van zijn dat de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst gewijzigd worden. Het wijzigen van het boetesysteem, zoals te dezen is gebeurd, is wel degelijk een wezenlijke wijziging; het beduidt immers dat de tussenkommende partij een veel langere uitvoeringstermijn wordt gegund dan in het bestek opgenomen aangezien de initieel voorgeschreven verdragingsboetes door de wijziging ervan in de bestreden beslissing niet worden opgelegd. Bij de voorbereiding in de gemeenteraad inzake het bestek werd uitgebreid aandacht besteed aan de uitvoeringstermijn, wat wijst op het cruciale karakter ervan, waarvan ten bewijze de zeer zware verdragingsboetes. De verzoekende partij merkt op dat zij wel degelijk rekening heeft gehouden met deze context bij het opstellen van haar offerte en dat zij hierbij in een vergoeding heeft voorzien die “lager uitviel dan wanneer zij hiermee geen rekening had dienen te houden”; hierbij is dus niet uit te sluiten dat zij anders de opdracht in de wacht had gesleept of dat andere inschrijvers, die zich hadden laten afschrikken, toch geïnteresseerd hadden kunnen zijn. Overigens wordt in het auditorsverslag ten onrechte opgemerkt dat een wijziging van de boetes niet raakt aan het economisch evenwicht in de overeenkomst; de door de inschrijvers geboden vergoeding voor de verwerende partij was precies datgene waarmee zij in mededinging werden geplaatst: “En het spreekt voor zich dat zéker de monsterboetes gekoppeld aan de zeer korte, dwingende uitvoeringstermijn in het kader van de voorliggende opdracht wezenlijke elementen vormden bij het bepalen van die vergoeding. Ook zij maakten daarom zeker deel uit van ‘het economisch evenwicht’ van de opdracht”.

Wat de door haar voorgestelde prejudiciële vragen inzake de rechtsmacht betreft, wijst de verzoekende partij erop dat deze betrekking hebben op de vraag wanneer er van een wezenlijke wijziging sprake is en dus ook op de vraag wanneer er van een afsplitsbare rechtshandeling sprake is.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat zij wel degelijk over een voldoende belang beschikt in tegenstelling tot wat in het auditorsverslag werd opgemerkt, namelijk dat zij enkel beoogde een zwaardere boete aan de tussenkommende partij te zien opgelegd worden. De verzoekende partij meent dat

haar belang afdoende is in de mate dat zij een beslissing aanvecht die de concurrentie compleet verstoort en aldus een nieuwe gunning aanvecht waaraan zij niet kon deelnemen.

Beoordeling

9. De bestreden beslissing betreft formeel het opleggen door de stad Gent aan de tussenkomende partij van “vertragsboetes tot en met 18 april 2016 voor een bedrag van 1.504.962,99 euro”.

Er blijkt geen uitdrukkelijke intentie van deze of gene of beide partijen uit om de tussen hen bestaande overeenkomst te wijzigen.

10. De verzoekende partij leidt uit dit eenzijdig optreden van de verwerende partij, namelijk de bestreden beslissing, een wijziging van de overeenkomst af terwijl die beslissing niet uitdrukkelijk het voornemen tot een dergelijke wijziging vermeldt en integendeel kortweg melding maakt van de toepassing van het bestek en het koninklijk besluit uitvoering. De verzoekende partij vecht aldus een beweerde impliciete beslissing aan waarbij het bestek wordt gewijzigd wat het “boetesysteem” of de bepaling/berekening van de vertragsboetes betreft.

11. Met de verwerende partij en de tussenkomende partij moet in de eerste plaats worden aangenomen dat de bestreden beslissing geen impliciete bestekswijzigingsbeslissing bevat ook niet wat de wettelijke begrenzing betreft, waarvan de verwerende partij niet is willen afwijken.

Uit de bestreden beslissing, zoals weergegeven *sub* 3.4, blijkt de verwerende partij ervan overtuigd dat zij gewoonweg het bestek toepast en dus uitvoering geeft aan een contractueel beding tussen haar en de tussenkomende partij. Nergens uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij iets anders wil toepassen dan wat in het initieel bestek is vermeld.

De door de verzoekende partij vermeende wijziging blijkt in elk geval niet apert.

In die zin blijkt het beroep zonder voorwerp.

12. In de hypothese dat de bestreden beslissing een onjuiste toepassing vormt van het bestek, is dit in de eerste plaats een zaak tussen de verwerende partij en de tussenkommende partij, die de uitvoering van een overeenkomst betreft en waar de Raad geen rechtsmacht voor heeft.

De tussenkommende partij heeft met een brief van haar raadsman van 22 maart 2017 geprotesteerd tegen de bestreden beslissing en laat in haar laatste memorie weten dat zij een gerechtelijke procedure tegen de bestreden beslissing heeft ingespannen.

In de mate dat de verzoekende partij aangeeft dat de verwerende partij een te lage boete oplegt of eigenlijk een wettelijke begrenzing toepast die leidt tot een te lage boete, toont zij niet afdoende aan dat de bestreden beslissing duidelijk buiten het bestek treedt wat een voorwaarde is om de rechtsmacht van de Raad te betrekken. Zoals reeds opgemerkt, blijkt de bestreden beslissing geen duidelijke elementen daartoe te bevatten.

De verzoekende partij nodigt de Raad uit om de bestreden beslissing te toetsen aan het bestek en na te gaan of ze buiten het bestek treedt; zo de Raad dit laatste zou vaststellen, zou, volgens de verzoekende partij, de verwerende partij mogelijks in wezen een nieuwe overeenkomst hebben gesloten met de tussenkommende partij.

Een dergelijk onderzoek betreft eigenlijk een overeenkomst en de draagwijdte ervan waarvoor de Raad van State in beginsel geen rechtsmacht heeft.

Nochtans is het niet ondenkbaar dat de Raad dergelijke beslissing beoordeelt in het licht van een mogelijke wijziging van de overeenkomst

die zover strekt dat een nieuwe gunning noodzakelijk was, element waarbij de rechten van derden zoals de verzoekende partij die inschrijver was, in het geding zijn.

Een dergelijk optreden, namelijk een wijziging van de overeenkomst veroorzaken, hetzij gewild of ongewild, betekent wel dat de draagwijdte van het bestek en de overeenkomst worden beoordeeld. Te dezen gaat het echter niet om bijvoorbeeld een uitbreiding van de opdracht of een wijziging inzake de prijs, elementen die vrij duidelijk zouden opvallen, doch om een bepaalde interpretatie van een besteksbepaling in verband met vertragingsboetes, die allerminst tot een evident en duidelijk resultaat leidt, te meer omdat de tussenkomen de partij zelf de toepassing van de bepaling gerechtelijk betwist. Voorts beroept de verwerende partij zich in de bestreden beslissing op een zekere beoordelingsruimte, namelijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarvan het bestek ook gewag maakt, om haar beslissing te funderen, en dit gegeven is nauw verbonden met de beoordeling van fout en boete, waar de Raad zekerlijk geen rechtsmacht voor heeft.

Hieruit mag worden besloten dat de verzoekende partij onvoldoende aantoont dat de Raad hier beschikt over de rechtsmacht om haar kritiek ten gronde te beoordelen.

13. Zelfs al mocht worden aangenomen dat er voldoende duidelijk een van de bestreden beslissing afscheidbare impliciete beslissing tot wijziging van het bestek en de overeenkomst af te leiden valt en dat, zoals de verzoekende partij betoogt, het nagaan van een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht bepalend is om de rechtsmacht van de Raad vast te stellen, dan nog moet het volgende worden vastgesteld.

De verzoekende partij toont onvoldoende aan dat de vermeende wijziging van de besteksvoorwaarden, namelijk het in de bestreden beslissing reduceren van de boete tot 7,5 % van een over de jaren heen van de overeenkomst te betalen financiële vergoeding, hier moet worden beschouwd als een wijziging

die klemmt met de Pressetext-doctrine en die dermate is dat de rechten van de verzoekende partij zijn geschaad.

De verzoekende partij voert aan dat mochten de boetes beperkt zijn zoals impliciet uit de bestreden beslissing zou voortvloeien en niet, zoals zij beweert in het initieel bestek is vermeld, kunnen oplopen tot meer dan 49.000.000 euro, zij een betere vaste financiële vergoeding zou hebben geboden dan het bedrag van 1.250.000 euro per jaar dat zij bood. Deze argumentatie overtuigt niet.

Te dezen is er in de eerste plaats niet aangetoond dat er een wil is om opnieuw te onderhandelen over de overeenkomst.

Voorts kan de verzoekende partij niet overtuigen dat een dergelijke immens hoge boete, namelijk 37 à 38 keer zoveel als haar jaarlijkse vergoeding en ongeveer 25 keer het bedrag dat Clear Channel jaarlijks aan verwerende partij verschuldigd is, in ruil voor het recht op reclamevoering op straatmeubilair, en meer dan het dubbele die de gekozen inschrijver aan vergoeding over elf jaar (20.334.600 euro) aan de verwerende partij zal betalen, een rol heeft gespeeld bij haar prijszetting van die vergoeding; zij bood 1.250.000 euro per jaar terwijl de tussenkomenende partij 1.848.600 euro bood, voor een opdracht met een looptijd van 11 jaar en een dwingende installatietermijn van vier maanden, wat de plaatsing betreft van het betrokken straatmeubilair; de verzoekende partij betoogt zelf in haar verzoekschrift dat zij in de pers moest vernemen “dat verwerende partij klaarblijkelijk het recht heeft om maar liefst 49 miljoen Euro aan vertragingsboetes te innen van Clear Channel”. Het is bijgevolg ongeloofwaardig dat zij en de andere inschrijvers bij de indiening van hun offertes er zouden zijn van uitgegaan dat de boete – van 1000 euro per dag per adres – tot een dergelijk reusachtig bedrag kon oplopen indien er geen wettelijke begrenzing zou gelden. Een journalistieke veronderstelling is bezwaarlijk een valabel juridisch argument.

Een dergelijke interpretatie zou ook in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan artikel 3.13.3 van het bestek

uitdrukkelijk melding maakt als verplichting voor de opdrachtgever bij de beoordeling onder meer van de vertragingsboetes.

Er is hier ook geen sprake van een uitbreiding van de opdracht. Ten slotte is hier evenmin aangetoond dat het economisch evenwicht van de overeenkomst is gewijzigd in het voordeel van de tussenkomende partij te meer omdat niet wordt aangetoond dat deze boetes de kern van de opdracht betreffen. Weliswaar mag worden aangenomen dat het de bedoeling was aanzienlijke vertragingsboetes te koppelen aan de korte installatietermijn maar toch geen monsterboetes. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat het economisch voordeel voor de aanbestedende overheid gelegen is in speculatie op wanprestatie door de opdrachtnemer en het innen van vertragingsboetes.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, kan niet worden aangenomen dat de verwerende partij met de bestreden beslissing eenzijdig heeft beslist om de gevolgen van het economisch risico van een niet-tijdige uitvoering niet te sanctioneren; zij heeft wel degelijk de clause van de vertragingsboetes toegepast en een aanzienlijke boete opgelegd, die een veelvoud bedraagt van de jaarlijkse vergoeding. De verwerende partij doet geenszins het economisch evenwicht van de opdracht substantieel kantelen.

14. Wat de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vragen inzake de ontvankelijkheidsproblematiek betreft, dienen deze niet te worden gesteld.

In de eerste plaats moet er worden op gewezen dat het beroep onontvankelijk is beoordeeld voornamelijk omdat de verzoekende partij onvoldoende aantoont dat er te dezen een impliciete beslissing tot wijziging van de overeenkomst voorligt.

Voorts gaat de eerste prejudiciële vraag ervan uit dat de Raad van State zich zonder rechtsmacht zou verklaren om te oordelen over het wezenlijk karakter van wijzigingen die zich tijdens de uitvoering van de opdracht voordoen.

Er blijkt niet dat in die zin wordt geoordeeld. De eerste prejudiciële vraag berust dus op een onjuist uitgangspunt.

Hetzelfde geldt voor de tweede prejudiciële vraag. Er is niet gebleken dat het wezenlijk karakter van de wijziging louter op grond van de contractuele verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer is beoordeeld.

15. Het beroep is onontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 mei 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest