

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 254.357 van 30 augustus 2022  
in de zaak A. 233.058/XII-9045**

In zake : de NV ORANGE BELGIUM  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Dirk De Keuster  
kantoor houdend te 2980 Zoersel  
Handelslei 60  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Ian Arnouts  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. De vordering, ingesteld op 12 februari 2021, strekt tot de toekenning van een schadevergoeding naar aanleiding van arrest nr. 249.215 van 14 december 2020 in de zaak A. 225.649/XII-8581.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 249.215 van 14 december 2020 vernietigt de Raad van State de beslissing van 22 juni 2018 van de Vlaamse Gemeenschap waarbij de raamovereenkomst ‘Het aanbieden van een breed gamma van telecommunicatiediensten bestaande uit spraaktelefonie (vast en mobiel) en marketingnummers, datacommunicatie (vast, mobiel en inclusief ‘machine to Machine’ of ‘Internet of things’) en virtuele telefooncentrales (Cloud PBX)’ (Opdracht nr. 2017/HFB/OPMB/33326), wordt gegund aan de nv Proximus, wat perceel 1

‘Vaste telefonie, marketingnummers & vaste datacommunicatie’ en perceel 2 ‘Mobiele telefonie, mobiele datacommunicatie voor professioneel gebruik’ betreft.

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 verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Nathanaëlle Kiekens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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. De relevante feitelijke gegevens zijn uiteengezet in arrest nr. 249.215 van 14 december 2020. Er wordt naar die uiteenzetting verwezen.

#### *IV. Onderzoek van de vordering*

##### *A. Voorwaarden voor schadevergoeding*

###### *Standpunt van de partijen*

4. De verzoekende partij beoogt een “schadevergoeding tot herstel” te verkrijgen met toepassing van artikel 11*bis* van de wetten op de Raad van State. Zij stelt dat aan de voorwaarden daartoe, zoals die in een aantal recente arresten zijn uiteengezet, is voldaan.

Aan de eerste voorwaarde – het voorliggen van een arrest van de Raad van State dat een onwettigheid vaststelt – is volgens haar voldaan met arrest nr. 249.215 van 14 december 2020, waarin de Raad van State stelt:

“Uit het voorgaande volgt dat de offertes werden getoetst aan de hand van het gunningscriterium kwaliteit opgedeeld in vier subgunningscriteria, en 16 sub-subgunningscriteria, met elk een afzonderlijke weging, die niet in het bestek of in de aankondiging van de opdracht waren opgenomen, wat een schending met zich meebrengt van het in het middel aangevoerde gelijkheids- en transparantiebeginsel. Deze vaststellingen zijn van aard om de gehele gunningsprocedure aan te tasten zodat hieruit volgt dat niet langer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de meest voordelige inschrijver.”

Ook aan de tweede voorwaarde, het bestaan van een schade, is volgens haar voldaan omdat zij ingevolge deze onwettigheid een kans heeft verloren om de opdracht gegund te krijgen.

Ten slotte is volgens de verzoekende partij voldaan aan de derde voorwaarde, het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel, aangezien het nadeel zich niet zou hebben voorgedaan zonder die vastgestelde onwettigheid. Dit blijkt uit de overweging in het voornoemde arrest dat de verzoekende partij het voldoende aannemelijk maakt dat zij haar offerte anders had kunnen opbouwen en een meer voordelige offerte had kunnen indienen indien de sub-subgunningscriteria, hun planmatig en

systematisch karakter en hun afzonderlijke, ongelijke weging, vooraf kenbaar zouden zijn geweest.

5. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord dat de verzoekende partij een ernstige kans maakte om de opdracht gegund te krijgen. De afstand van de verzoekende partij – tweede gerangschikte – tot de gekozen inschrijver voor de beide percelen was onoverbrugbaar. Het puntenverschil is te verklaren door de mindere kwaliteit van de offerte van de verzoekende partij. De verwerende partij ziet dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat de verzoekende partij bij voorafgaande kennisname van de sub-subgunningscriteria een offerte zou hebben kunnen indienen die dermate beter zou zijn beoordeeld dat het bestaande puntenverschil zou zijn weggewerkt, en stelt dat de verzoekende partij ook geen poging doet om dit aannemelijk te maken. Zij verwijst in dit verband naar arrest nr. 248.606 van 15 oktober 2020 inzake de nv Aannemingen Janssen. Zij betwist aldus het oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat de verzoekende partij zou hebben geleden.

6. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat zij wel een ernstige kans had om de opdracht binnen te halen: zij was de bestaande provider van de Vlaamse overheid voor mobiele telefonie en bepaalde vaste telefoniediensten en kent de Vlaamse overheid goed als klant, er waren maar twee inschrijvers en de verschillen tussen de beide inschrijvers waren klein. Met verwijzing naar het vernietigingsarrest herhaalt de verzoekende partij dat niet vaststaat dat de opdracht aan de gekozen inschrijver zou zijn toegekend indien de onwettigheden niet waren begaan. Zulks volstaat volgens haar om toepassing te kunnen maken van het leerstuk van het verlies van een kans.

Voorts verwijst de verzoekende partij naar arrest nr. 248.999 van 24 november 2020 inzake de bvba Steenhaut: “Het rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de begane onwettigheid en het verlies van een kans staat bijgevolg vast. De omstandigheid dat het niet zeker is dat de verzoekende partij zonder de begane onwettigheid de laagste inschrijver zou zijn geweest, doet daar geen afbreuk aan, maar heeft wel een gevolg voor de begroting van de schade”.

7. In haar laatste memorie volhardt de verwerende partij in haar standpunt dat geen oorzakelijk verband kan worden vastgesteld tussen de onwettigheid en het nadeel, en dat de vordering aldus in haar geheel dient te worden afgewezen.

8. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij, wat haar kans op de opdracht betreft, naar het auditoraatsverslag waarin wordt gesteld dat onmogelijk kan worden uitgemaakt of de verzoekende partij meer of minder kans zou hebben gehad omdat het puntenverschil integraal teruggaat op de evaluatie van de kwaliteit en de scores voor de prijs slechts miniem verschillen én door het feit dat niet geweten kan zijn hoe de offerte van de verzoekende partij zou zijn opgebouwd indien de vastgestelde onwettigheid niet was begaan. Bovendien is de beweerde objectief mindere kwaliteit van haar offerte niet bewezen.

### *Beoordeling*

9. Om met toepassing van artikel 11bis van de wetten op de Raad van State een “schadevergoeding tot herstel” te kunnen verkrijgen, moet de verzoekende partij aantonen dat aan de volgende voorwaarden is 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 wetten op de Raad van State werd verduidelijkt, onderscheidt de “schadevergoeding tot herstel” zich zowel van het herstel van de schade op grond van de artikelen 1382 tot 1386 van het (oude) Burgerlijk Wetboek als van de herstelvergoeding “naar billijkheid” op grond 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 de modaliteiten te bepalen in zijn rechtspraak (*Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7).

### *1. Betreffende de onwettigheid van de akte*

10. De verwerende partij betwist niet dat er sprake is van een onwettigheid vastgesteld in het vernietigingsarrest van de Raad van State, nr. 249.215 van 14 december 2020 dat gezag van gewijsde heeft.

De onwettigheid van de akte staat vast.

### *2. Betreffende de geleden schade*

11. De verzoekende partij blijkt minstens 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 te dezen niet ernstig worden betwist in het licht van de overwegingen van het vernietigingsarrest van de Raad van State van 14 december 2020. Hoe groot die kans was, maakt deel uit van de begroting van de schade.

### *3. Betreffende het causaal verband*

12. De Raad van State heeft in het voormelde arrest de handelwijze van de verwerende partij om de offertes te toetsen aan de hand van het gunningscriterium 'kwaliteit' opgedeeld in vier subgunningscriteria en 16 sub-subgunningscriteria, met elk een afzonderlijke weging, die niet in het bestek of in de aankondiging van de opdracht waren opgenomen, in strijd bevonden met het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, en geoordeeld dat deze onwettigheid van aard is om de gehele gunningsprocedure aan te tasten.

In het kader van de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van gebrek aan belang bij het middel, overwoog de Raad van State in het voornoemde arrest als volgt:

“In de mate dat de verwerende partij stelt dat de verzoekende partij louter beweert, aan de hand van zuivere standaardformuleringen, dat zij een meer voordelige offerte had kunnen indienen, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij meer doet dan dat. Zij betoogt onder meer dat zij meerdere extra diensten zou hebben aangeboden indien zij had geweten dat dit element 5 punten waard was, alsook dat de transitiebeschrijving een score krijgt onder meerdere subgunningscriteria – 5 op 30 punten bij Dienstencatalogus – geboden dienstverlening, 2 op 10 punten bij SLA en SLA rapportering en 6 op 10 punten bij Dienstencatalogus - projectorganisatie tijdens initiële transitie – zodat zij bij kennis hiervan een veel uitgebreidere aanpak had kunnen aanbieden, terwijl zij hier nu beperkt op heeft geantwoord vanuit de positie van zittende dienstverlener.

Uit het gemotiveerd gunningsverslag blijkt bovendien, wat perceel 1 en perceel 2 betreft, dat er een lichte voorkeur is voor de gekozen inschrijver ‘omwille van een duidelijk uitgeschreven transitie-organisatie met diverse rollen en profielen’, en omwille van de ‘kwaliteit van de extra aangeboden diensten’, en wat perceel 1 betreft, dat de gekozen inschrijver een betere optie is omwille van het voorzien ‘in een uitgebreide ondersteuning voor de organisatie van de nummerportering (nummerbehoud bij transitie) voor de overdracht van volledige GSM-vloot (initiële transitiefase)’.

De verzoekende partij maakt bijgevolg voldoende aannemelijk dat zij haar offerte anders had kunnen opbouwen en een meer voordelige offerte had kunnen indienen indien de sub-subgunningscriteria, hun planmatig en systematisch karakter en hun afzonderlijke, niet gelijke weging voorafgaand kenbaar zouden zijn geweest.”

Daarmee is, zoals de verwerende partij stelt, niet aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij ook de beste zou zijn geweest, wel staat vast dat de verzoekende partij, als tweede gerangschikte inschrijver wiens offerte in het gunningsverslag niet als onregelmatig werd beschouwd, zonder de begane onwettigheid een kans had om de opdracht gegund te krijgen.

Het rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de begane onwettigheid en het verlies van een kans staat bijgevolg vast. De omstandigheid dat het niet zeker is dat de verzoekende partij zonder de begane onwettigheid de best gerangschikte inschrijver zou zijn geweest, doet daaraan geen afbreuk, maar heeft wel een gevolg voor de begroting van de schade.

13. De conclusie uit het voorgaande is dat aan de drie voorwaarden voor het toekennen van een schadevergoeding als bedoeld in artikel 11*bis* van de wetten op de Raad van State is voldaan.

#### *B. Begroting van de schade*

##### *Standpunt van de partijen*

14. Voor de begroting van de door haar geleden schade stelt de verzoekende partij voor om “te ve[r]trekken van het principe van een forfaitair bedrag van 10% van haar offerteprijs” (exclusief btw), aangezien blijkt dat de Raad van State de 10%-regel als vaste rechtspraak hanteert, uiteraard mits toepassing van de regel van het verlies van een kans.

Wat perceel 1 betreft, heeft de verzoekende partij in haar BAFO een prijs van 5.057.353 euro aangeboden, zijnde de gemiddelde jaarlijkse kostprijs, zodat de totale waarde van de opdracht over 7 jaar 35.401.471 euro bedraagt. Tien percent van dit bedrag bedraagt 3.540.147,10 euro. Aangezien slechts twee geselecteerde kandidaten een initiële offerte indienden, begroot de verzoekende partij het verlies van een kans op 50 % van het voormelde bedrag, dit is 1.770.073,55 euro.

Wat perceel 2 betreft, heeft de verzoekende partij in haar BAFO een prijs van 4.115.629 euro aangeboden, zijnde de gemiddelde jaarlijkse kostprijs, zodat de totale waarde van de opdracht over 7 jaar 28.809.403 euro bedraagt. Tien percent van dit bedrag bedraagt 2.880.940,30 euro. Aangezien slechts twee geselecteerde kandidaten een initiële offerte indienden, begroot de verzoekende partij het verlies van een kans op 50 % van het voormelde bedrag, dit is 1.440.470,15 euro.

Voor beide percelen samen wordt de schade bijgevolg begroot op 3.210.543,70 euro, vermeerderd met de wettelijke intrestvoet te rekenen vanaf de datum van de vernietigde beslissing, zijnde 22 juni 2018.

De verzoekende partij wijst erop dat, voor het geval de Raad van State niet zou wensen te oordelen naar billijkheid en niet *ex aequo et bono* de 10%-regel gedeeld door het aantal deelnemers zou toepassen, zij zelf de schade heeft geraamd op grond van haar bekendgemaakte financiële resultaten. Uit die resultaten blijkt dat de gemiddelde winstmarge op de retailomzet over de twee laatste boekjaren 18 % bedraagt. Rekening houdend met de hiervoor genoemde totale waarde van de opdracht voor de twee percelen over zeven jaar, zou dit percentage resulteren in een totale schadebegroting van 5.811.083,97 euro.

15. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij de algemene toepasselijkheid van de schadebegroting overeenkomstig het forfait van 10 %. Gelet op de waarde van beide percelen zou zulks volgens de verwerende partij te dezen resulteren in een buitenproportioneel hoge schadevergoeding. In die zin verschilt deze zaak van eerdere zaken voor de Raad van State, waarin de waarde van de opdracht en aldus de toegekende schadebedragen veel beperkter waren.

Vervolgens betwist de verwerende partij de subsidiair aangevoerde werkelijke schade zoals begroot door de verzoekende partij op grond van haar winstmarge. De verzoekende partij onderbouwt op geen enkel manier dat zij voor de betrokken opdrachten heeft ingeschreven op grond van het winstpercentage dat zij nu vooropstelt. Bovendien houdt zij geen rekening met andere activiteiten die zij ongetwijfeld heeft ondernomen met de middelen, zowel materiaal als personeel, die door het niet uitvoeren van de opdracht zijn vrijgekomen. Uit de jaarverslagen van 2019 en 2020 van de verzoekende partij blijkt alvast dat er sprake is van een stijgende omzet en nettowinst. De zogenaamde verloren kans heeft de verzoekende partij klaarblijkelijk benut voor andere opportuniteiten, wat in ieder geval bij een concrete schadebegroting dient te worden betrokken.

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij bij haar schadebegroting uitgaat van een totale duurtijd van de raamovereenkomsten van telkens zeven jaar, met per jaar een omzet overeenkomstig haar eigen prijsopgave. Nochtans wordt in het basiscontract,

gevoegd als bijlage bij het BAFO-bestek voor de beide percelen, gestipuleerd dat aan het bestuur het recht wordt toegekend om op de vijfde verjaardag de raamovereenkomst eenzijdig te beëindigen. Bovendien is de per jaar gerealiseerde omzet hoogst onzeker, want afhankelijk van het aantal afnemende entiteiten. De reële afname kan dus afwijken van het offertebedrag. De verwerende partij besluit dat de gevraagde schadevergoeding om deze redenen telkens met twee zevende en/of proportioneel in functie van de gerealiseerde omzet moet worden verminderd.

Wat betreft het bepalen van de kans die de verzoekende partij verloren zou hebben, dient volgens de verwerende partij met het grote puntenverschil van 13 punten (perceel 1) en 5 punten (perceel 2) tussen de twee inschrijvers rekening te worden gehouden. Het door de verzoekende partij voorgestane breukdeel van 50 % houdt geen rekening met de objectief mindere kwaliteit van haar offerte.

16. De verzoekende partij verwijst in haar memorie van wederantwoord naar de rechtspraak van de Raad van State om de 10%-regel algemeen toe te passen en ziet in de hoogte van de bedragen geen reden om deze vaste rechtspraak te dezen niet toe te passen. Bovendien bedraagt het reële verlies voor de beide percelen veel meer dan het gevorderde bedrag, zodat dit niet buitenproportioneel is.

Wat de raming van de schade betreft ingeval de Raad van State de 10%-regel niet zou toepassen, stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij geen enkele van de bijgebrachte cijfers weerlegt en zij zich beperkt tot algemeenheden. De verzoekende partij antwoordt dat de vooropgestelde winstmarges inderdaad worden afgeleid uit de resultaten uit het verleden, maar dat er geen reden is om aan te nemen dat deze in de toekomst niet zouden worden gerealiseerd. De opmerking dat de niet gebruikte middelen elders kunnen worden ingezet, geldt niet aangezien de vaste kosten dezelfde zijn gebleven na het verlies van de Vlaamse overheid als klant en enkel de opbrengsten zijn weggefallen; bovendien is uiteraard rekening gehouden met de directe, variabele kosten die zijn komen te vervallen. Voorts stelt zij dat er geen juridische zekerheid bestaat dat de

verwerende partij na vijf jaar het contract zal beëindigen, zodat dit feit niet in aanmerking mag worden genomen.

17. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat de methodiek zoals gebruikt in het auditorsverslag, waarbij het gemiddelde van verschillende bedragen wordt berekend, desgevallend als billijk zou kunnen worden beschouwd om de daadwerkelijke jaarlijkse kost van de beide raamovereenkomsten te bepalen als basis voor de schadeberekening.

Voor de berekening van dat gemiddelde kan volgens haar evenwel geen rekening worden gehouden met de totale offertebedragen: deze liggen beduidend hoger dan de totaaluitgaven in 2020 en zijn dus (overigens voor beide inschrijvers) buitenproportioneel gebleken. Aangezien de raming bij perceel 1 lager ligt dan de totaaluitgave (in 2020), en bij perceel 2 hoger, is het billijk om voor beide percelen het gemiddelde van die twee bedragen (de raming en de totaaluitgave in 2020) te berekenen, dit komt neer op een bedrag van 2.504.481,05 euro voor perceel 1 en 4.247.362 euro voor perceel 2.

Wat de in aanmerking te nemen duurtijd van de raamovereenkomsten betreft, acht de verwerende partij een beperking tot de helft van de duurtijd van de raamovereenkomsten, zoals voorgesteld in het auditorsverslag, meer dan billijk. Bijkomend dient volgens haar rekening te worden gehouden met de mogelijkheid tot voortijdige beëindiging van de raamovereenkomsten na 5 jaar, waarvan ondertussen ook daadwerkelijk is gebruikgemaakt bij beslissing van 22 december 2021. Deze beëindiging houdt verband met de technologische evoluties op de markt, zodat die zich ook zou hebben voorgedaan indien de opdracht aan de verzoekende partij was gegund. Deze twee elementen samen toegepast, impliceren dat enkel rekening kan worden gehouden met een duurtijd van 2,5 jaar voor de beide percelen.

Subsidiair wijst de verwerende partij nogmaals op het onoverbrugbare puntenverschil tussen de beide offertes. Het is niet relevant dat de verzoekende partij de bestaande provider was. De kans om de opdracht gegund te krijgen was voor de verzoekende partij duidelijk kleiner dan 50 % omdat haar

offerte op objectieve wijze als duidelijk kwalitatief minderwaardig is beoordeeld. Gelet op de concrete puntenverschillen, is een kans van 25 % (voor perceel 1) en van 40 % (voor perceel 2) meer dan redelijk en billijk.

De verwerende partij berekent op grond van al deze elementen de schadevergoeding op 156.530,07 euro voor perceel 1 en op 424.736,20 euro voor perceel 2.

18. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij vast dat in het auditorsverslag wordt uitgegaan van de forfaitaire vergoedingsregel van 10 %, doch met twee correcties: enerzijds op de waarde van de gegunde opdracht, en anderzijds op de voor de schadevergoeding in aanmerking te nemen periode van de opdracht. Zij stelt dat hiermee de rechtszekerheid in het gedrang komt, aangezien wordt afgeweken van de vaststaande rechtspraak van de Raad van State waarbij een schadevergoeding wordt toegekend op basis van 10 % van het offertebedrag. Er wordt niet aangetoond dat de verzoekende partij de vrijgekomen capaciteit kan aanwenden voor gelijkaardige lucratieve doeleinden. Zij vordert bijgevolg in hoofdorde de schadevergoeding zoals begroot in haar verzoekschrift, dit is 3.210.543,70 euro, vermeerderd met de wettelijke intrestvoet.

Subsidiar verwijst de verzoekende partij naar een advies van de Inspectie van Financiën van 25 november 2021 waaruit blijkt dat deze een gunstig advies gaf voor een bedrag van 1.900.000 euro, vermeerderd met de wettelijke intrestvoet.

Als repliek op de laatste memorie van de verwerende partij blijft de verzoekende partij erbij dat het verlies van de kans op de opdracht 50 % bedraagt. Zij sluit zich aan bij het standpunt van de auditeur dat onmogelijk kan worden uitgemaakt of zij meer of minder dan 50 % kans zou hebben gehad indien de onwettigheid niet was begaan, omdat het puntenverschil integraal teruggaat op de evaluatie van de kwaliteit en omdat niet is geweten hoe de offerte van de verzoekende partij dan zou zijn opgebouwd.

Wat de waarde van de raamovereenkomsten betreft, stelt de verzoekende partij dat het argument van de verwerende partij om geen rekening te houden met de totale offertebedragen niet correct is. Het gebrek aan nadere gegevens aangaande de werkelijke waarde van de percelen mag niet worden gebruikt om de schadevergoeding te minimaliseren. Rekening houden met het gemiddelde van enkel de geraamde bedragen in de selectiedraad en de werkelijke uitgaven van 2020 is bijgevolg niet ernstig. Er dient ook rekening te worden gehouden met de totale offertebedragen, die voor beide inschrijvers heel dicht bij elkaar lagen, wat dus bevestigt dat ze marktconform waren.

Wat de periode betreft waarop de schadevergoeding betrekking kan hebben, herhaalt de verzoekende partij dat de correctie op het offertebedrag, zoals doorgevoerd in het auditoraatsverslag en afwijkend van de vaststaande rechtspraak van de Raad van State in geval van analoge toepassing van de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 %, de rechtszekerheid in het gedrang brengt. Zij stelt dat bovendien niet vaststaat dat de beëindiging van de opdracht op de vijfde verjaardag van de raamovereenkomsten zich ook zou hebben voorgedaan indien de percelen 1 en 2 aan haar zouden zijn gegund, aangezien zij van 2005 tot 2018 doorlopend de dienstverlener van de Vlaamse overheid is geweest. Het basiscontract bevat bepalingen die toelaten rekening te houden met technologische evoluties zonder dat het contract daarom moet worden opgezegd.

19. Met een schrijven van 15 februari 2022 reageert de verwerende partij op de verwijzing naar het advies van de Inspectie van Financiën van 25 november 2021. Zij herinnert eraan dat dit advies is gegeven op een ogenblik dat het auditoraatsverslag nog niet bekend was. De Inspectie van Financiën heeft het bedrag van 1,9 miljoen euro dan ook enkel vergeleken met het door de verzoekende partij gevorderde bedrag, dat veel hoger is. Het is in die context dat de Inspectie van Financiën heeft gesteld dat het bedrag van 1,9 miljoen euro “in deze fase van het dossier wellicht moeilijk nog in vraag (kan) gesteld worden”. Nu in het auditoraatsverslag wordt voorgesteld om aan de verzoekende partij een bedrag toe te kennen dat aanzienlijk lager is dan het bedrag van 1,9 miljoen euro, mogen uit het voornoemde advies geen verkeerde gevolgen afgeleid worden.

## *Beoordeling*

### *1. De schade ten gevolge van het mislopen van de opdracht*

20. Bij de begroting van haar schade gaat de verzoekende partij uit van een schade ten belope van 10 % van de waarde van de opdracht, naar analogie met de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 % vastgesteld in 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’.

Anders dan het geval is bij een aanbesteding, voorziet de regelgeving in geval van een offerteaanvraag niet in een automatische en forfaitaire schadeloosstelling. Niettemin mag in de concrete omstandigheden van de zaak, waarbij de bewijslast van de reële economische schade bij gebrek aan een vast draaiboek voor de te berekenen schadeposten zoals winstderving en het verlies aan een referentie als quasi onmogelijk kan worden beschouwd, met deze door de verzoekende partij voorgestelde forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 % naar analogie worden ingestemd.

21. Te dezen werd voor elk van de percelen 1 en 2 een raamovereenkomst gegund, waarbij de entiteiten van de Vlaamse overheid ten behoeve waarvan de raamovereenkomsten worden gesloten, niet verplicht zijn tot een (minimum)afname.

De waarde van de opdracht zal bijgevolg, anders dan bij een opdracht tegen een vast offertebedrag, noodzakelijkerwijze niet overeenstemmen met het door de verzoekende partij aangeboden offertebedrag, dat immers uitgaat van een vermoedelijke afname door de entiteiten.

In die context is het billijk om voor de toepassing van de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 % niet uit te gaan van de door de verzoekende partij aangeboden offertebedragen maar enkel van de werkelijk gefactureerde uitgaven. Het door de verwerende partij bijgebrachte overzicht van

uitgaven over het lopende contract bevat enkel voor 2020 volledige cijfers, namelijk een totaaluitgave van 2.854.837,10 euro voor perceel 1 en van 3.466.449 euro voor perceel 2. Volgens de verwerende partij ontbreken de begincijfers van september 2018 tot maart 2019 voor beide percelen bij gebrek aan rapportering door de gekozen inschrijver en was de afname ten gevolge van de transitie van het vorig contract naar het nieuwe contract in ieder geval beperkt.

In die concrete omstandigheden worden bijgevolg de werkelijk gefactureerde uitgaven van 2020 als jaarlijkse gemiddelde waarde van de opdracht in aanmerking genomen.

22. Artikel 32 van het basiscontract verleent aan de aanbestedende overheid de bevoegdheid om de opdracht, percelen 1 tot en met 4, eenzijdig te beëindigen op de vijfde verjaardag ervan. Blijkens een beslissing namens de Vlaamse regering van 22 december 2021 heeft de verwerende partij van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. De looptijd van de raamovereenkomsten zal daardoor effectief eindigen op 29 augustus 2023.

De verwerende partij maakt aannemelijk dat deze vroegtijdige beëindiging is ingegeven door de snelle technologische evoluties waarnaar de beslissing tot beëindiging ook effectief verwijst, en niet door de huidige vordering tot schadevergoeding. Dat die evoluties ook zouden kunnen worden opgevangen zonder opzegging van het lopende contract, doet daaraan geen afbreuk.

Wat de looptijd van de raamovereenkomsten betreft, wordt bijgevolg uitgegaan van een periode van vijf jaar.

## *2. De kans om de opdracht gegund te krijgen*

23. Wanneer de geleden schade, die in een oorzakelijk verband staat tot de vastgestelde onwettigheid, bestaat in het verlies van een kans om een verhoopt voordeel te verkrijgen, kan de vergoeding van de schade niet bestaan in de toekenning van het voordeel dat die kans had opgeleverd indien ze zich had gerealiseerd, maar moet ze worden begroot in functie van de verloren kans. De

schade die voor vergoeding in aanmerking komt, bestaat dus niet uit het volledige bedrag van het uiteindelijk geleden nadeel, maar uit een breukdeel ervan, die de kans weerspiegelt op de gunning van de opdracht.

24. De partijen zijn het erover eens dat in de eerste plaats rekening wordt gehouden met het aantal inschrijvers, zijnde twee.

De verwerende partij stelt dat nog een nadere relativering zich opdringt omdat de verzoekende partij een “objectief minder kwalitatieve offerte” zou hebben ingediend, zodat de grootte van de kans om de opdracht gegund te krijgen, volgens haar kan worden geschat op 25 % wat perceel 1 betreft en op 40 % wat perceel 2 betreft.

Blijkens het gunningsverslag, wat perceel 1 betreft, is er voor de groep van beoordelingselementen onder de noemer “aangeboden dienstverlening” inderdaad sprake van een “substantieel verschil in aanbod van communicatiediensten”, gemotiveerd als volgt:

“[...] het aangeboden dienstenaanbod op het vlak van vaste telefonie (klassieke telefonie (PSTN & ISDN-interfaces), VoIP/SIP-telefonie, marketingnummers) [is] bij Proximus veel uitgebreider dan bij Mobistar. Ook het aanbod vaste datacommunicatiediensten (via koper en glasvezel) van Proximus is veel uitgebreider dan dat van Mobistar. Zeker voor de profielen met hogere snelheden van vaste datacomverbindingen via glasvezel heeft Proximus een beter aanbod. Ook op het vlak van de maatregelen qua beveiliging en qua privacy bescherming is het voorstel van Proximus onder meer door het behalen van een ISO 27001-certificaat een betere optie. Proximus biedt ook een zeer uitgebreide VIP-dienstverlening aan voor dit perceel (24/24u, 7D/7D).”

Dit substantieel verschil in aanbod van communicatiediensten is doorslaggevend geweest voor de keuze van de offerte van de gekozen inschrijver, en heeft geresulteerd in een puntenverschil van 12,1 op 55 punten.

Wat perceel 2 betreft, is er geen sprake van een dergelijk substantieel verschil en bedraagt het puntenverschil 4,8 op 55 punten.

Bijgevolg, ook al gaat het puntenverschil terug op de evaluatie van de kwaliteit en is niet geweten hoe de offerte van de verzoekende partij zou zijn opgebouwd zonder de begane onwettigheid, kan evenmin volledige abstractie worden gemaakt van het voornoemd substantieel puntenverschil wat perceel 1 betreft.

De grootte van de kans om de opdracht gegund te krijgen, wordt om deze redenen geschat op 25 % wat perceel 1 betreft en op 50 % wat perceel 2 betreft.

### *3. Toerekening van andere inkomsten*

25. Wanneer de vastgestelde onwettigheid een voordeel oplevert voor de benadeelde, moet dit voordeel in de regel worden toegerekend op het bedrag van de schadevergoeding wanneer de benadeelde zonder de onwettigheid het voordeel niet had genoten.

26. Te dezen verwijst de verwerende partij naar de door de verzoekende partij zelf neergelegde jaarverslagen, om daaruit af te leiden dat de verzoekende partij de capaciteit die is vrijgekomen door het mislopen van de litigieuze raamovereenkomsten heeft aangewend voor andere lucratieve doeleinden. Om die reden is zij van mening dat het beperken van de in aanmerking te nemen duurtijd van de opdracht tot de helft ervan “meer dan billijk” zou zijn.

Een voordeel kan slechts op het bedrag van de schadevergoeding toegerekend worden indien de benadeelde dat voordeel niet genoten zou hebben indien de schade niet was toegebracht. Een voordeel dat niet in een dergelijk verband staat met de onwettigheid of de schade, komt daarentegen niet voor toerekening in aanmerking. Te dezen beperkt de verwerende partij zich ertoe om te verwijzen naar de stijgende omzet en winst die de verzoekende partij gerealiseerd heeft in de eerste jaren waarin de litigieuze opdracht door de gekozen inschrijver werd uitgevoerd. Daarmee is echter niet aangetoond dat de aldus genoten voordelen het gevolg zijn van het inzetten van materieel en personeel die de

verzoekende partij anders bij het uitvoeren van de opdracht voor de Vlaamse overheid had moeten inzetten.

Er is dus geen reden om bepaalde voordelen toe te rekenen op het bedrag van de schadevergoeding.

#### *4. Besluit*

27. Gelet op al hetgeen voorafgaat, bedraagt de schadevergoeding voor perceel 1: 25 % van 10 % van (2.854.837,10 euro x 5), zijnde 356.854,64 euro, en voor perceel 2: 50 % van 10 % van (3.466.499 euro x 5), zijnde 866.624,75 euro.

28. Voor zover de verzoekende partij in haar laatste memorie, in ondergeschikte orde, een totale schadevergoeding van minstens 1.900.000 euro vordert, verwijzend naar een gunstig advies van de Inspectie van Financiën in het kader van een ontwerp van dading tussen de partijen, volstaat de vaststelling dat de verwerende partij deze dading niet heeft goedgekeurd. Bovendien is dat advies gegeven voordat het auditoraatsverslag, dat een eigen berekening voorstelt, bekend was.

#### *V. Intresten*

29. De verzoekende partij vraagt om de schadevergoeding te vermeerderen met intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van het ontstaan van de schade, dit is vanaf de datum van de gunningsbeslissing van 22 juni 2018.

30. De vergoedende intresten hebben betrekking op de periode tussen het ontstaan van de schade en het moment waarop de rechter het bedrag van de schadevergoeding vaststelt. De verwijlintresten zijn verschuldigd vanaf de rechterlijke beslissing tot aan de volledige betaling. De verzoekende partij heeft bijgevolg recht op vergoedende intresten vanaf de datum van de gunningsbeslissing, die moet worden beschouwd als de datum waarop de schade is

ontstaan, tot aan de datum van het voorliggende arrest. Zij heeft bovendien recht op verwijlintresten vanaf de datum van het voorliggende arrest tot de volledige betaling van het bedrag van de schadevergoeding.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State veroordeelt de Vlaamse Gemeenschap omwille van de onwettigheid vastgesteld bij arrest nr. 249.215 van 14 december 2020 tot betaling van een schadevergoeding aan de nv Orange Belgium ten bedrage van 356.854,64 euro voor perceel 1, en 866.624,75 euro voor perceel 2, te vermeerderen met vergoedende intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 22 juni 2018 en verwijlintresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf heden tot de volledige betaling van de schadevergoeding.**

**2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het verzoek tot schadevergoeding, 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 dertig augustus tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                     |                  |
|---------------------|------------------|
| Paul Lemmens,       | kamervoorzitter, |
| Bert Thys,          | staatsraad,      |
| Patricia De Somere, | staatsraad,      |
| bijgestaan door     |                  |
| Greta Scheveneels,  | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Paul Lemmens**