

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.606 van 15 oktober 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 “overeenkomstig art. 11bis, 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” wordt vernietigd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 247.996 van 3 juli 2020 is het debat heropend en zijn de partijen opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 september 2020.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Koen Van Den Wyngaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die loco advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een eensluidend advies gegeven, behoudens wat het bedrag betreft.

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. Omvang van de schade

3. Bij arrest nr. 247.996 van 3 juli 2020 werd het debat heropend en de zaak vastgesteld op een openbare terechtzitting omdat “[g]elet 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”.

4. Bij de begroting van haar schade vertrekt de verzoekende partij van een herstelvergoeding van 544.697,23 euro, zijnde 10 % van haar offerteprijs, naar analogie met de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 % vastgesteld in artikel 24, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, 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’.

De verwerende partij formuleert ter zitting geen juridisch bezwaar tegen deze voorgestelde werkwijze. In de concrete omstandigheden van de zaak, waarbij de bewijslast van de concrete economische schade bij gebrek aan een vast draaiboek voor de te berekenen schadeposten zoals winstderving en het verlies aan een referentie als moeilijk kan worden beschouwd, mag met deze door de verzoekende partij zelf “naar analogie” voorgestelde forfaitaire schadebegroting en aldus de vrijstelling van deze bewijslast worden ingestemd.

5. Wat de kansberekening betreft, mag, aangezien de verzoekende partij niet aantoont dat de opdracht in elk geval aan haar had moeten worden gegund, enkel rekening worden gehouden met een nader te bepalen breukdeel van dit forfait, dat juist de kans weerspiegelt op de gunning van de opdracht.

Daarbij mag enerzijds met de verzoekende partij worden aangenomen dat haar kans op het verkrijgen van de opdracht mag worden begroot op 50 %, omdat het verschil tussen de tweede en de derde gerangschikte kandidaat zo groot is dat het duidelijk is dat wanneer de overheid niet de vastgestelde onwettigheden zou hebben begaan en ongeacht de eenheidsprijzen die de verwerende partij voor de leemte had mogen hanteren, de overige zes inschrijvers redelijkerwijze toch niet in aanmerking konden komen. De verwerende partij maakt niet aannemelijk, gelet op de – ook nog in de voorliggende procedure – aanhoudende discussie over de correcte uitvoeringsmethode, dat het de verzoekende partij moet worden aangerekend het

geleden nadeel onvoldoende te hebben beperkt door een onzorgvuldige opmaak van haar offerte of door na te laten haar tijdig in te lichten omtrent de interpretatieproblemen aangaande de kwestieuze besteksbeplating.

Anderzijds dient de omstandigheid dat de verwerende partij, blijkens bijlage 8 bij het gunningsverslag, een voorbehoud heeft gemaakt bij de abnormaal hoge eenheidsprijs in de offerte van de verzoekende partij voor twee grotere posten – voorbehoud dat echter niet hernomen wordt in het gunningsverslag zelf – en heeft gesteld dat, in de mate dat deze inschrijver in aanmerking komt voor gunning, er een prijsverantwoording moet worden opgevraagd, eveneens in rekening te worden gebracht bij de inschatting van de kans voor de verzoekende partij op de gunning van de opdracht.

6. Gelet op wat voorafgaat en vertrekkend van een herstelvergoeding van 10 % van de offerteprijs van de verzoekende partij, wordt het verlies van een kans op het verkrijgen van de opdracht, naar billijkheid begroot op 25 % van 544.697,23 euro, dit is 136.174,31 euro.

IV. Intresten

7. De verzoekende partij betoogt dat op de (initieel gevorderde) forfaitaire schadevergoeding intresten verschuldigd zijn aan de wettelijke intrestvoet vanaf 3 juni 2019 — datum van ingebrekestelling — tot op de datum van het tussen te komen arrest, vermeerderd met de gerechtelijke intresten vanaf dan tot de datum van algehele betaling.

De verwerende partij “verzet zich niet”.

In die concrete omstandigheid mag die vraag worden ingewilligd.

BESLISSING

1. De Raad van State veroordeelt de stad Landen tot betaling van een schadevergoeding tot herstel aan de nv Aannemingen Janssen ten bedrage van 136.174,31 euro te vermeerderen met de wettelijke intrestvoet vanaf 3 juni 2019 tot op de datum van dit arrest, meer de gerechtelijke intrestvoet tot aan de algehele betaling.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het geding, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien oktober tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest