

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 256.039 van 15 maart 2023  
in de zaak A. 233.735/XII-9090**

In zake: de NV IDEMASPORT  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Dirk Van Heuven  
kantoor houdend te 2600 Antwerpen  
Cogels Osylei 61  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HEERS  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Guy Schiepers  
kantoor houdend te 3700 Tongeren  
Henisstraat 15  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. Het beroep, ingesteld op 9 juli 2021, strekt tot de toekenning van een schadevergoeding tot herstel, begroot op 11.413,76 euro, vermeerderd met de vergoedende intresten.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 254.077 van 23 juni 2022 vernietigt de Raad van State de beslissing van de gemeente Heers van 10 mei 2021 waarbij de opdracht ‘Renovatie/bijbouw sporthal en buitenterreinen: deel 2 – sportvloeren en toestellen sporthal Heers’ wordt gegund aan de nv Janssen-Fritsen, en heropent hij het debat wat het verzoek tot schadevergoeding betreft.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Fiers, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Stouthuysen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest andersluidend 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de renovatie en bijbouw van de sporthal te Heers. Dit project is opgedeeld in verscheidene delen. Te dezen is deel 2 in het geding, met als voorwerp ‘sportvloeren en toestellen sporthal Heers’.

Er wordt gekozen voor een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. Luidens het toepasselijk administratief bestek zal de economisch meest voordelige offerte worden vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Hierbij zijn onder meer de kwalificatie en ervaring van het uitvoerend personeel, esthetische en functionele kenmerken, leveringsvoorwaarden, en technische bijstand van belang.

3.3. Twee ondernemingen, de verzoekende partij en de nv Janssen-Fritsen, dienen een offerte in.

3.4. In het gunningsverslag van 23 april 2021 wordt de technische conformiteit van de twee offertes onderzocht. Er wordt vastgesteld dat niet alle ingediende offertes in overeenstemming zijn met de technische voorschriften van het bestek. Per offerte wordt een overzicht gegeven van de vastgestelde afwijkingen, fouten, leemten en wijzigingen, en bepaalde verbeteringen worden aangebracht. *In fine* wordt voorgesteld een onderhandeling te voeren met de meest conforme inschrijver, de nv Janssen-Fritsen.

Na onderhandeling wordt de nv Janssen-Fritsen verzocht een “best and final offer” in te dienen, wat zij doet op 28 april 2021.

Blijkens het “vervolg aanbestedingsverslag na onderhandeling” van 3 mei 2021 wordt voorgesteld de opdracht aan de nv Janssen-Fritsen te gunnen.

3.5. Op 10 mei 2021 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen “aan de firma met de enige regelmatige offerte”, de nv Janssens-Fritsen. Blijkens de ‘argumentatie’ wordt de offerte van de nv Idemasport “niet volledig bevonden aan de technische vereisten van het bestek”, waardoor “sprake [is] van een substantiële onregelmatigheid en [...] de offerte dus [wordt] geweerd”.

3.6. Bij arrest nr. 254.077 van 23 juni 2022 vernietigt de Raad van State de voornoemde beslissing en heropent hij het debat wat het verzoek tot schadevergoeding betreft, op grond van de volgende redenen:



*“V. Verzoek tot schadevergoeding*

11. De verzoekende partij formuleert in het verzoekschrift tot nietigverklaring eveneens een verzoek tot schadevergoeding, ten bedrage van 11.413,76 euro.

Overeenkomstig artikel 25/3, § 1, tweede lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (algemeen procedurereglement) heeft het aangewezen lid van het auditoraat het onderzoek hierover uitgesteld tot aan het arrest waarbij definitief uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring, omdat hij van mening is dat hij nog niet beschikt over alle nuttige gegevens om te oordelen over dat verzoek. De verwerende partij acht immers in haar memorie van antwoord een herstel in natura alsnog behorende tot de mogelijkheden.

Ter zitting bevestigt de raadsman van de verwerende partij dat het gedeelte van de opdracht dat thans in het geding is, met name ‘deel 2 – sportvloeren en toestellen sporthal Heers’, nog steeds niet is uitgevoerd zodat herstel in natura nog mogelijk is.

12. Er zijn slechts twee offertes ingediend. Bij het onderzoek van het tweede middel is komen vast te staan dat de offerte van de gekozen inschrijver niet wettig als regelmatig werd beschouwd. Blijkens het gunningsverslag werd de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig beschouwd, onder meer wat de posten 53.21, 54.04, 54.05, 54.06 en 55.41.10 betreft, beoordelingen waartegen zij niet in rechte is opgekomen.

Hieruit leidt de Raad van State af dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund, zodat een herstel in natura van de vastgestelde onwettigheid impliceert dat een nieuwe gunningsprocedure zal moeten worden georganiseerd.

13. Nu een onwettigheid thans definitief is vastgesteld, past het te handelen overeenkomstig artikel 25/3, § 4, van het algemeen procedurereglement en de partijen en het aangewezen lid van het auditoraat de gelegenheid te geven om, weliswaar rekening houdend met voornoemde mogelijkheid tot herstel in natura, standpunt in te nemen betreffende het verzoek tot schadevergoeding.

Daartoe wordt het debat heropend”.

3.7. Met een e-mailbericht van 1 september 2022 laat de verwerende partij evenwel weten dat kort na de terechtzitting op 26 april 2022 de werken door de gekozen inschrijver zijn aangevat, en een herstel in natura bijgevolg niet

meer mogelijk is, zodat de “discussie die nog gevoerd zal worden [...] enkel nog [betrekking zal hebben] op de schadevergoeding en de omvang hiervan”.

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

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

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

4. In haar inleidende verzoekschrift stelt de verzoekende partij dat zij een “schadevergoeding tot herstel” beoogt te verkrijgen “ex artikel 16 Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 j° artikel 11bis RvS-wet”. Zij verwijst naar artikel 16 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) luidens hetwelk de verhaalinstantie een schadevergoeding toekent aan de personen die benadeeld zijn door een van de in artikel 14 bedoelde schendingen die door de aanbestedende instantie zijn begaan en voorafgaan aan de sluiting van de opdracht op voorwaarde dat de verhaalinstantie zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerde schending bewezen acht. De schadevergoeding tot herstel bedoeld in artikel 11bis van de wetten op de Raad van State vormt “een schadevergoeding of een forfaitaire schadevergoeding” in de zin van dit artikel.

Volgens de verzoekende partij blijkt duidelijk uit het aangevoerde enige middel en bijhorende toelichting – “het bestek is op maat geschreven” – dat zij nadeel heeft geleden in de zin van artikel 14 van de rechtsbeschermingswet en aldus, overeenkomstig artikel 16 van dezelfde wet, gerechtigd is op schadevergoeding.

5. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerde fouten die zij zou hebben

begaan. Er zijn immers diverse posten waarvoor de verzoekende partij technisch niet aanbood wat er gevraagd werd in het bestek, en deze betreffen (ook) andere posten dan die waarvan de verzoekende partij de onwettigheid aanvoert. Zelfs indien alle posten waarvan de verzoekende partij beweert dat er een onregelmatigheid werd begaan, buiten beschouwing worden gelaten, dan nog zou haar offerte zijn afgewezen.

6. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat, zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat haar offerte onregelmatig was, te dezen het leerstuk van het verlies van een kans speelt. Er bleken zich immers maar twee inschrijvers te hebben aangemeld, namelijk de gekozen inschrijver die kon profiteren van het discriminerende bestek, en de verzoekende partij. Waar er in België eigenlijk maar twee marktspelers actief zijn die de sportvloeren en vooral alle toestellen van de sporthal tegelijk kunnen leveren, betekent dit dat ook bij een offerte die niet op maat geschreven zou zijn enkel deze kandidaten zich zouden aanmelden, zodat de verzoekende partij wel degelijk een kans van 50% had om bij een wettig bestek de opdracht gegund te krijgen.

7. In haar laatste memorie inzake de vordering tot schadevergoeding, na een voor haar ongunstig uitgevallen auditoraatsverslag, betoogt de verzoekende partij dat de Raad van State zich in het vernietigingsarrest niet heeft uitgesproken over haar eerste middel, meer bepaald dat het bestek op maat is geschreven en dus onwettig is, doch dat niets de Raad belet om in het kader van de vordering tot schadevergoeding alsnog uitspraak te doen over dit eerste middel. Indien de Raad besluit tot de onwettigheid van het bestek, dan is het causaal verband tussen fout en schade bewezen. Voorts betoogt de verzoekende partij dat in ieder geval uit het vernietigingsarrest volgt dat geen enkele offerte regelmatig was en de opdracht zodoende niet mocht worden gegund. Met andere woorden, zelfs indien het bestek wettig zou zijn geweest, dan nog is het natuurlijke gevolg van het vernietigingsarrest dat de opdracht opnieuw zou worden aanbesteed. Zij herhaalt dat er slechts twee reële spelers zijn op de markt van de overheidsopdrachten in sportartikelen en dus maar twee potentiële

inschrijvers, zodat zij 50% kans had om de nieuwe opdracht na vernietiging alsnog gegund te krijgen. De causaliteitsleer maakt dat indien de aanbestedende overheid meerdere fouten maakt, te dezen een onwettig bestek én het onwettig toewijzen van de opdracht aan een onregelmatige inschrijver, die leiden tot éénzelfde schade, namelijk het niet kunnen uitvoeren van de opdracht, die overheid aansprakelijk is voor de gehele schade. Het is, zo stelt zij nog, overduidelijk dat haar schade niet anders is bij een onwettig bestek, dan wel bij een onwettige toewijzing aan een onregelmatige inschrijving, omdat in beide gevallen de opdracht herbegonnen had moeten worden.

8. In haar laatste memorie inzake de vordering tot schadevergoeding repliceert de verwerende partij vooreerst op de argumentatie van de verzoekende partij betreffende de beweerde onwettigheid van het bestek, betreffende de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij op grond van afwijkingen op een aantal technische bestekvereisten, en betreffende de beweerde onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver op grond van afwijkingen op een aantal (andere) technische bestekvereisten.

Zij vervolgt dat de verzoekende partij niet aantoonst dat zij effectief schade heeft geleden, noch het oorzakelijk verband bewijst tussen de schade en de vermeende fouten. Zelfs in geval van een onwettig bestek, zou de opdracht aan geen enkele inschrijver kunnen worden gegund en zou de verzoekende partij ook geen schade hebben geleden, terwijl er moet worden bewezen dat het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert, zich niet zou hebben voorgedaan zonder de onwettigheid.

### *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.

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

10. De Raad van State heeft in voornoemd arrest nr. 254.077 geoordeeld dat de offerte van de gekozen inschrijver niet wettig als regelmatig werd beschouwd. Om die reden wordt de beslissing van de gemeente Heers van 10 mei 2021 waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Janssen-Fritsen vernietigd.

De onwettigheid van de akte staat vast.

### *2. Betreffende het geleden nadeel en het causaal verband*

11. Het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert, is het verlies van een kans om de opdracht gegund te krijgen.

12. De Raad van State heeft in het voormelde vernietigingsarrest de handelwijze van de verwerende partij om de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig te beschouwen, in strijd bevonden met de in het bestek gestelde betalingsvoorwaarden, waardoor een essentiële bestekbepaling, namelijk de prijs, in het gedrang komt.

Weliswaar werd de offerte van de verzoekende partij blijkens de gunningsbeslissing “niet volledig bevonden aan de technische vereisten van het bestek”, en bijgevolg als substantieel onregelmatig beschouwd. Door het

vernietigingsarrest staat evenwel vast dat zonder de begane onwettigheid de offerte van de gekozen inschrijver eveneens als substantieel onregelmatig diende te worden beschouwd. Uit het vernietigingsarrest volgt dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund, zodat een nieuwe gunningsprocedure diende te worden georganiseerd en de verzoekende partij bijgevolg een kans zou hebben gekregen om de opdracht gegund te krijgen. De omstandigheid dat de gekozen inschrijver de werken intussen heeft aangevat en zelfs beëindigd, hetgeen impliceert dat een herstel in natura thans niet meer mogelijk is, verandert daar niets aan.

13. De verzoekende partij wordt bijgevolg bijgevallen in haar stelling dat zij een kans heeft verloren om de opdracht gegund te krijgen. Ook het verlies van een kans kan een vergoedbare schade uitmaken.

#### *B. Omvang van de schadevergoeding*

##### *Standpunt van de partijen*

14. In haar inleidende verzoekschrift, zoals herhaald in alle volgende procedurestukken, vordert de verzoekende partij “conform de rechtspraak van [de] Raad” en verwijzend naar artikel 16 van de rechtsbeschermingswet, een schadevergoeding van 10% op haar offertewaarde, hetzij 22.827,52 euro, doch ervan uitgaande dat er twee inschrijvers zijn, bedraagt de kans dat een wettige opdracht aan haar zou zijn toegewezen 50%. Het leerstuk van het verlies van een kans heeft tot gevolg dat de schadevergoeding herleid dient te worden tot 11.413,76 euro.

15. Pas in haar laatste memorie inzake de vordering tot schadevergoeding repliceert de verwerende partij op de begroting van de schadevergoeding. Zij stelt dat de forfaitaire schadevergoeding vaak wordt begroot op 10% van de oorspronkelijke prijs, exclusief btw, terwijl de verzoekende partij de schadevergoeding berekent op dit bedrag, inclusief btw, en

dat dit bedrag, voor zover de schadevergoeding wordt toegekend, in ieder geval dient herleid te worden tot 20.522,87 euro. Voorts stelt de verwerende partij dat de kans die de verzoekende partij zou hebben gehad om de opdracht gegund te krijgen, onmogelijk als 50% is te beoordelen. Het staat immers vast dat zij op technisch vlak niet kon of wilde leveren wat in het bestek werd gevraagd.

### *Beoordeling*

16. Bij de begroting van de omvang van een schade die bestaat uit het verlies van een kans dient rekening gehouden te worden met, enerzijds, de waarde van de onrechtmatig gegunde opdracht en, anderzijds, de hoegrootheid van de kans die in hoofde van de verzoekende partij bestond om de opdracht daadwerkelijk gegund te krijgen.

17. De verzoekende partij vertrekt van een herstelvergoeding van 22.824, 52 euro, zijnde 10 % van haar offerteprijs, naar analogie met de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10% vastgesteld in artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet.

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 forfaitaire schadevergoedingsregel van 10% “naar analogie” worden ingestemd.

De verwerende partij formuleert overigens geen juridisch bezwaar tegen deze voorgestelde werkwijze.

Voor de waarde van de opdracht dient wel, zoals de verwerende partij terecht stelt, de offerteprijs exclusief btw in aanmerking te worden

genomen.

18. 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.

Te dezen wordt vastgesteld dat enerzijds de verwerende partij betoogt dat de kans dat de opdracht zou zijn gegund aan de verzoekende partij nihil is, aangezien haar offerte “op technisch vlak niet kon of wou leveren wat er in het bestek werd gevraagd”, doch anderzijds de verzoekende partij, in een nieuw middel na inzage van het administratief dossier, heeft aangevoerd dat ook de offerte van de gekozen inschrijver op minstens drie punten substantieel afwijkt van het bestek, middel dat niet werd beoordeeld in het vernietigingsarrest.

In die omstandigheden begroot de Raad van State de kans van de verzoekende partij op het verkrijgen van de opdracht, naar billijkheid, op 50%, gelet op het feit er slechts twee inschrijvers waren en de beide offertes als substantieel onregelmatig dienden te worden beschouwd, de ene blijkens de gunningsbeslissing, de andere volgend uit het vernietigingsarrest, zodat in ieder geval een nieuwe gunningsprocedure diende te worden georganiseerd. In die nieuwe procedure, al dan niet op grond van een nieuw bestek, had de verzoekende partij opnieuw een offerte kunnen indienen, eventueel door beroep te doen op een onderaannemer zoals de verwerende partij zelf suggereert, offerte die alsdan wel zou kunnen voldoen aan de technische bestekvereisten.

*V. Besluit*

19. 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 50% van 20.522, 87 euro, dit is 10.261, 43 euro.

#### *VI. Intresten*

20. De verzoekende partij vraagt om de schadevergoeding te vermeerderen met de vergoedende intresten aan de wettelijke intrestvoet tot de uiteindelijke dag der betaling.

De verwerende partij formuleert geen bezwaar.

21. De verzoekende partij heeft recht op vergoedende intresten vanaf 10 mei 2021, zijnde 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 gemeente Heers tot betaling van een schadevergoeding aan de nv Idemasport ten bedrage van 10.261,43 euro, te vermeerderen met vergoedende intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 10 mei 2021 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 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.**

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

|                     |                  |
|---------------------|------------------|
| Paul Lemmens,       | kamervoorzitter, |
| Jan Clement,        | staatsraad,      |
| Patricia De Somere, | staatsraad,      |
| bijgestaan door     |                  |
| Silja Doms,         | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Silja Doms**

**Paul Lemmens**