

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.996 van 3 juli 2020
in de zaak 228.302/XII-8746**

In zake: de NV AANNEMINGEN JANSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door advocaten
Luc Schuermans en Koen Van Den Wyngaert
kantoor houdend te 2300 Turnhout
de Merodelei 112
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de stad LANDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door advocaat
Wim Rasschaert
kantoor houdende te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. De vordering, ingesteld op 4 juni 2019, strekt tot het verkrijgen van schadevergoeding tot herstel “in toepassing van artikel 11*bis* van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State van 12 januari 1973” ten belope van 544.614,87 euro, btw niet inbegrepen, “meer de verwijlinteressen aan de wettelijke rentevoet vanaf 3 juni 2019 (datum ingebrekestelling) tot op datum van het tussen te komen arrest van Uw Raad, meer de gerechtelijke interest vanaf dan op het geheel tot de datum van algehele betaling”, rekening houdend met het arrest nr. 244.192 van 5 april 2019 waarbij “artikel 2 van het gunningsbesluit [...] om de opdracht te plaatsen bij de tijdelijke vereniging thv bouwbedrijf Vandersmissen - algemene aanneming De Coninck aan het ‘nagerekende en

verbeterde inschrijvingsbedrag van 5.446.148,67 EUR exclusief BTW” werd vernietigd.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een schriftelijk advies gegeven, dat de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 2 juni 2020.

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. De stad Landen schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken uit met als voorwerp: “nieuwbouw van het kinderdagverblijf huis van het kind en dienst welzijn, perceel 01 - ruwbouw & afwerking, technische installaties, omgevingsaanleg en coördinatieopdracht”.

De plaatsingswijze is de open aanbesteding. Acht offertes worden ingediend.

3.2. Bij de opening der offertes wordt de offerte van de verzoekende partij als eerste gerangschikt met de laagste prijs, een prijs van 5.326.042 euro, btw niet inbegrepen, en de offerte van de thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aanneming De Coninck (hierna: thv VDC) als tweede met een prijs van 5.351.525,34 euro, btw niet inbegrepen.

Op 15 mei 2017 wordt een “verslag van administratief, rekenkundig en technisch nazicht van offertes” opgesteld (hierna: gunningsverslag). Na de verbetering van de rekenfouten – waardoor het offertebedrag van de thv VDC wordt verhoogd tot 5.352.525,34 – en de aanvaarding van een aantal gewijzigde hoeveelheden – waardoor hun beide offertebedragen worden verhoogd tot respectievelijk 5.416.510,47 voor de verzoekende partij en 5.441.288,21 voor de thv VDC, blijft de rangschikking ongewijzigd.

Bij de behandeling van opmerkingen en leemtes wordt alsdan het volgende opgemerkt:

“De volgorde tussen de tot op heden laagst gerangschikte inschrijvers verandert ingevolge de leemte voor terrasplaten, die in de detailmeetstaat en op de plannen van hoofdstuk 2 worden vermeld.

Aannemingen Janssen nv en thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aannemingen De Coninck merken terecht op dat de ontbrekende oppervlakte voor de terrasplaten dient beschouwd te worden als een leemte.

Gelet op het verschil in omvang van de opgegeven eenheidsprijzen van Aannemingen Janssen nv en thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene

aannemingen De Coninck, wordt thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aannemingen De Coninck de laagst gerangschikte inschrijver.”

De rangschikking wordt hierdoor gewijzigd in die zin dat de thv VDC thans als laagste inschrijver wordt gerangschikt met een offertebedrag van 5.517.754,67 euro, btw niet inbegrepen, en de verzoekende partij als tweede met een offertebedrag van 5.541.453,06 euro, btw niet inbegrepen. De offertebedragen van de verzoekende partij en die van de thv VDC worden aldus vermeerderd met respectievelijk 125.142,59 euro voor de verzoekende partij en 76.466,46 euro voor de thv VDC.

Op 1 juni 2017 beslist de verwerende partij het gunningsverslag goed te keuren, het integraal deel te laten uitmaken van de beslissing en de opdracht te gunnen aan de thv VDC.

3.3. Bij arrest nr. 244.192 van 5 april 2019 vernietigt de Raad van State de voormelde beslissing.

IV. Onderzoek van de vordering - voorwaarden

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij beoogt een schadevergoeding tot herstel te verkrijgen met toepassing van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zij betoogt daartoe dat in het voormelde vernietigingsarrest van 5 april 2019 een onwettigheid werd vastgesteld met betrekking tot een beslissing in het gunningsproces. De grieven die leidden tot de vernietiging van het kwestieuze gunningsbesluit hadden betrekking op de materiële motiveringsplicht en het prijsonderzoek. De Raad van State was ten eerste van oordeel dat er sprake was van een ondeugdelijke motivering omdat enkel de prijs van de verzoekende partij met betrekking tot de leemte voor terrasplaten werd onderzocht en niet die van de gekozen inschrijver, en ten

tweede dat het onaanvaardbaar was dat noch uit de bestreden gunningsbeslissing, noch uit het verslag van nazicht of enig ander stuk uit het administratief dossier bleek welke uitvoeringswijze de verwerende partij als besteksconform beschouwde. De fout van de verwerende partij staat dan ook, volgens de verzoekende partij, vast.

De verzoekende partij vervolgt dat er sprake moet zijn van een oorzakelijk verband tussen de fout en de geleden schade. Inzake overheidsopdrachten wordt geoordeeld dat het oorzakelijk verband is aangetoond wanneer men bewijst een kans te hebben verloren om de opdracht in de wacht te slepen. Zonder de fout van de aanbestedende instantie zou de schade zich immers niet hebben voorgedaan zoals zij zich *in concreto* heeft voorgedaan. Het bewijs van het oorzakelijk verband kan volgens de verzoekende partij te dezen perfect worden geleverd via verwijzing naar de overwegingen in het voormelde arrest van 5 april 2019 waarin de Raad van State bevestigt dat de leemte voor de terrasplaten cruciaal is geweest voor de omslag in de rangschikking in haar nadeel. Waar de gebrekkige motivering door de verwerende partij aangaande het prijsonderzoek specifiek betrekking had op de kwestieuze leemte voor terrasplaten, staat het vast dat mits een deugdelijk prijsonderzoek de offerte van de verzoekende partij de laagst gerangschikte was gebleven. De Raad van State overwoog ook zeer terecht dat het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver op het vlak van de leemte voor de terrasplaten groter was dan het verschil tussen de finale totale offertebedragen (46.487,90 euro > 23.698,39 euro), wat des te meer bevestigt dat de prijs van de offerte van de verzoekende partij uiteindelijk als laagst gerangschikte had moeten worden aanvaard, zelfs ongeacht wat de besteksconforme uitvoeringswijze ook zou zijn geweest. Door de vernietiging van de gunningsbeslissing van 1 juni 2017 is alleszins retroactief komen vast te staan dat de verwerende partij zich door de aanneming van onwettige motieven in de juridische onmogelijkheid heeft geplaatst om uit te sluiten dat de opdracht bij de verzoekende partij had moeten worden geplaatst, waardoor er minstens sprake is van een verlies aan een kans.

5. De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord aan dat het verzoek tot schadevergoeding tot herstel moet worden afgewezen bij gebrek aan bewijs van het vereiste oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en het vermeende nadeel. Zij betwist niet het bestaan van de onwettigheid, aangezien deze in het arrest van 5 april 2019 werd vastgesteld. Wel betoogt zij dat het vastgestelde gebrek in de motivering van de gunningsbeslissing er niet noodzakelijk rechtstreeks toe heeft geleid dat de verzoekende partij de opdracht heeft misgelopen, en de Raad van State in het voornoemde arrest geen uitspraak doet over de al dan niet terechte gunning van de opdracht aan de begunstigde inschrijver. De verzoekende partij kon op geen enkel moment als inschrijver met de laagst regelmatige offerte worden gekwalificeerd. De verwerende partij betoogt uitvoerig, aan de hand van de plannen en de bestekspassages, dat elke inschrijver zich, mits nauwkeurig bestuderen van de opdrachtdocumenten, perfect rekenschap kon geven van waar de terrasplaten aan de onderzijde zichtbaar (zwevend uitgevoerd), dan wel niet zichtbaar (op volle grond uitgevoerd) waren, terwijl de verzoekende partij voor het geheel van de terrasplaten een hoge eenheidsprijs heeft opgegeven. Een gebrek in de motivering betekent niet automatisch dat de verwerende partij diende te beslissen de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij, wel dat de gunningsbeslissing is gestoeld op verkeerde, minstens onvolledige motieven. Het feit dat een opmerking omtrent een leemte ervoor kan zorgen dat de rangschikking wijzigt, houdt geen bewijs in dat bij een “deugdelijker” onderzoek de opdracht met zekerheid aan de verzoekende partij zou zijn gegund. Daar waar de Raad van State stelt dat er een onvoldoende onderzoek zou zijn gebeurd naar de prijszetting van de begunstigde inschrijver, verwijst de verwerende partij naar bijlage 6A van het verslag van nazicht waar de opgegeven prijzen voor de kwestieuze leemte voor zowel de verzoekende partij als de begunstigde inschrijver wel degelijk zijn onderzocht. Zij concludeert dat hoogstens de hoge prijszetting van de verzoekende partij aanleiding zou kunnen hebben gegeven tot het vragen van een prijsverantwoording, maar ook dat zou geen aanleiding kunnen hebben gegeven tot een wijziging van de totale offerteprijzen. Voorts

wordt in de voornoemde bijlage 6A duidelijk vermeld dat de opgegeven eenheidsprijs voor de kwestieuze leemte door de verzoekende partij hoog is omdat deze naar alle waarschijnlijkheid de volledige terrasplaat in architectonisch beton heeft voorzien. Nu de verzoekende partij zelf een prijs had opgegeven voor de betrokken leemte, kon de verwerende partij niet anders dan deze toe te passen, met een wijziging in de rangschikking tot gevolg. Ondergeschikt vraagt de verwerende partij nogmaals de aanstelling van een deskundige teneinde duidelijkheid te verschaffen omtrent de gevraagde uitvoeringswijze met betrekking tot de terrasplaten. Wat het onderzoek van de offerte van de begunstigde inschrijver betreft, betoogt de verwerende partij dat deze bij de kwestieuze leemte een prijs had opgegeven voor “ter plaatse gestort beton zonder specifieke zichteisen”, terwijl er voor een beperkt deel wél zichteisen werden gesteld. Volgens de verwerende partij wijst niettemin de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs voor de leemte in vergelijking met diegene die hij opgaf voor de post van de funderingsplaten erop dat zijn prijs volstaat met het oog op een besteksconforme uitvoering, en is het belang en de impact van die post op de totaliteit van de offerte minimaal zodat dit niet kan leiden tot de substantiële onregelmatigheid en nietigheid van zijn offerte.

6. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat, wat de vaststelling van de fout betreft, de verwerende partij dit ten onrechte andermaal ter discussie stelt. Dat de vastgestelde onwettigheid van de gunningsbeslissing er niet noodzakelijk rechtstreeks toe heeft geleid dat de verzoekende partij de opdracht heeft misgelopen, houdt verband met het causaal verband en heeft geen uitstaans met de fout. In ondergeschikte orde gaat de verzoekende partij uitvoerig in op de argumentatie dat zij zagezegd op geen enkel moment als inschrijver met de laagste regelmatige offerte kon worden gekwalificeerd. Zij schetst diverse scenario's waaruit blijkt dat de opdracht in elk geval aan haar diende te worden gegund. Omtrent het causaal verband stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij een betoog voert dat volstrekt strijdig is met het gezag van gewijsde van het voornoemde arrest van 5 april 2019. Vermits de verwerende partij voorbijgaat aan de uitspraak van de Raad van State,

behoeft dit betoog geen antwoord. Volledigheidshalve weerlegt de verzoekende partij de diverse onwaarheden: zij heeft er bij haar prijszetting nooit op gewezen dat de prijs geldt voor een volledige uitvoering in prefab-elementen, de zichtbare onderzijde van de terrasplaten maakt volgens haar 71,6 % uit van de totaliteit, dat enkel een onderzijde van ongeveer 10 cm zou moeten worden uitgevoerd in geprefabriceerd beton is onjuist, het gegeven dat de prijs van de begunstigde inschrijver voor de terrasplaten hoger is dan zijn prijs voor de gewone funderingsplaten bewijst niets, en de nota van de ontwerper waarin wordt gezegd dat het zichtbaar gedeelte van de terrasplaten slechts 9,62 m³ zou bedragen, is niet te begrijpen. Wat de conforme uitvoering betreft, moeten de vele speculaties van de verwerende partij een halt worden toegeroepen.

Beoordeling

7. Om met toepassing van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een schadevergoeding tot herstel te kunnen verkrijgen, moet de verzoekende partij aantonen dat aan de volgende voorwaarden werd voldaan. Er moet een onwettigheid in een arrest van de Raad van State zijn vastgesteld. Deze onwettigheid dient een schade te hebben veroorzaakt die nog niet op een andere wijze werd vergoed of waartoe bij een ander rechtscollege nog geen burgerlijke aansprakelijkheidsvordering werd ingesteld. Er dient een oorzakelijk verband te zijn tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert waarbij moet blijken dat het nadeel zich niet zou hebben voorgedaan zonder die vastgestelde onwettigheid.

Zoals tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State werd verduidelijkt, onderscheidt de “schadevergoeding tot herstel” zich zowel van het herstel van de schade op basis van de artikelen 1382 tot 1386 van het Burgerlijk Wetboek als van de herstelvergoeding “naar billijkheid” van artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, hoewel ze gemeenschappelijke punten heeft met

deze twee begrippen. Het gaat dus om een autonoom begrip waarvan aan de Raad van State de zorg wordt overgelaten om geleidelijk aan de modaliteiten te bepalen in zijn rechtspraak (*Parl. St. Senaat*, 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7).

A. Betreffende de onwettigheid van de akte

8. De verwerende partij betwist niet dat er sprake is van een onwettigheid vastgesteld in het vernietigingsarrest van de Raad van State, nr. 244.192 van 5 april 2019 dat gezag van gewijsde heeft.

De onwettigheid van de akte staat vast.

B. Betreffende de geleden schade

9. De schade bestaat volgens de verzoekende partij uit het verlies van een kans op het gegund krijgen van de overheidsopdracht, die volgens haar 100 % zeker is.

De verzoekende partij blijkt een kans te hebben verloren om de opdracht gegund te krijgen. Ook het verlies van een kans kan een vergoedbare schade uitmaken.

Het bestaan van een dergelijke kans kan immers te dezen niet ernstig worden betwist in het licht van de overwegingen van het vernietigingsarrest van de Raad van State van 5 april 2019.

C. Betreffende het causaal verband

10. De Raad van State oordeelde in het voormelde arrest onder meer dat de verwerende partij geen voldoende zorgvuldig onderzoek heeft gewijd aan de kwestieuze leemte van de terrasplaten en geen uitsluitel gaf over wat volgens de plannen diende te worden aangeboden voor deze leemte.

Luidens het voormelde arrest is de leemte voor terrasplaten, zoals in het gunningsverslag zelf uitdrukkelijk wordt bevestigd, van cruciaal belang geweest voor het bepalen van de rangschikking en is, door het verschil in prijszetting voor die leemte de offerte van de verzoekende partij, die door de verwerende partij overigens regelmatig werd bevonden, van de laagste naar de tweede laagste plaats verschoven. De voormelde onwettigheden zijn bijgevolg van aard om eventueel de rangschikking te wijzigen, indien ze niet waren begaan.

Het oorzakelijk verband tussen die onwettigheden en het verlies van een kans staat bijgevolg vast.

Op de vraag van de verwerende partij om een deskundige aan te stellen “teneinde duidelijkheid te verschaffen omtrent de gevraagde uitvoeringswijze met betrekking tot de terrasplaten” wordt niet ingegaan aangezien een deskundigenonderzoek aan de voorgaande vaststelling geen afbreuk meer kan doen.

11. Wat de, in ondergeschikte orde aangevoerde, schade voor de kosten voor het voorbereiden van haar offerte betreft, kan geen afzonderlijke schade worden aangenomen die in oorzakelijk verband staat tot de vastgestelde onwettigheden.

Het betreft immers kosten die eigen zijn aan elke deelname aan een overheidsopdracht. Ook de gekozen inschrijver zal de kosten van het opstellen van zijn offerte dienen te dragen. Deze kost was eveneens verloren, indien de verzoekende partij terecht niet zou zijn gekozen. Aldus zou het nadeel bestaande uit de kosten gemaakt voor het opstellen van een offerte zich ook hebben voorgedaan zonder de door de overheid begane onwettigheid. Het oorzakelijk verband tussen de onwettigheid en de aangevoerde schade inzake dergelijke kosten is niet aangetoond.

12. Bijgevolg dient enkel de aangevoerde schade die bestaat uit het verlies van een kans op het gegund krijgen van de litigieuze overheidsopdracht te worden begroot en is de hierna volgende beoordeling daartoe beperkt.

V. Omvang van de schadevergoeding

Standpunt van de partijen

13. Wat de begroting van de schade betreft, verwijst de verzoekende partij naar het bij wet ingestelde mechanisme van de forfaitaire schadeloosstelling. De overeenkomst is immers reeds lang gesloten en de opdracht is in uitvoering, zodat een herstel *in natura* bijgevolg is uitgesloten. Met toepassing van artikel 24, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006), thans artikel 16, derde lid, van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet) vordert zij de forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien procent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van de offerte van de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, zijnde een bedrag van 544.614,87 euro, btw niet inbegrepen. Aangezien deze forfaitaire schadevergoeding een geldschuld is, worden er verwijlinteressen aan de wettelijke interestvoet aangerekend, te rekenen vanaf de ingebrekestelling, zijnde vanaf 3 juni 2019, tot op de datum van het tussen te komen arrest, meer de gerechtelijke interest vanaf dan op het geheel tot de datum van algehele betaling.

14. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord wat het verlies van een kans en de schadebegroting betreft, dat de verzoekende partij nalaat aan te tonen dat haar offerte met 100 % zekerheid als de laagst regelmatige offerte diende te worden aangemerkt. De verwerende partij kon niet anders dan de door de verzoekende partij opgegeven prijs voor de betrokken

leemte toepassen waardoor haar offerte niet langer de laagste is gebleken. Ondergeschikt betoogt de verwerende partij dat het nader onderzoek van de offertes bijkomende verrichtingen vergde, waardoor er nog steeds geen zekerheid bestond dat de opdracht aan de verzoekende partij zou moeten worden gegund. Zij verwijst hiervoor naar ontbrekende documentatie en de omstandigheid dat de verzoekende partij blijkens bijlage 8 van het verslag van nazicht heel wat schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijzen heeft opgegeven, wat zou kunnen wijzen op speculatie. Indien de prijsverantwoordingen zouden zijn gevraagd, staat niet met 100 % zekerheid vast dat de opdracht aan de verzoekende partij diende te worden toegewezen, zodat zij hoogstens een schadevergoeding kan verkrijgen voor het verlies van een kans. Dit betekent dat de verzoekende partij niet automatisch aanspraak kan maken op de forfaitaire 10% schadevergoeding met toepassing van artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006, aangezien dit percentage overeenstemt met 100 % zekerheid dat de opdracht aan haar diende te worden gegund. Indien de Raad van State zou besluiten dat de opdrachtdocumenten onduidelijk zouden zijn, geldt deze vaststelling voor alle inschrijvers en is het onvoorspelbaar aan wie de opdracht dan wel diende te worden toegewezen mochten de opdrachtdocumenten duidelijk zijn. Zelfs met een beter onderbouwde motivering zou hetzelfde resultaat verkregen zijn, waarbij de verzoekende partij onmogelijk de opdracht gegund zou kunnen krijgen.

In ondergeschikte orde stelt de verwerende partij vast dat de verzoekende partij nergens rekening houdt met de hoegrootte van een kans die zij had om de opdracht gegund te krijgen. Verwijzend naar het arrest van 16 mei 2019, nr. 244.490, stelt de verwerende partij dat te dezen acht inschrijvers een offerte hebben ingediend waarbij de verzoekende partij dus 1/8ste kans had de opdracht gegund te krijgen ware de opdrachtdocumenten duidelijker geweest, wat neerkomt op een schadevergoeding van maximaal 12,5 % van 10 % van haar offertebedrag, zijnde 68.087,15 euro.

De verwerende partij vervolgt dat het verlies van een kans mede is ingegeven door het feit dat de verzoekende partij zelf niet de nodige

zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd bij de opmaak van haar offerte en vraagt om hiermee rekening te houden bij de begroting van de vergoeding.

In ieder geval is volgens de verwerende partij, in zoverre het causaal verband tussen de onwettigheid en de schade mede uit het verlies van een kans kan volgen, de grond waarop de schade is gesteund, niet duidelijk. De verzoekende partij gaat daarbij niet uit van haar eigen offertebedrag maar van dat van de gekozen inschrijver.

15. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij, wat het geleden nadeel of de gemiste kans betreft, dat luidens het voornoemde arrest van 5 april 2019 precies omwille van de leemte de verzoekende partij niet langer de laagste prijs had. Voorts blijkt dat de gekozen inschrijver geen enkel document had bijgebracht en enkel hij de kans heeft gekregen om deze nadien bij te brengen, zodat er geen sprake is van een gelijke behandeling van de inschrijvers. De bewering van de verwerende partij dat de prijs van de verzoekende partij voor sommige eenheden speculatief of niet te verantwoorden zou zijn, is tevergeefs. In het verslag van nazicht wordt vastgesteld dat er “bij het onderzoek van de offertes van de laagste twee inschrijvers [...] geen abnormale eenheidsprijzen [werden] weerhouden”. De verzoekende partij blijft aldus van mening dat zij de laagste gerangschikte offerte heeft ingediend. Uit het verslag van nazicht blijkt ook dat het verschil tussen de tweede en de derde laagste gerangschikte inschrijver voor de verbetering met leemtes 208.781,56 euro bedraagt, en na de verbetering 213.760,72 euro. Ongeachte de hoge eenheidsprijzen die de verwerende partij ook moge hanteren, hadden er zich onmogelijk anderen op de eerste twee plaatsen kunnen aanbieden. Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat zij haar schadevergoeding inderdaad verkeerd heeft begroot op de offerte van de finaal gekozen inschrijver, terwijl de berekening van 10 % moet worden gemaakt op haar eigen offertebedrag, wat een schadebedrag van 544.697, 23 euro oplevert.

16. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij erbij dat niet met zekerheid vaststaat dat de opdracht aan de verzoekende partij diende te worden gegund, dat integendeel de kans dat de verwerende partij voor haar offerte zou hebben gekozen zeker nihil en onbestaande is. Zij herhaalt dat in ondergeschikte orde de kans maximaal begroot kan worden op 1/8^{ste} van 10 % op het offertebedrag van de verzoekende partij, dit is 68.087,15 euro. Zij benadrukt dat de onduidelijkheid voor de uitvoeringsmethode voor alle inschrijvers gold, dus zonder die onduidelijkheid bestaat de kans dat elke inschrijver een andere offerte zou hebben ingediend en dus in aanmerking had kunnen komen voor gunning van de opdracht. De verzoekende partij heeft niet op een zorgvuldige wijze haar offerte voorbereid door onder meer geen vraag te stellen over de besteksvereiste in kwestie, maar een offerte ingediend gesteund op een eigen interpretatie van het bestek, waarin dus een bijkomende nalatigheid schuilt. Voorts verwijst de verwerende partij naar de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 waarin wordt bepaald dat een aannemer onmiddellijk fouten of leemten dient te melden aan de aanbestedende overheid, zodat zij in de mogelijkheid was gesteld één en ander te verduidelijken voor het uiterlijke moment voor het indienen van de offertes. Om die reden acht de verwerende partij het billijk maximaal het verlies van een kans te begroten op 50 % van voornoemd bedrag van 68.087,15 euro.

17. In haar laatste memorie is de verzoekende partij het niet eens met het standpunt in het auditoraatsverslag dat zij niet zou aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden van artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006 om aanspraak te maken op de forfaitaire schadevergoeding van 10% van de offerte van de laagste regelmatige inschrijver omdat uit het arrest van 5 april 2019 niet met zekerheid zou kunnen worden afgeleid dat haar offerte als laagst regelmatige moest worden beschouwd. Zij betoogt dat het toch niet de bedoeling kan zijn dat de verwerende partij door haar eigen nalatigheid – het gebrekkig onderzoek en de niet-afdoende motivering – een financieel nadeel zou kunnen vermijden. In het arrest van 5 april 2019 overwoog de Raad van State dat het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver op het vlak

van de leemte voor de terrasplaten groter was dan het verschil tussen de finale totale offertebedragen. Hiermee is toch, volgens de verzoekende partij, meteen alles gezegd. De verzoekende partij volhardt dat zij hiermee wel aantoont dat zij voldoet aan de voorwaarden om aanspraak te maken op de 10% forfaitaire schadevergoeding.

In ondergeschikte orde verwijst de verzoekende partij naar haar uitvoerig betoog in de memorie van wederantwoord, dat de verwerende partij niet op aannemelijke wijze kan weerleggen, dat de offerte van de gekozen inschrijver hetzij niet in overeenstemming was met de opdrachtdocumenten, hetzij een verboden variante inschrijving bevatte, hetzij een abnormale prijs voor de leemte opgaf. Zij betoogt dat de 10%-vergoedingsregel als een absoluut minimum moet worden beschouwd, verwijzend naar de *ratio legis* ervan en de erkenning dat dit plafond eigenlijk niet beantwoordt aan de eis tot vergoeding van alle werkelijke schade.

In zoverre de Raad van State van oordeel zou zijn dat de verzoekende partij geen aanspraak maakt op de 10%-vergoedingsregel, dient te worden teruggevallen op artikel 1382 BW en het leerstuk van het verlies van een kans. Het staat aan de rechter om bij de kansberekening de gunningsprocedure te reconstrueren, namelijk te achterhalen wat er zou zijn gebeurd indien de foutieve beslissing in het gunningsproces zich niet hebben voorgedaan. In het arrest nr. 244.490 van 16 mei 2019 kwam de Raad van State tot de “breukdeel-redenering” omwille van het feit dat ingeval van een offerteaanvraag het veel minder evident is om te achterhalen wie de opdracht had moeten hebben verkregen en omdat als gevolg van de onwettigheden de gehele rangschikking overboord moest worden gegooid. Dit is te dezen niet het geval, en de offertes van de overige zes inschrijvers hebben geen enkele impact gehad op de berekening van de in hoofde van de verzoekende partij verloren kans gelet op het grote verschil tussen die andere offertes en de eerste twee offertes. De waarschijnlijkheid van de kans dat zij de opdracht had bekomen, moet volgens de verzoekende partij minstens op 50% van de 10% forfaitaire

schadevergoedingsregel worden begroot, zijnde een bedrag in hoofdsom van 272.348,62 euro.

Uiterst ondergeschikt meent de verzoekende partij dat zij in redelijkheid en billijkheid minstens een schadevergoeding “ex aequo et bono” van 150.000 euro dient te bekomen.

Beoordeling - heropening debat

Wat de forfaitaire schadevergoeding overeenkomstig artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet betreft

18. Luidens artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet wordt bij een openbare of niet-openbare procedure, wanneer de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op grond van de prijs wordt bepaald, de opdracht gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, op straffe van een forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien procent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van deze offerte. Teneinde deze forfaitaire schadeloosstelling te verkrijgen, en aldus te worden ontslaan van de concrete bewijslast van schade en oorzakelijk verband, dient de verzoekende partij wél het bewijs te leveren dat hij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

19. Uit het gunningsverslag mag worden afgeleid dat de verzoekende partij, vóór de behandeling van de kwestieuze leemte voor terrasplaten, de laagste gerangschikte inschrijver was. Anders dan de verzoekende partij het ziet, kan uit het vernietigingsarrest evenwel niet worden afgeleid dat bij een deugdelijk prijsonderzoek van de kwestieuze leemtepost, “zelfs ongeacht wat de besteksconforme uitvoeringswijze ook zou zijn geweest”, de offerte van de verzoekende partij als de laagst regelmatige naar voren zou zijn gekomen en de verwerende partij bijgevolg geen andere keuze meer zou hebben gehad dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Voor een correct onderzoek van de betrokken leemte en een correcte berekening van de prijzen van de leemte overeenkomstig artikel 97, § 4, 1°, 2° en 4°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘inzake plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011) – waarbij geen rekening mag worden gehouden met de offerte waarin voor die leemtepost een abnormale prijs is geboden – dient immers eerst te worden uitgemaakt wat de gevraagde uitvoeringswijze ervan is, wat de Raad van State niet in de plaats van de aanbestedende overheid vermag te doen, en op welk onderzoek de Raad van State niet mag vooruitlopen.

Voorts blijkt ook uit bijlage 8 bij het gunningsverslag dat voor twee aanzienlijke posten een abnormaal hoge eenheidsprijs in de offerte van de verzoekende partij is vastgesteld, en wordt gesteld dat in de mate dat deze inschrijver in aanmerking komt voor gunning, er een prijsverantwoording moet worden opgevraagd.

Bijgevolg bewijst de verzoekende partij niet dat zij recht heeft op de betrokken forfaitaire schadeloosstelling.

Wat de kansberekening en de begroting van de schade betreft

20. Gelet op wat voorafgaat dient enerzijds een berekening te worden gemaakt van de hoegrootheid van de kans die de verzoekende partij dan wel heeft gehad – behalve 100 % – om de opdracht gegund te krijgen indien de in het vernietigingsarrest vastgestelde onwettigheden niet waren begaan, en anderzijds de schade te worden begroot.

Gelet op de uitvoerige argumentatie die de partijen vervolgens in hun laatste memories hieromtrent voor het eerst en in ondergeschikte orde aanvoeren, wordt vastgesteld dat de zaak niet in staat is om in het kader van de uitsluitend schriftelijke behandeling van de zaak te kunnen worden afgedaan.

Het past bijgevolg om het debat te heropenen en de zaak vast te stellen op een openbare terechtzitting.

BESLISSING

1. Het debat wordt heropend.

2. De zaak wordt vastgesteld op de openbare terechtzitting van 15 september 2020 om 11.45 uur.

3. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

Dit arrest is uitgesproken op 3 juli tweeduizend twintig door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest