

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.681 van 5 juni 2023
in de zaak A. 231.330/XII-8934**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AG STEDELIJK ONDERWIJS ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. De vordering, zoals ingesteld op 17 juli 2020, strekt tot de toekenning van een schadevergoeding van 99.073,68 euro, vermeerderd met de intresten, naar aanleiding van arrest nr. 247.663 van 28 mei 2020 in de zaak A. 223.705/XII-8458. In de laatste memorie wordt een bedrag gevorderd van 111.433,12 euro, minstens 110.318,79 euro, vermeerderd met de intresten.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 247.663 van 28 mei 2020 vernietigt de Raad van State de beslissing van het AG Stedelijk Onderwijs Antwerpen van 26 juli 2017 tot gunning van de opdracht voor werken inhoudende de renovatie van een schoolgebouw en omgevingsaanleg aan de nv Dillen Bouwteam.

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 en de verzoekende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 november 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Robin Depoorter, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest, behoudens wat de omvang van de schadevergoeding betreft, eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De relevante feitelijke gegevens zijn uiteengezet in arrest nr. 247.663 van 28 mei 2020. Kort samengevat, komen die feiten neer op het volgende.

Het AG Stedelijk Onderwijs Antwerpen (hierna: Stedelijk Onderwijs Antwerpen) schrijft in 2017 een overheidsopdracht uit voor de renovatie van een schoolgebouw voor volwassenenonderwijs in Antwerpen. De plaatsingsprocedure is die van een open aanbesteding. De prijs is dus het enig gunningscriterium.

Het bijzonder bestek met als referentie SO/982743 is van toepassing. Dit bestek bestaat uit een administratief gedeelte en een technisch gedeelte. Dit laatste gedeelte, hierna genoemd het “technisch bestek”, is opgesteld door de architect die het Stedelijk Onderwijs Antwerpen bijstaat, en bevat de bouwkundige bepalingen en de bepalingen in verband met de omgevingsaanleg.

Vijf ondernemingen dienen een offerte in. De offertes van vier van hen, waaronder die van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock en de nv Dillen Bouwteam, worden regelmatig verklaard. In het verslag van nazicht van 20 juli 2017 wordt onder meer opgemerkt, onder het opschrift ‘Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen’, dat bij geen van die vier offertes abnormale totale offerteprijzen worden vastgesteld. Over de eenheidsprijzen wordt in het verslag niets gezegd.

In het verslag van nazicht wordt geconcludeerd dat, na narekening en verbetering van de aangeboden prijzen, de nv Dillen Bouwteam de laagste offerte heeft (1.124.594,79 euro, BTW inbegrepen), gevolgd door die van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock (1.165.572,67 euro, BTW inbegrepen). Op 26 juli 2017 beslist de directeur patrimonium van het Stedelijk Onderwijs Antwerpen om de opdracht te gunnen aan de nv Dillen Bouwteam.

3.2. Tegen die beslissing stelt de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in.

3.3. In de loop van de procedure stelt de verzoekende partij op 31 mei 2018 een klacht in met burgerlijke partijstelling tegen het Stedelijk Onderwijs Antwerpen en onbekenden. Zij voert aan dat een aantal door de

verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken (stukken 9 tot 12), tot staving van haar stelling dat er wel degelijk een prijsonderzoek is verricht, vals zijn. In een brief van 7 november 2018 aan de auditeur erkent de verwerende partij dat die stukken na de gunningsbeslissing zijn opgesteld. Zij legt er evenwel de nadruk op dat de stukken de “weerspiegeling” zijn van de “denkoefening” die de verwerende partij tijdens de gunningsprocedure heeft verricht.

De uitkomst van de strafprocedure is de Raad van State niet bekend.

3.4. Met het voornoemde arrest nr. 247.663 van 28 mei 2020 doet de Raad van State uitspraak over het beroep tot nietigverklaring.

Hij overweegt vooreerst dat de van valsheid betichte stukken geen invloed hebben op de beoordeling van het enig annulatiemiddel, zodat daarmee geen rekening wordt gehouden. Er is bijgevolg ook geen reden om de procedure voor de Raad van State op te schorten totdat er een uitspraak is over de klacht van de verzoekende partij.

Voorts overweegt de Raad van State dat, alhoewel “de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor vier posten meer dan 25 % afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen, en waarbij drie posten niet kunnen worden beschouwd als verwaarloosbaar”, uit het administratief dossier niet blijkt dat een nader onderzoek van die abnormaal laag lijkende eenheidsprijzen is gevoerd. Om die reden wordt de bestreden gunningsbeslissing vernietigd.

3.5. De werken zijn inmiddels uitgevoerd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie van onontvankelijkheid

4. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit het ontbreken van een

belang van de verzoekende partij bij haar vordering. Zij steunt die exceptie op het feit dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij een “reële kans” op de opdracht had, en daardoor ook niet aantoont dat zij een nadeel heeft geleden.

In haar laatste memorie erkent zij evenwel dat de exceptie samenhangt met de gegrondheid van de vordering, inzonderheid met de vraag naar de schade en het oorzakelijk verband daarvan met de door de Raad van State vastgestelde onwettigheid. Zij vraagt dat haar argumenten in verband met de ontvankelijkheid van de vordering betrokken zouden worden in het onderzoek van de gegrondheid van de vordering.

Beoordeling

5. Zoals de verwerende partij erkent in haar laatste memorie, houdt de vraag of de verzoekende partij effectief een kans heeft gehad om de opdracht in de wacht te slepen, verband met het onderzoek van de gegrondheid van de vordering, meer bepaald met de vraag of voldaan is aan de grondvoorwaarden om een schadevergoeding te verkrijgen.

Ter terechtzitting doet de verwerende partij afstand van de exceptie, mits met de daarin vervatte argumenten rekening wordt gehouden bij het onderzoek ten gronde.

De Raad van State neemt akte van de afstand, en zal inderdaad rekening houden met de argumenten bij het onderzoek van de gegrondheid van de vordering.

V. Onderzoek van de vordering

A. Voorwaarden voor het verkrijgen van een schadevergoeding

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij vordert een “schadevergoeding tot herstel” met toepassing van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

In haar verzoekschrift voert zij aan dat zij door de fout van de verwerende partij, welke geleid heeft tot de vernietiging van de gunningsbeslissing, een daadwerkelijk nadeel heeft geleden, bestaande in het verlies van de kans om de opdracht gegund te krijgen.

Zij voert voorts aan dat, mocht de verwerende partij het verplichte prijsonderzoek hebben gevoerd, de kans dan reëel – en zelfs zeer groot – zou zijn geweest dat de offerte van de eerst gerangschikte inschrijver, de nv Dillen Bouwteam, onregelmatig zou zijn bevonden en geweerd zou zijn. In dat geval zou de offerte van de verzoekende partij de laagste regelmatige offerte zijn, zodat de opdracht aan haar gegund zou zijn.

7. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij dat de verzoekende partij een ernstige kans maakte om de opdracht gegund te krijgen. Zij voert aan dat de verzoekende partij “met de vereiste aannemelijkheid of waarschijnlijkheid” moet aantonen dat de offerte van de gekozen inschrijver het bijzonder prijsonderzoek naar de abnormaal lijkende eenheidsprijzen niet zou hebben doorstaan en dat haar eigen offerte dat onderzoek wel zou hebben doorstaan.

In verband met de offerte van de gekozen inschrijver gaat de verwerende partij nader in op de vier eenheidsprijzen die de verzoekende partij heeft geïdentificeerd als abnormaal laag lijkende prijzen (zie overweging 15.2.2, hierna). Zij voert aan dat het waarschijnlijk en aannemelijk is dat die abnormaal lijkende eenheidsprijzen door de gekozen inschrijver verantwoord hadden kunnen worden. Volgens haar beschikt een inschrijver over een “ruim palet aan verantwoordingsfactoren”, en ligt te dezen een “eenvoudige verantwoording” eerder voor de hand. Zij wijst er bovendien op dat zij bij het al dan niet aanvaarden van de prijsverantwoording beschikt over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Volgens haar maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat zij,

in geval van aanvaarding van die verantwoording, onredelijk gehandeld zou hebben.

In verband met de offerte van de verzoekende partij herinnert de verwerende partij eraan dat die partij zelf, zoals uiteengezet in het kader van het beroep tot nietigverklaring, ervan uitgegaan is dat eenheidsprijzen als abnormaal lijkend werden beschouwd indien zij een afwijking van minstens 25 % vertoonden ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs en dat zij de eenheidsprijzen als niet-verwaarloosbaar beschouwde indien de waarde ervan tenminste 2 % vertegenwoordigde van de gemiddelde totaalprijs van alle offertes. Op basis van die twee criteria had de verzoekende partij één abnormaal laag lijkende prijs en twee abnormaal hoog lijkende prijzen. De verwerende partij voert aan dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij in staat geweest zou zijn om die abnormaal lijkende prijzen te verklaren. De verzoekende partij komt niet verder dan in louter algemene bewoordingen te stellen dat er geen redenen zijn die zouden toelaten om thans aan te nemen dat haar offerte onregelmatig verklaard had moeten worden indien een prijsonderzoek zou zijn gevoerd.

8. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij dat zij zou moeten aantonen dat de offerte van de gekozen inschrijver zeker als onregelmatig geweerd had moeten worden en dat haar eigen offerte zeker als regelmatig beschouwd had moeten worden. Zij voert onder meer aan:

“De essentie in deze is dat de verwerende partij, door nagelaten te hebben om een prijsonderzoek te doen en om prijsverantwoording te vragen toen zij dit behoorde te doen, een fout heeft begaan waardoor de verzoekster in ieder geval de kans heeft verloren om de opdracht gegund te krijgen. Het gaat er derhalve enkel om de grootte van die kans te begroten, doch een zekerheid dat de offerte van de nv Dillen Bouwteam zou zijn geweerd en een zekerheid dat haar eigen offerte als regelmatig zou zijn beoordeeld, hoeft de verzoekster niet aan te tonen.”

9. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij vast dat de auditeur in zijn verslag besluit dat de onwettigheid van de akte vaststaat, dat de verzoekende partij een nadeel heeft geleden, namelijk het verlies van een kans, en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de onwettigheid en het verlies van

de kans. Zij verklaart dat zij de zienswijze van de eerste auditeur op het vlak van die drie voorwaarden kan bijvallen. Zij gaat daarentegen niet akkoord met de zienswijze van de auditeur in verband met de berekening van de hoegrootheid van de kans; deze kwestie komt hierna aan bod, bij de begroting van de schade (overwegingen 18.1-18.5).

10. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij, wat het causaal verband tussen de onwettigheid en het geleden nadeel betreft, naar het auditorsverslag. Daarin wordt gesteld dat het onzeker is wat er wel en niet zou zijn gebeurd mocht de verwerende partij hebben gehandeld zoals zij had behoren te doen. In dat verslag wordt ook gesteld dat het aldus wel vaststaat dat zonder de begane onwettigheid de verzoekende partij, als tweede gerangschikte, een kans had om de opdracht gegund te krijgen. Het rechtstreeks causaal verband tussen de begane onwettigheid en het ingeroepen verlies van een kans staat bijgevolg vast.

Beoordeling

11. Om met toepassing van artikel 11*bis* 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 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 11*bis* 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 grond van de artikelen 1382 tot 1386 van het (oude) Burgerlijk Wetboek als van de herstelvergoeding “naar billijkheid” van artikel 11 van de 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).

1. Betreffende de onwettigheid van de akte

12. De verwerende partij betwist niet dat er sprake is van een onwettigheid, vastgesteld in het vernietigingsarrest nr. 247.663 van de Raad van State van 28 mei 2020.

De onwettigheid van de akte staat vast.

2. Betreffende de geleden schade

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

In het voornoemde arrest nr. 247.663 stelt de Raad van State vast dat een zorgvuldig prijsonderzoek ontbreekt “niettegenstaande [...] de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor vier posten meer dan 25 % afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen, en waarbij drie posten niet kunnen worden beschouwd als verwaarloosbaar”.

In het licht van die vaststelling kan niet ernstig worden betwist dat de verzoekende partij minstens een kans heeft verloren om de opdracht gegund te krijgen. Ook het verlies van een kans kan een vergoedbare schade uitmaken.

Hoe groot die kans dan wel was, maakt deel uit van de begroting van de schade.

3. Betreffende het oorzakelijk verband

14. De Raad van State heeft in het voormelde arrest de handelwijze van de verwerende partij om de opdracht te gunnen zonder voorafgaand zorgvuldig onderzoek naar de eenheidsprijzen, strijdig bevonden met artikel 21, § 1, van het destijds geldende koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing

overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011).

Daarmee is niet aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij ook de beste zou zijn geweest indien de verwerende partij zou hebben gehandeld zoals zij had behoren te doen. Wel staat vast dat de verzoekende partij, als tweede gerangschikte inschrijver waarvan de 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 is wel relevant voor de begroting van de schade.

B. Begroting van de schade

Standpunt van de partijen

15.1. In haar verzoekschrift gaat de verzoekende partij ervan uit dat, als de opdracht haar gegund zou zijn, dit zou gebeuren tegen haar offerteprijs, zoals verbeterd door de verwerende partij. Die prijs bedraagt volgens het verslag van nazicht 1.165.572,67 euro, incl. BTW.

Zij voert aan dat, overeenkomstig 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), de schade ingeval van zekerheid dat de opdracht aan haar zou worden gegund, 10 % van die offerteprijs zou bedragen, zijnde 116.557,27 euro.

15.2. De verzoekende partij erkent dat de door haar geleden schade bestaat in een breukdeel van dat laatste bedrag, overeenstemmend met de kans die zij gehad zou hebben om de opdracht te krijgen. Zij voert aan dat voor de

kansberekening enkel rekening gehouden moet worden met de offerte van de gekozen inschrijver en die van de verzoekende partij. Met de twee andere regelmatige offertes dient daarentegen geen rekening te worden gehouden, nu die als derde en vierde gerangschikt waren.

15.2.1. In verband met de eigen offerte wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij die offerte als regelmatig beoordeeld heeft. Er zijn volgens haar geen redenen die zouden toelaten om thans aan te nemen dat haar offerte onregelmatig verklaard zou zijn indien een prijsonderzoek zou zijn gevoerd.

Op basis van de criteria die de verwerende partij zelf heeft gehanteerd, namelijk een afwijking van 25 % ten opzichte van het gemiddelde en een aandeel van 2 % in de totaliteit, werd in de offerte van de verzoekende partij slechts één post gevonden waarvoor een schijnbaar abnormaal lage prijs zou zijn gegeven. Het betreft post 1 (artikel 2: 'bouwplaatsvoorzieningen – algemeen') waarvoor de verzoekende partij een eenheidsprijs van 52.850 euro had opgegeven. Deze prijs stemt volledig overeen met de werkelijke kostprijs van datgene wat in de opdrachtdocumenten werd voorgeschreven en kan als zodanig ook worden verklaard. Bovendien ligt de geraamde prijs (50.000 euro) lager dan de door de verzoekende partij opgegeven prijs.

Daarnaast kunnen twee eenheidsprijzen aangewezen worden als abnormaal hoog lijkende prijzen. Het gaat om de posten 14 (artikel 10.13: 'voorafgaande afgraving terrein – machinale nivellering') en 28 (artikel 26.11.12: 'materialen – wapening/staven en netten – netten'). Ook deze prijzen stemmen volledig overeen met de werkelijke kostprijs van datgene wat de opdrachtdocumenten hebben voorgeschreven en kunnen als zodanig worden verklaard.

Het is volgens de verzoekende partij "uitgesloten, minstens niet aannemelijk", dat haar offerte niet als regelmatig beoordeeld zou worden.

15.2.2. In verband met de offerte van de gekozen inschrijver zijn er volgens dezelfde criteria (en op basis van de vertrouwelijke stukken waarvan de

verzoekende partij via het strafdossier kennis heeft genomen) vier posten waarvoor een abnormaal laag lijkende prijs werd gegeven. Het gaat om de posten 4 (artikel 03.22.10: 'afbraak ruwbouwelementen – vloeren/baksteen gewelven en stalen balken'), 24 (artikel 15.21: 'draagvloeren op volle grond – stortklaar gewapende polybeton – keldervloer'), 124 (artikel 90.23.20: 'verhardingen – betonstraatstenen/waterdoorlatend') en 125 (artikel 91.11: 'elementen beton – planten- en zitbak / op maat'). Deze vier posten hebben een belangrijk aandeel in het geheel van de opdracht.

De verzoekende partij merkt op dat alleen al de abnormale prijsopgave voor de ene post 125 ervoor verantwoordelijk is dat de offerte van de gekozen inschrijver beter werd gerangschikt dan die van de verzoekende partij. Die post betreft op maat gemaakte elementen in geprefabriceerd architectonisch beton voor plantenbakken annex zitbanken, met een heel aparte vorm en een ongelijke breedte. Een algemene aannemer is niet in staat om dergelijke elementen zelf te maken, en moet deze bestellen bij een gespecialiseerde fabrikant. Bovendien was de toegang tot de werfzone zeer beperkt. Om elementen in architectonisch beton ter plaatse te krijgen, zou het gebruik van een mobiele kraan noodzakelijk zijn, met een aanzienlijk kostenverhogend effect.

Volgens de verzoekende partij is het niet aannemelijk dat de gekozen inschrijver, indien hij bevraagd geweest zou zijn over de vier voormelde posten, en in het bijzonder over post 125, in staat geweest zou zijn om een deugdelijke en afdoende verantwoording van de eenheidsprijzen te geven. Het is bijgevolg zeer waarschijnlijk dat zijn offerte onregelmatig verklaard zou worden.

15.2.3. Nu het blijkens het voorgaande nagenoeg zeker is dat, in geval van een zorgvuldig prijsonderzoek, de offerte van de verzoekende partij als de laagste regelmatige offerte zou zijn gerangschikt, schat zij haar kans om de opdracht gegund te krijgen op 85 %.

15.3. Concreet begroot de verzoekende partij de door haar geleden schade op 99.073,68 euro, dit is 85 % van 10 % van het offertebedrag van 1.165.572,67 euro.

16.1. In haar memorie van antwoord gaat de verwerende partij in op de posten in de offerte van de gekozen inschrijver waarvoor de eenheidsprijs volgens de verzoekende partij abnormaal lijkt. Zij gaat ook in op de posten in de offerte van de verzoekende partij, waarvan deze zelf erkend heeft dat de prijzen ervoor opgegeven abnormaal lijken.

16.1.1. In verband met de offerte van de gekozen inschrijver antwoordt de verwerende partij als volgt op de argumenten van de verzoekende partij:

- met betrekking tot post 4 verwijst zij naar het advies van het architectenbureau dat als ontwerper optrad, volgens hetwelk deze post in feite moest worden bekeken samen met twee andere posten in verband met de af te breken vloer (post 10, artikel 03.54.20 – ‘afbraak binnenafwerking – dekvloer/tot op draagstructuur’, en post 11, artikel 03.55.31 – ‘afbraak binnenafwerking – vloerafwerking/tegels – op dekvloer’), en de door de gekozen inschrijver aangeboden totaalprijs voor deze drie posten samen als marktconform kon worden beschouwd;

- met betrekking tot post 24 merkt zij in hoofddorde op dat deze post verwaarloosbaar is, omdat die post geen 2 % uitmaakt van de gemiddelde totaalprijs van alle offertes. In dit verband verwijst zij naar het vernietigingsarrest nr. 247.663 van 28 mei 2020, waarin de Raad van State al heeft vastgesteld dat er weliswaar vier posten zijn met een afwijking van meer dan 25 %, maar slechts drie die niet-verwaarloosbaar zijn. Subsidiar antwoordt zij dat de verzoekende partij weliswaar kritiek heeft op de manier waarop zij de drempel voor niet-verwaarloosbare posten heeft bepaald, maar dat dit behoort tot de beleidsruimte van de aanbestedende overheid. Nog meer subsidiair voert de verwerende partij aan dat de verzoekende partij op geen enkele wijze aannemelijk maakt dat de gekozen inschrijver voor zijn eenheidsprijs geen verantwoording zou kunnen geven;

- met betrekking tot post 124 merkt de verwerende partij in hoofddorde op dat deze post volgens de gehanteerde criteria verwaarloosbaar is, aangezien het totaalbedrag van de door de gekozen inschrijver voor deze post aangeboden prijs niet “méér dan 2%”, maar slechts 2 % uitmaakt van de gemiddelde totaalprijs van alle offertes. Subsidiar voert de verwerende partij aan dat de verzoekende partij

op geen enkele wijze aannemelijk maakt waarom de gekozen inschrijver voor zijn eenheidsprijs geen verantwoording zou kunnen geven;

- met betrekking tot post 125 verwijst zij naar het advies van het architectenbureau volgens hetwelk de lage prijs van de gekozen inschrijver te verklaren is doordat deze in het bezit is van een eigen atelier voor het vervaardigen van de betrokken betonelementen. De verwerende partij verwijst ook naar een verklaring van de gekozen inschrijver zelf, die bevestigt dat hij de bekistingsmallen in zijn eigen schrijnwerkatelier maakt, waardoor hij zeer scherpe prijzen kan aanbieden. Voorts voert de verwerende partij aan dat de gekozen inschrijver wel degelijk met een kraan heeft gewerkt, welke hij echter heeft ingezet voor meer dan alleen maar het verplaatsen van de materialen vallend onder post 125. Hierdoor werd de kost verbonden aan het inzetten van een kraan toegerekend aan meer posten dan enkel post 125. Overigens bepaalt artikel 02.82 van het technisch bestek dat, als een kraan gebruikt wordt, de kosten die verband houden met het verplaatsen, hijsen en heffen opgenomen moeten worden onder post 1 (artikel 2: 'bouwplaatsvoorzieningen – algemeen'), en niet onder post 125. De gekozen inschrijver zou de abnormaal lijkende eenheidsprijs dus op een vrij eenvoudige en objectieve manier kunnen verantwoorden.

De verwerende partij heeft het ook over post 41 (artikel 54.31.10: 'deurgehelen – kozijnen hout/recuperatie deuren'), waarvoor de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs abnormaal hoog leek. Volgens de verwerende prijs zou die prijs eenvoudig verantwoord kunnen worden door het feit dat de gekozen inschrijver had ingeschreven met nieuwe deuren, omdat hij van mening was dat de oude deuren niet gerecupereerd konden worden. Dit was overigens toegestaan door het bestek.

16.1.2. In verband met de offerte van de verzoekende partij antwoordt de verwerende partij als volgt op de argumenten van die partij:

- met betrekking tot post 1 (artikel 2: 'bouwplaatsvoorzieningen – algemeen'), waarvoor de opgegeven prijs abnormaal laag leek, merkt zij op dat de vraag rijst of die prijs wel volledig overeenstemt met de werkelijke kostprijs van datgene wat in de opdrachtdocumenten werd voorgeschreven. Met name geeft de verzoekende partij zelf aan dat zij de kostprijs voor de kraan heeft opgenomen

onder post 125 in plaats van onder post 1. Het is dan ook helemaal niet zo zeker dat de verzoekende partij “zonder kleerscheuren een bijzonder prijsonderzoek zou hebben overleefd”;

- met betrekking tot post 14 (artikel 10.13: ‘voorafgaande afgraving terrein – machinale nivellering’) en post 28 (artikel 26.11.12: ‘materialen – wapening/staven en netten – netten’), waarvoor de opgegeven prijzen abnormaal hoog leken, heeft de verwerende partij er het raden naar waarom de verzoekende partij van oordeel is dat haar offerte op deze punten als regelmatig beoordeeld zou moeten worden.

16.2. Mocht de Raad van State van oordeel zijn dat de verzoekende partij aannemelijk maakt dat zij een reële kans op de opdracht verloren zou hebben (*quod non*), dan is die kans volgens de verwerende partij in geen geval 85 %.

Indien ervan uitgegaan wordt, zoals door de verzoekende partij voorgehouden, dat enkel de eerste twee gerangschikte inschrijvers relevant zijn om het breukdeel te bepalen, dan zou als aanvangspunt een 50 %-50 %-verhouding in acht genomen kunnen worden. Daarop zouden dan echter de volgende coëfficiënten toegepast moeten worden:

- wegens het voorhanden zijn van *legio* plausibele verantwoordingselementen voor de abnormaal lijkende prijzen van de gekozen inschrijver: vermindering van de kans met 12,5 %;
- wegens de ruime beoordelingsbevoegdheid van de verwerende partij bij de aanvaarding van een verantwoording: een bijkomende vermindering van de kans met 12,5 %;
- wegens de onzekerheid over de capaciteit van de verzoekende partij om haar eigen abnormaal lijkende prijzen te verantwoorden: nog een bijkomende vermindering van de kans met 12,5 % (50 % - 12,5 % - 12,5 % - 12,5 %).

De verwerende partij concludeert dat de kans van de verzoekende partij om de opdracht gegund te krijgen niet hoger is dan 12,5 %.

Subsidiair is de verwerende partij van oordeel dat de aan de verzoekende partij toe te kennen schadevergoeding in ieder geval niet mag uitgaan van een kans die hoger is dan 25 %, aangezien het ten aanzien van vier inschrijvers is dat een onderdeel van het regelmatigheidsonderzoek naar de offertes niet heeft plaatsgevonden. De schadevergoeding zou dan niet meer kunnen bedragen dan 25 % van 10 % van 1.165.572,67 euro.

17.1. In haar memorie van wederantwoord gaat de verzoekende partij nader in op de prijs die de gekozen inschrijver heeft gegeven voor post 125 (artikel 91.11: ‘elementen beton – planten- en zitbak / op maat’). Nu de werken intussen zijn uitgevoerd, kan worden vastgesteld wat de “werkelijke verklaring” is voor de abnormaal lage prijs voor die post. De verzoekende partij legt onder meer foto’s voor van de uitgevoerde plantenbakken *annex* zitbanken, en voert aan dat wat de gekozen inschrijver heeft uitgevoerd, “iets helemaal anders [is] dan wat in de opdrachtdocumenten was voorgeschreven”. Dáárdoor kon de gekozen inschrijver, zoals om het even welke aannemer, zelf de betonelementen fabriceren, en dáárdoor diende hij ook geen kosten te maken voor een mobiele bouwkraan. Hij heeft simpelweg “een totaal van het bestek afwijkend ‘bouwpakket’ [...] gemaakt”.

Gelet op de duidelijk niet-besteksconforme aanbidding en op de enorme afwijkingen ten opzichte van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers, is het uitgesloten dat de gekozen inschrijver een deugdelijke en afdoende prijsverantwoording zou kunnen geven. De verzoekende partij herinnert er voorts aan dat de vier litigieuze posten een zeer belangrijk aandeel van de opdracht vormden en ook een invloed hadden op de rangschikking van de offertes. Aldus zou het “in feite zeker” zijn dat, indien de verwerende partij een werkelijk en zorgvuldig prijsonderzoek had uitgevoerd en een prijsverantwoording had gevraagd, de offerte van de verzoekende partij als de laagste regelmatige offerte zou zijn gerangschikt.

17.2. In het licht van die vaststellingen speelt de discussie omtrent de andere abnormale eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver in feite “niet echt een rol meer”. De verzoekende partij gaat niettemin in op de argumentatie van de

verwerende partij met betrekking tot elk van de posten die abnormaal laag of hoog leken (posten 4, 24, 41 en 124). Zij concludeert telkens dat die argumentatie niet kan worden aangenomen.

Zij doet hetzelfde met de argumentatie van de verwerende partij met betrekking tot de drie posten in haar eigen offerte die door de verwerende partij als abnormaal lijkend zijn aangemerkt (posten 1, 14 en 28).

17.3. Gelet op de conclusie in verband met de substantiële onregelmatigheid van de gekozen inschrijver ten gevolge van het opgeven van een prijs voor post 125 die niet overeenstemde met wat in het bestek gevraagd was, past de verzoekende partij het percentage van haar kans op de opdracht aan: zij verhoogt dit van 85 % tot 100 %, minstens tot 99 %.

17.4. De verzoekende partij past ook het gevorderde bedrag dienovereenkomstig aan. Zij vordert 100 % van 10 % van het offertebedrag, zijnde 116.557, 27 euro, of minstens 99 % van dit laatste bedrag, zijnde 115.391,70 euro.

Subsidiair vraagt zij de aanstelling van een deskundige, met als opdracht het onderzoek van de vraag of de plantenbakken/zitbanken conform de opdrachtdocumenten zijn uitgevoerd.

18.1. In haar laatste memorie wenst de verwerende partij eerst twee zaken te verduidelijken.

In de eerste plaats merkt zij op dat, indien voor de berekening van de schadevergoeding wordt uitgegaan van het bedrag van de door de verzoekende partij ingediende offerte, er dan niet uitgegaan moet worden van het bedrag dat die partij zelf in haar offerte heeft opgegeven (te dezen 1.115.000,00 euro, BTW niet inbegrepen), maar van het bedrag dat ingevolge het rekenkundig nazicht door de verwerende partij is verbeterd (te dezen 1.114.331,20 euro, BTW niet inbegrepen). Het is overigens het bedrag zonder BTW, niet met BTW, waarop de winst van 10 % berekend moet worden.

In de tweede plaats merkt de verwerende partij op dat de werken al een zeer geruime tijd voltooid waren toen de verzoekende partij haar verzoekschrift tot het verkrijgen van een schadevergoeding indiende. De argumentatie van de verzoekende partij met betrekking tot de zogenaamde niet-besteksconforme uitvoering van de werken kon dus al in haar verzoekschrift worden opgeworpen. Deze argumentatie is derhalve laattijdig.

18.2. De verwerende partij gaat vervolgens in op de posten in de offerte van de gekozen inschrijver die verder dienden te worden onderzocht.

18.2.1. Zij wijst er vooreerst op dat zij post 124 aanvankelijk als niet-verwaarloosbaar had beschouwd, op grond van een berekening van de 2 %-drempel op basis van de totale prijs van de betrokken offerte. Achteraf heeft zij zich gerealiseerd dat de drempel berekend moest worden op basis van de gemiddelde totale offerteprijs. Uitgaande van de correcte benadering, mocht post 124 als verwaarloosbaar worden beschouwd, en zou de verwerende partij dus niet verplicht geweest zijn om de gekozen inschrijver daarover om een verantwoording te verzoeken.

Zij herhaalt voorts dat ook post 24 een verwaarloosbare post was.

18.2.2. De verwerende partij onderzoekt vervolgens de drie abnormaal lijkende posten.

In verband met post 4 merkt zij op dat er sprake was van een scheeftrekking van het gemiddelde doordat één inschrijver een zeer hoge prijs voor deze post opgaf. Het gemiddelde van de prijzen zonder de prijs van die ene inschrijver lag zeer dicht bij de prijs van de gekozen inschrijver. Dat zou een deugdelijke reden opleveren om deze laatste prijs niet als abnormaal lijkend te beschouwen, met als gevolg dat de verwerende partij de gekozen inschrijver daarover niet om een verantwoording had moeten vragen.

In verband met post 41 merkt de verwerende partij op dat, aangezien het om een abnormaal hoog lijkende prijs ging, zij als aanbestedende overheid in principe een soepele houding had mogen aannemen. Zij merkt ook op dat de gekozen inschrijver effectief nieuwe deuren heeft geplaatst. Zij benadrukt dat het bestek uitdrukkelijk voorzag in de mogelijkheid dat er “nieuw geplaatste deuren” zouden zijn.

In verband met post 125 voert de verwerende partij aan, ten eerste, dat de mobiele kraan wel degelijk begrepen moest worden in post 1 (artikel 2 : ‘bouwplaatsvoorzieningen – algemeen’). In het technisch bestek werd onder artikel 02.82 uitdrukkelijk bepaald dat arbeidsmiddelen voor het heffen en hijsen van lasten inbegrepen moesten worden in post 1. De verwerende partij bevestigt, ten tweede, dat de gekozen inschrijver zijn werf zo georganiseerd heeft dat hij maar één kraan, namelijk een mobiele kraan, nodig had. Op één dag zijn de betonnen zitelementen, samen met andere stukken, over de woningen tot op de binnenplaats gezet. Daarbij zijn de basis en het zitgedeelte als één geheel toegekomen op de werf. De verwerende partij voert voorts aan, ten derde, dat de verzoekende partij onder post 125 allerlei vereisten leest die daar niet instaan. Zo werd niet bepaald dat verplicht architectonisch beton gebruikt moest worden, of dat elementen uit één stuk moesten worden geproduceerd. De verzoekende partij heeft die bestekbepaling “op de duurst mogelijke wijze” geïnterpreteerd, hetgeen mede verklaart waarom de prijs van de gekozen inschrijver zo laag was in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers. De verwerende partij besluit, ten vierde, dat de stelling van de verzoekende partij aangaande de substantiële onregelmatigheid wegens een zogenaamde “niet-besteksconforme uitvoering”, volkomen incorrect is. Zij deelt mee dat tijdens de uitvoering van de werken door haar wel een aantal wijzigingen zijn gevraagd met betrekking tot de vorm van de zitelementen, maar stelt dat die wijzigingen volkomen irrelevant zijn wat de prijsopgave tijdens de plaatsingsprocedure betreft.

18.2.3. De verwerende partij besluit dat de kans dat de gekozen inschrijver ook na een zorgvuldig prijsonderzoek de opdracht gegund zou hebben gekregen, niet zomaar op 50 % kan worden begroot. Volgens haar dient deze kans op minstens 75 % te worden begroot, zoals zij reeds aangaf in de memorie

van antwoord. Omgekeerd wordt, ingevolge het voorgaande, de kans van de verzoekende partij op het gegund krijgen van de opdracht tot 25 % gereduceerd.

18.3.1. Vervolgens gaat de verwerende partij in op de drie abnormaal lijkende prijzen voor niet-verwaarloosbare posten in de offerte van de verzoekende partij.

In verband met post 1 voert de verwerende partij aan, ten eerste, dat de verzoekende partij “veel te kort door de bocht” gaat, waar zij stelt dat haar prijs de ramingsprijs benaderde en de prijzen van de andere inschrijvers abnormaal hoog waren. Het is voor een architect moeilijk om de prijs voor deze post correct in te schatten. Volgens de technische bepalingen van het bestek stond het aan de inschrijvers om alle “pro memorie”-posten genoemd onder artikel 02.00, ‘Bouwplaatsvoorzieningen’, correct te berekenen en in te calculeren in de prijs voor post 1 (artikel 2: ‘bouwplaatsvoorzieningen – algemeen’). De elementen die onder deze post voorzien moesten worden, waren aldus sterk afhankelijk van de werkwijze die de aannemer bepaalde. Aan de ramingsprijs van de architect kan derhalve geen grote waarde worden gehecht. De verwerende partij herhaalt voorts, ten tweede, dat de prijs voor de bouwkraan wel degelijk in post 1 moest worden inbegrepen.

In verband met de posten 14 en 28 voert de verwerende partij aan dat de verzoekende partij niets aanvoert tot staving van haar abnormaal lijkende prijzen.

18.3.2. De verwerende partij concludeert dat de verzoekende partij in het geheel niet aantoont dat de abnormaal lijkende prijzen in haar offerte te verantwoorden waren. De kans dat de verzoekende partij de opdracht in de wacht had kunnen slepen, indien deze niet gegund had kunnen worden aan de gekozen inschrijver, is dan ook “nihil”. Subsidiair zou deze kans volgens haar, met een grote welwillendheid, op “maximaal 10%” bepaald kunnen worden.

18.4. De conclusie uit al het voorgaande is dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat zij enige kans had om de opdracht gegund te krijgen.

Zij heeft dan ook geen schade geleden, en heeft bijgevolg geen recht op schadevergoeding.

Subsidiair is de verwerende partij van oordeel dat de gekozen inschrijver een kans van minstens 75 % had om de opdracht gegund te krijgen. Dit betekent dat de kans dat de verzoekende partij nog in aanmerking gekomen zou zijn voor de gunning, ten hoogste 25 % bedroeg. De kans dat de verzoekende partij vervolgens het prijsonderzoek van haar offerte succesvol doorstaan zou hebben, bedraagt hoogstens 10 %. Haar verloren kans bedraagt dan ook 10 % van 25 %, dit wil zeggen 2,5 %.

18.5. Gelet op het voorgaande, bedraagt de schadevergoeding waarop de verzoekende partij aanspraak kan maken hoogstens 2,5 % van 10 % van 1.114.331,20 euro, zijnde 2.785,83 euro.

19.1. In haar laatste memorie gaat de verzoekende partij in eerste instantie in op het bedrag van de gevorderde schadevergoeding.

Zij is, ten eerste, bereid om als basis voor de berekening van de schadevergoeding het nagerekende bedrag exclusief BTW van haar offerte te hanteren, dus het bedrag van 1.114.331,20 euro.

Zij benadrukt voorts, ten tweede, dat de verhoging in haar memorie van wederantwoord van de kans om de opdracht gegund te krijgen, van 85 % tot 100 % of minstens 99 %, het gevolg was van de feitelijke vaststellingen in verband met de wijze waarop de gekozen inschrijver de betonnen plantenbakken/zitbanken had uitgevoerd. Die aanpassing is geen uitbreiding van de vordering, nu de verzoekende partij geen bijkomende schadeposten heeft toegevoegd aan haar vordering. Het gaat nog altijd om dezelfde schade, doch anders begroot.

19.2. De verzoekende partij gaat vervolgens in op de factoren die volgens haar bepalend zijn voor de schatting van de kans die zij verloren heeft.

19.2.1. In verband met de offerte van de gekozen inschrijver gaat de verzoekende partij uitvoerig in op de prijs aangeboden voor post 125.

Zij blijft erbij dat de gekozen inschrijver voor de plantenbakken en zitbanken, voorwerp van die post, in een niet-besteksconforme uitvoering had voorzien, en om die reden had ingeschreven met een abnormaal lage prijs. Het bestek vereiste architectonisch beton en een speciale vormgeving. Aan de hand van foto's heeft de verzoekende partij kunnen aantonen dat de gekozen inschrijver dit onderdeel van de opdracht helemaal anders heeft uitgevoerd. Zijn wijze van uitvoering impliceert een fabricagemethode van het basisgedeelte en het zitgedeelte die aanzienlijk eenvoudiger en goedkoper is, en maakt het ook niet nodig om een mobiele kraan te gebruiken voor het binnenbrengen van de elementen op de speelplaats.

Indien aan de gekozen inschrijver een verantwoording voor zijn prijs voor post 125 gevraagd zou zijn, had deze daarvoor onmogelijk een deugdelijke, afdoende verantwoording kunnen geven, nu het om een uitvoering ging die totaal verschilde van wat in het bestek en de plannen was voorgeschreven. De pogingen die *post factum* van de kant van de verwerende partij worden gedaan, met behulp van haar architect en de gekozen inschrijver zelf, om alsnog een uitleg te geven voor de extreem lage prijs die de gekozen inschrijver heeft opgegeven, hebben betrekking op een uitvoering in gewoon beton, zonder specifieke vereisten inzake materiaal, vormgeving, afmetingen en afwerkingsgraad. Volgens de verzoekende partij staat integendeel vast dat de verwerende partij geen andere keuze gehad zou hebben dan de offerte van de gekozen inschrijver als onregelmatig te weren.

In dit verband herinnert de verzoekende partij aan het feit dat het verschil tussen de totale offerteprijzen van de gekozen inschrijver en haarzelf 32.620,72 euro bedraagt. Nu het verschil tussen de door hen voor post 125 aangeboden prijzen 57.762,29 euro bedraagt, is de abnormale prijsopgave door de gekozen inschrijver voor die post bepalend geweest voor de rangschikking van de twee offertes.

De verzoekende partij benadrukt voorts dat er geen enkele twijfel of discussie kan bestaan over de vraag welke uitvoeringswijze door het bestek vereist was. Zowel de bestekbepalingen als de plannen maakten duidelijk dat het moest gaan om een uitvoering in architectonisch beton. De Raad van State kan eenvoudig vaststellen wat er in het bestek en de plannen werd voorgeschreven en daaruit de conclusies trekken die zich opdringen.

In verband met de andere posten waarvoor de gekozen inschrijver een abnormaal laag lijkende eenheidsprijs had opgegeven (posten 4, 24 en 124), voert de verzoekende partij aan dat het “weinig waarschijnlijk” is dat hij daarvoor een deugdelijke, afdoende prijsverantwoording zou kunnen geven. Zij erkent evenwel dat er, door de nalatigheid van de verwerende partij, daarover geen absolute zekerheid is. Gelet echter op het feit dat die zekerheid er wel is met betrekking tot de prijszetting voor post 125, zijn de abnormaliteiten in verband met de prijzen voor die andere posten niet meer nodig om tot de onregelmatigheid van de offerte te besluiten.

19.2.2. In verband met haar eigen offerte herhaalt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de verwerende partij in haar verslag van nazicht de regelmatigheid van die offerte erkend heeft. De verwerende partij kan daarop in de procedure voor de Raad van State slechts terugkomen als de onregelmatigheid een onbetwistbaar karakter heeft. Dat is te dezen echter niet het geval.

Subsidiair voert de verzoekende partij aan dat er geen enkel concreet, objectief en overtuigend element is dat zou toelaten te besluiten dat haar offerte misschien wèl onregelmatig was.

Zij herhaalt dat, op basis van de criteria die de verwerende partij zelf heeft gehanteerd, in haar offerte slechts één eenheidsprijs kon worden aangewezen als “mogelijks abnormaal laag”, met name die voor post 1 (artikel 2: ‘bouwplaatsvoorzieningen - algemeen’). Zij herinnert eraan dat de door haar opgegeven prijs licht hoger was dan de geraamde prijs, terwijl de prijzen van de andere inschrijvers de geraamde prijs in ruime mate overstegen. Bij een redelijk denkend bestuur zou die vaststelling eerder tot de conclusie moeten leiden dat aan

de andere inschrijvers een prijsverantwoording gevraagd moest worden. Zij stelt vast dat de verwerende partij in haar laatste memorie erkent dat de prijzen voor post 1 zeer uiteenlopend kunnen zijn en afhangen van de benadering, invulling en inschatting van elke individuele inschrijver. Aldus toont de verwerende partij in feite zelf aan dat er voor deze post moeilijk of niet sprake kan zijn van een abnormale prijs.

In verband met de twee posten die, op basis van de door de verwerende partij gehanteerde criteria, onder de noemer “mogelijks abnormaal hoog” vielen, te weten de eenheidsprijzen voor de posten 14 en 28, merkt de verzoekende partij het volgende op. Inzake post 14 blijkt de door haar opgegeven eenheidsprijs niet eens de hoogste te zijn en is het duidelijk dat de raming een zware onderschatting inhoudt. Inzake post 28 blijkt haar eenheidsprijs zelfs nog een stuk lager te liggen dan de raming en zijn de verschillen tussen de offertes niet echt opmerkelijk te noemen. De verzoekende partij herhaalt ook dat het bij abnormaal hoge prijzen voor één of twee posten weinig tot niet aannemelijk is dat een aanbestedende overheid op basis daarvan een offerte onregelmatig verklaart waarvan de totaalprijs goedkoper is dan de totaalprijzen van de andere offertes.

19.3. Vervolgens repliceert de verzoekende partij op de argumenten die de verwerende partij in haar laatste memorie heeft ontwikkeld.

19.3.1. Zij werpt in hoofddorde op dat de argumentatie van de verwerende partij omtrent het al dan niet abnormaal karakter van bepaalde prijzen, zowel in de offerte van de gekozen inschrijver als in haar offerte, reeds in de memorie van antwoord kon worden uiteengezet. Deze argumentatie is volgens haar dan ook laattijdig.

19.3.2. Subsidiair gaat zij in op een aantal “beweringen en verzinsels” van de verwerende partij in verband met de prijzen aangeboden door de gekozen inschrijver. Volgens haar houden die beweringen en stellingen geen rekening met de realiteit.

Wat post 4 betreft, merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij in haar laatste memorie voorhoudt dat er een scheeftrekking was van het gemiddelde door de zeer hoge prijs van een bepaalde inschrijver. De verwerende partij kan echter niet eerst criteria bepalen om uit te maken of een post al dan niet verwaarloosbaar is, om vervolgens in het kader van een geding naar believen al dan niet rekening te houden met die criteria. Voorts herhaalt de verzoekende partij dat de verwerende partij steunt op een verklaring die de architect heeft proberen te vinden voor de abnormaal lage prijs voor post 4, namelijk de koppeling met de posten 10 en 11, terwijl zij de betrokken inschrijver om een verklaring had moeten vragen. De verklaring verstrekt door de architect strookt bovendien niet met wat bepaald is in de opdrachtdocumenten, die voorzien in afzonderlijke posten, elk met hun eigen beschrijving en hun eigen hoeveelheid.

Wat post 41 betreft, herhaalt de verzoekende partij dat de verwerende partij ook hier met een eigen bewering afkomt, die door de gekozen inschrijver nooit werd bevestigd. Bovendien strookt de uitleg van de verwerende partij, namelijk dat een inschrijver ervoor mocht opteren om nieuwe deuren te leveren, niet met het bestek. Daarin was de recuperatie van de bestaande deuren voorgeschreven.

Wat post 124 betreft, merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij in haar laatste memorie stelt dat deze post verwaarloosbaar zou zijn. Daarmee komt zij terug op wat zij eerder, in het kader van de vernietigingsprocedure, had verklaard. Een dergelijke manier van procesvoeren is deloyaal. Ten gronde betwist de verzoekende partij de nieuwe redenering van de verwerende partij. Indien men die redenering zou volgen, dan zou een abnormaal lijkende prijs niet onderzocht moeten worden zolang hij maar zo laag is dat daardoor de gemiddelde totaalprijs van alle offertes een bepaalde drempel niet overschrijdt.

Wat post 125 betreft, stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij ook op dit punt een nieuwe betwisting in het leven roept. Thans houdt zij voor het eerst voor dat de uitvoering van de plantenbakken/zitbanken

volgens het bestek moest gebeuren in gewoon beton en niet in architectonisch beton. In de memorie van antwoord had de verwerende partij nog helemaal niet betwist dat het om een uitvoering in architectonisch beton moest gaan. Ten gronde voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de uitdrukkelijke verwijzingen naar architectonisch beton in het bestek en de plannen over het hoofd ziet. Ook in zoverre de verwerende partij beweert dat het bestek niet bepaalt dat de elementen uit één stuk moeten worden geproduceerd, gaat zij in tegen de plannen. Ten slotte vindt de verzoekende partij het al te gemakkelijk om in de laatste memorie te komen beweren dat zij tijdens de uitvoering van de werken wijzigingen gevraagd heeft met betrekking tot de vorm van de zitelementen. Niet alleen wordt die bewering door geen enkel schriftelijk stuk ondersteund, een dergelijke werkwijze zou bovendien niet toelaatbaar zijn.

19.3.3. Ten slotte stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord de begroting van de kans op 25 % subsidiair heeft aanvaard, maar dat zij dat percentage in haar laatste memorie plots wijzigt naar slechts 2,5 %. Ook op dit punt start de verwerende partij dus een heel nieuwe discussie en is haar argumentatie compleet nieuw. Het begroten van de kans op 2,5 % “[wordt] op geen enkele manier [...] onderbouwd en [is] gewoon te gek voor woorden”.

19.4. Rekening houdend met het gewijzigde bedrag als uitgangspunt voor de berekening van de geleden schade (zie overweging 19.1, hiervoor), herleidt de verzoekende partij het bedrag van haar vordering tot 111.433,12 euro (100 %) of minstens 110.318,79 euro (99 %). Subsidiair blijft zij de aanstelling van een deskundige vragen.

Beoordeling

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

20. Bij een aanbesteding, waar de prijs het enig gunningscriterium is, voorziet de regelgeving in een automatische en forfaitaire schadeloosstelling.

Artikel 24 van de te dezen toepasselijke wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006) luidde:

“Wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, dient die te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, op straffe van een forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien percent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van deze offerte. [...]”

Artikel 16 van de rechtsbeschermingswet luidt:

“De verhaalinstantie kent een schadevergoeding toe 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 of van de concessie op voorwaarde dat de verhaalinstantie zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerde schending bewezen acht.

[...]

Bij openbare of niet-openbare procedure, wanneer de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, moet de opdracht aan de inschrijver worden gegund 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. [...]

De schadevergoeding tot herstel bedoeld in artikel 11bis van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, vormt een schadevergoeding of een forfaitaire schadevergoeding in de zin van dit artikel.”

21. Met toepassing van artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet gaat de verzoekende partij voor het bepalen van de waarde van de opdracht aanvankelijk uit van het bedrag van haar offerte “indien gegund”, zoals dit in het verslag van nazicht is vastgesteld. Dit is het door de verwerende partij “nagerekende en verbeterde” bedrag, ten belope van 1.165.572,67 euro, BTW inbegrepen. In haar laatste memorie gaat de verzoekende partij ermee akkoord om het bedoelde basisbedrag te herleiden tot dat van haar vordering, zoals “nagerekend” door de verwerende partij, zonder BTW. Dat bedrag beloopt 1.114.331,20 euro.

De verwerende partij is het eens met dit laatste bedrag als basisbedrag voor de berekening van het bedrag van de vergoeding.

Ook de Raad van State is het met dat uitgangspunt eens.

22. De forfaitaire schadevergoeding van 10 % bedoeld in artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet en in artikel 24, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2006, komt toe, in geval van een procedure waarin de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, aan de inschrijver “die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend”. Teneinde deze forfaitaire schadevergoeding te verkrijgen, en aldus te worden ontslagen van het bewijs van de schade en het oorzakelijk verband met de onwettigheid, dient de verzoekende partij het bewijs te leveren dat zij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Te dezen blijkt uit het verslag van nazicht van de offertes niet dat de verzoekende partij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, integendeel. Ook uit het vernietigingsarrest nr. 247.663 van 28 mei 2020 volgt niet dat haar offerte, in geval van een deugdelijk prijsonderzoek, noodzakelijk als de laagste regelmatige offerte naar voor zou komen. Er kan bijgevolg niet aangenomen worden dat de verzoekende partij zonder meer recht heeft op de bedoelde forfaitaire schadevergoeding.

Wel mag, overeenkomstig de voornoemde wetsbepalingen, ervan uitgegaan worden dat, indien de opdracht aan de verzoekende partij zou zijn gegund, zij een winst zou maken van 10 % op het door haar aangeboden offertebedrag. Beide partijen gaan trouwens ook uit van dit percentage.

De mogelijke schade ten gevolge van het mislopen van de opdracht wordt aldus geraamd op 10 % van 1.114.331,20 euro, dit wil zeggen op 111.433,12 euro.

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 krijgen, 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.

Dit is de situatie die zich te dezen voordoet. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt, bestaat dus niet uit het volledige bedrag van het mogelijke nadeel, geraamd op 111.433,12 euro, maar uit een breukdeel ervan, dat de kans weerspiegelt op de gunning van de opdracht.

De betwisting tussen de partijen draait in wezen om de berekening van die kans.

24. Te dezen werden vier offertes regelmatig bevonden. De verzoekende partij werd als tweede gerangschikt, na de gekozen inschrijver.

Aangezien, zoals hierna zal blijken, zowel ten aanzien van de gekozen inschrijver als ten aanzien van de verzoekende partij abnormaal lijkende prijzen geïdentificeerd kunnen worden, valt in theorie niet uit te sluiten dat, indien de verwerende partij de vastgestelde onwettigheid niet had begaan, de offertes van beide partijen geweerd zouden zijn. In dat geval zouden de overige twee inschrijvers in aanmerking gekomen zijn voor de gunning. Gelet op de rangschikking valt in redelijkheid echter aan te nemen dat de kans van de verzoekende partij op de gunning niet louter recht evenredig is met het aantal regelmatige inschrijvers. Om die reden wordt niet uitgegaan van een principiële kans van 25 %, zoals (subsidiar) voorgesteld door de verwerende partij.

De Raad van State stelt vast dat, terwijl het verschil tussen de offerteprijzen aangeboden door de gekozen inschrijver en de verzoekende partij eerder klein is, het verschil tussen de offerteprijzen van de verzoekende partij en de twee andere inschrijvers merkelijk groter is. In redelijkheid kan dan ook worden vertrokken van de verwachting dat de gunning van de opdracht gegaan zou zijn naar hetzij de gekozen inschrijver hetzij de verzoekende partij.

De kans van de verzoekende partij op het verkrijgen van de opdracht wordt derhalve principieel geschat op 50 %.

Dit percentage is echter vatbaar voor verhoging of verlaging naargelang de kansen van de verzoekende partij als ruimer of beperkter ingeschat moeten worden, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak. De omstandigheden die te dezen relevant zijn, hebben te maken met de vraag in hoeverre de offerte van de gekozen inschrijver en die van de verzoekende partij als regelmatig of onregelmatig beschouwd zouden zijn, indien een deugdelijk prijsonderzoek zou zijn uitgevoerd.

25. Noch de wet overheidsopdrachten 2006 noch het koninklijk besluit plaatsing 2011 stellen een bepaald criterium vast dat de aanbestedende overheid zou moeten hanteren om de posten te selecteren waarop het prijsonderzoek moet worden verricht. Ook het begrip “verwaarloosbare posten” wordt in de voornoemde regelgeving niet gedefinieerd. Een aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van vermoedelijk abnormale prijzen bijgevolg over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het is haar in beginsel aldus toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten.

Te dezen heeft de verwerende partij tijdens de procedure inzake het beroep tot nietigverklaring verklaard dat zij de posten in de offerte van de gekozen inschrijver, die voor een nader onderzoek van de eenheidsprijzen in aanmerking kwamen, geïdentificeerd heeft aan de hand van twee criteria: eerst identificeerde zij de posten waarvan de opgegeven eenheidsprijs meer dan 25 % afweek van het gemiddelde van de eenheidsprijzen; vervolgens beschouwde zij als niet-verwaarloosbaar de posten waarvan het bedrag meer dan 2 % uitmaakte van de totaalprijs van de offerte van de betrokken inschrijver. Met toepassing van die criteria identificeerde zij vier posten waarvan de eenheidsprijzen minstens 25 % lager waren dan het gemiddelde van de eenheidsprijzen (posten 4, 24, 124 en

125). Daarvan konden drie posten als niet-verwaarloosbaar worden beschouwd (posten 4, 124 en 125).

De Raad van State ziet geen reden om de keuze van die criteria, en de toepassing die ervan gemaakt is, als onzorgvuldig of onredelijk te beschouwen.

Weliswaar voert de verwerende partij thans aan, in haar laatste memorie, dat zij voor het bepalen van de 2 %-drempel inzake het al dan niet verwaarloosbaar karakter van een post ten onrechte is uitgegaan van de totaalprijs van de betrokken inschrijver, en dat zij had moeten uitgaan van het gemiddelde van de totaalprijzen van alle offertes. Het is echter niet ernstig om thans de eigen berekening in twijfel te trekken.

Overigens heeft ook de verzoekende partij, zonder de door de verwerende partij gehanteerde criteria als zodanig te aanvaarden, daarvan gebruik gemaakt om haar betoog in het kader van de procedure tot nietigverklaring en in het kader van de voorliggende procedure te ondersteunen.

26. In die omstandigheden zal de Raad van State, in verband met de offerte van de gekozen inschrijver, rekening houden met de drie posten waarvan de eenheidsprijzen, volgens de aanvankelijk gehanteerde criteria, abnormaal laag leken en niet-verwaarloosbaar waren. Het betreft de posten 4, 124 en 125.

26.1. Wat de prijs voor post 125 betreft, voert de verzoekende partij aan dat het voldoende was dat deze niet verantwoord zou kunnen worden opdat de offerte substantieel onregelmatig verklaard zou moeten worden. Zij wijst erop dat de gekozen inschrijver voor die post een totaalprijs heeft opgegeven van 42.749,71 euro, terwijl de prijs van de verzoekende partij 100.512,00 euro bedroeg. Het verschil tussen die twee prijzen (57.762,29 euro) is groter dan het verschil tussen de (initiële) offertebedragen van de twee inschrijvers (respectievelijk 1.081.710, 48 euro en 1.114.331,20 euro), zijnde 32.620,72 euro. Ook indien uitgegaan wordt van de offertebedragen “indien gegund”

(respectievelijk 1.124.594,79 euro en 1.165.572,67 euro), blijft het verschil van 57.762,29 euro groter dan het verschil tussen de totale offertebedragen (40.977,88 euro). Post 125 was aldus inderdaad bepalend voor de rangschikking tussen de offertes van de gekozen inschrijver en de verzoekende partij.

Met de verzoekende partij wordt aangenomen dat een abnormaal lage prijs voor die post had kunnen leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

26.2. De verzoekende partij voert twee redenen aan waarom de abnormaal laag lijkende prijs voor post 125 niet verantwoord zou kunnen worden.

De eerste reden is dat de in deze post bedoelde planten- en zitbakken gemaakt moesten worden met op maat gemaakte elementen in geprefabriceerd architectonisch beton, met een heel aparte vorm en een ongelijke breedte. Daarvoor zou een algemene aannemer een beroep moeten doen op een gespecialiseerde onderaannemer.

De tweede reden is dat de toegang tot de werfzone, zijnde de speelplaats, zeer beperkt was, namelijk een deuropening van 1,64 m op 2,2 m aan de straatzijde. Om de elementen in architectonisch beton ter plaatse te krijgen, moest derhalve gebruikgemaakt worden van een mobiele kraan die de elementen over het gebouw zou tillen. Het gebruik van een dergelijke kraan heeft een kostenverhogend effect.

26.3. Als argument voor het aanvaarden van de normaliteit van de prijs voor post 125, voert de verwerende partij in haar memorie van antwoord in de eerste plaats aan dat de gekozen inschrijver over een eigen atelier beschikt. Zij verwijst daarvoor naar hetgeen haar architect daarover al in het kader van de annulatieprocedure had verklaard, en haalt daarnaast een schrijven aan van de gekozen inschrijver van 12 oktober 2020, waarin deze bevestigt de bekistingsmallen voor de elementen in beton te maken in zijn eigen schrijnwerkatelier. Voorts voert de verwerende partij aan dat de gekozen inschrijver wel degelijk “een kraan” heeft ingezet, welke hij evenwel gebruikt

heeft voor het verplaatsen van méér materialen dan enkel die welke betrekking hebben op post 125. De kosten voor de kraan moesten volgens artikel 02.82 van het technisch bestek opgenomen worden onder de subposten van post 1 (artikel 2: ‘bouwplaatsvoorzieningen – algemeen’) en niet aangerekend worden op een individuele concrete post. De kosten voor de kraan moesten dus niet aangerekend worden onder post 125.

In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij die argumentatie. In verband met het gebruik van een kraan preciseert zij dat tijdens de uitvoering van de werken is gebleken dat de gekozen inschrijver slechts één kraan gebruikte, namelijk een mobiele kraan. Naar aanleiding van de argumenten die de verzoekende partij op basis van foto’s van de inmiddels geplaatste plantenbakken/zitbanken in haar memorie van wederantwoord heeft aangevoerd, repliceert de verwerende partij dat de verzoekende partij voor post 125 “allerhande vereisten schijnt te lezen in het bestek die daar helemaal niet in staan”. Met name legde het bestek volgens haar niet het gebruik van architectonisch beton op, maar was ook stortklaar beton toegestaan. Voorts voert zij aan dat uit de tekeningen bij het bestek geenszins volgt dat de elementen uit één stuk moesten worden geproduceerd.

26.4. Het komt de Raad van State niet toe om zelf uit te maken of de door de gekozen inschrijver aangeboden eenheidsprijs voor de plantenbakken/zitbanken al dan niet een normale prijs was. Hij dient wel na te gaan of de verwerende partij, indien zij ten tijde van de beoordeling van de offertes een prijsverantwoording zou hebben gekregen, die verantwoording noodzakelijk aanvaard zou hebben, dan wel of er een kans bestond dat zij die prijsverantwoording niet aanvaard zou hebben, en hoe groot die kans dan was. De Raad benadrukt dat hij in dit kader geen oordeel heeft uit te spreken over de vraag of de gekozen inschrijver de opdracht al dan niet volgens het bestek heeft uitgevoerd. Het is de kans van de verzoekende partij op het krijgen van de opdracht, zoals die bestond op het ogenblik dat de litigieuze gunningsbeslissing werd genomen, die bepaald moet worden. Dit belet echter niet dat de Raad, voor het bepalen van die kans, rekening mag houden met gegevens die nadien aan het

licht zijn gekomen, zoals bijvoorbeeld gegevens die te maken hebben met de wijze waarop de opdracht effectief is uitgevoerd.

In zoverre de verzoekende partij subsidiair om de aanstelling van een deskundige verzoekt, wordt dat verzoek verworpen. De Raad van State heeft geen deskundig verslag over de uitvoering van de opdracht nodig om tot een beslissing in de voorliggende zaak te kunnen komen.

Te dezen stelt de Raad van State vast dat het technisch bestek onder artikel 91.11 ('elementen beton – planten- en zitbak / op maat') bepaalt dat de betonelementen uitgevoerd moeten worden "in geprefabriceerd gewapend beton, architectonisch glad". Onder dat punt wordt in verband met het "materiaal" weliswaar melding gemaakt van zowel "stortklaar beton" als "zichtbeton". Het is echter duidelijk dat het "zichtbeton" bedoeld is voor het zichtbare gedeelte van de planten- en zitbakken. Dat zichtbeton moet volgens het voornoemde artikel beantwoorden aan de vereisten die in artikel 26.12.30 van het technisch bestek zijn bepaald. Dit laatste artikel heeft betrekking op "architectonisch beton". De Raad van State leidt uit één en ander af dat de zichtbare elementen van de planten- en zitbakken wel degelijk uit architectonisch beton moesten bestaan.

Vertrekkend van dit gegeven kan er redelijkerwijze getwijfeld worden aan het realistisch karakter van de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs. Volgens artikel 26.12.30 van het technisch bestek moeten, zoals de verzoekende partij benadrukt, de elementen in architectonisch beton "vervaardigd worden door daartoe gespecialiseerde vaklui in een fabrieksgebouw, in overdekte omstandigheden en onder een permanente controle". Het argument van de verwerende partij dat de gekozen inschrijver over een eigen "schrijnwerkatelier" beschikt, lijkt niet te volstaan als verantwoording van de abnormaal laag lijkende prijs.

Zonder dat het nodig is om in te gaan op de betwisting tussen de partijen in verband met het gebruik van een mobiele kraan en het al dan niet aanrekenen van de kost ervan in post 125 (zie ook hierna, overweging 27.2),

neemt de Raad van State op grond van het voorgaande aan dat er wel degelijk een ernstige kans was dat de verwerende partij, indien zij een zorgvuldig prijsonderzoek had uitgevoerd, alleen al omwille van de eisen gesteld aan het architectonisch beton, had moeten concluderen dat de gekozen inschrijver het vermoeden van abnormaliteit van de prijs voor post 125 niet had kunnen wegnemen.

Anders dan de verzoekende partij aanvoert, kan thans echter niet gezegd worden dat de verwerende partij “geen andere keuze zou hebben gehad” dan de offerte van de gekozen inschrijver als onregelmatig te weren. Het is immers niet geweten welke verantwoording de gekozen inschrijver had kunnen geven voor de door hem opgegeven prijs voor een uitvoering van de plantenbakken/zitbakken in architectonisch beton en overeenkomstig de eisen van het bestek en de daarbij horende plannen.

De Raad van State concludeert dat uit de grieven van de verzoekende partij in verband met post 125 niet afgeleid kan worden dat haar kans op het krijgen van de opdracht op hoger dan 50 % geschat moet worden.

26.5. De grieven van de verzoekende partij in verband met de prijzen voor de posten 4 en 124 leiden evenmin tot de conclusie dat haar kansen groter zouden zijn dan 50 %. Zonder dat het nodig is de grieven van de verzoekende partij en de verweermiddelen van de verwerende partij te herhalen, is de Raad van State van oordeel dat beide partijen argumenten kunnen doen gelden, die niet *prima facie* ongegrond zijn. Die argumenten laten niet toe met zekerheid te besluiten dat de verwerende partij, in geval van bevraging van de gekozen inschrijver, diens eenheidsprijzen abnormaal laag zou hebben verklaard.

27. De Raad van State stelt vervolgens vast dat de partijen het erover eens zijn dat, als dezelfde, aanvankelijk gehanteerde criteria worden toegepast op de offerte van de verzoekende partij, de prijzen van drie posten abnormaal leken. Het betreft de posten 1, 14 en 28. De prijs voor post 1 leek abnormaal laag, de prijzen voor de posten 14 en 28 leken abnormaal hoog.

27.1. De verwerende partij heeft in het verslag van nazicht van de offertes geen onregelmatigheid in de offerte van de verzoekende partij vastgesteld. Zij heeft de offerte van de verzoekende partij integendeel uitdrukkelijk als regelmatig beschouwd.

De Raad herinnert eraan dat een verwerende partij zich in beginsel niet voor het eerst in een procedure voor de Raad op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij kan beroepen, als deze niet in de gunningsbeslissing werd opgemerkt. Een dergelijke exceptie wordt, in het kader van een beroep tot vernietiging van een gunningsbeslissing, slechts aangenomen wanneer ze voor de Raad een onbetwistbaar karakter heeft.

Ook in het kader van een vordering tot schadevergoeding kan dit beginsel worden toegepast, minstens in een geval waarin, zoals te dezen, de onwettigheid die aan de vordering ten grondslag ligt erin bestaat dat de aanbestedende overheid geen zorgvuldig prijsonderzoek heeft uitgevoerd. De aanbestedende overheid moet in een dergelijk geval de gevolgen dragen van het feit dat zij de prijzen van de teleurgestelde inschrijver, evenmin als die van de gekozen inschrijver, op hun normaliteit heeft onderzocht. De verwerende partij kan hieraan slechts ontsnappen als zij kan aantonen dat de offerte van de verzoekende partij onbetwistbaar als onregelmatig beschouwd zou zijn geworden.

27.2. In zoverre de verwerende partij thans aanvoert dat de prijs van de verzoekende partij voor post 1 (artikel 2: ‘bouwplaatsvoorzieningen – algemeen’) abnormaal laag was, antwoordt de verzoekende partij dat de door de architect geraamde prijs voor deze post (50.000 euro) nog lager was dan de prijs die zijzelf had opgegeven (52.850 euro). Haar prijs bleef wel dicht bij de geraamde prijs, terwijl de prijzen van de andere inschrijvers ruim daarboven lagen. De verzoekende partij leidt daaruit af dat de andere inschrijvers eerder abnormaal hoge prijzen hebben aangeboden dan dat zij een abnormaal lage prijs zou hebben aangeboden. Als verklaring voor het grote prijsverschil oppert de verzoekende partij dat de andere inschrijvers de kosten voor het gebruik van een bouwkraan allicht –verkeerdelijk – hebben ingecalculeerd in post 1, terwijl zij die kosten – overeenkomstig artikel 02.82 van het technisch bestek, gelezen in

samenhang met artikel 02.00 daarvan – verdeeld heeft over de eenheidsprijzen, en dus niet aangerekend heeft in post 1.

De verwerende partij betwist de interpretatie die de verzoekende partij geeft aan de artikelen 02.00 en 02.82 van het technisch bestek. Volgens haar volgt uit die bepalingen dat de kosten van hulpmiddelen voor het hijsen en heffen van lasten, waaronder de bouwkraan en ook de mobiele kraan, wel degelijk moesten worden inbegrepen in post 1. Zelfs indien dat niet vereist zou zijn, dan nog zou het grote prijsverschil tussen de prijs van de verzoekende prijs voor post 1 (52.850,00 euro) en de prijzen van de andere inschrijvers voor die post (gaande van 91.620,74 euro tot 112.068,03 euro) niet verklaard kunnen worden, en zou het vermoeden van abnormaliteit dus niet weggenomen worden.

Ook wat dit geschilpunt betreft, is de Raad van State van oordeel dat beide partijen argumenten kunnen doen gelden, die niet *prima facie* ongegrond zijn. Die argumenten laten niet toe te concluderen dat het thans onbetwistbaar is dat de verwerende partij, in geval van een zorgvuldig prijsonderzoek, de prijs van de verzoekende partij voor post 1 als abnormaal laag zou beschouwen.

27.3. In zoverre de verwerende partij thans aanvoert dat de prijzen van de verzoekende partij voor de posten 14 (artikel 10.13: ‘voorafgaande afgraving terrein – machinale nivellering’) en 28 (artikel 26.11.12: ‘materialen – wapening/staven en netten – netten’) abnormaal hoog waren, antwoordt de verzoekende partij dat er geen enkele reden is waarom haar prijzen, hoewel hoog in vergelijking met de prijzen van sommige andere inschrijvers, niet aannemelijk geacht konden worden. Zij voert bovendien aan dat het weinig waarschijnlijk is dat de verwerende partij haar offerte zou hebben geweerd op grond van zagezegd abnormaal hoge prijzen: “Middels een abnormaal hoge prijszetting doet een inschrijver zich namelijk geen concurrentieel voordeel (wel integendeel) terwijl, indien de aanbestedende overheid de offerte zou weren omdat zij voor één of twee posten mogelijks teveel zou betalen, zij dan voor de uitvoering van haar opdracht in totaal meer zou hebben moeten betalen, nu zij bij gering zou moeten gunnen aan een andere, duurdere inschrijver.”

De verwerende partij antwoordt dat het aan de verzoekende partij staat om een verantwoording te geven voor de door haar aangeboden prijzen, die in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers abnormaal hoog leken. Volgens de verwerende partij voert de verzoekende partij daartoe geen enkel gegeven aan. In verband met de bewering van de verzoekende partij als zou het absurd zijn voor een aanbestedende overheid om een opdracht te weren op grond van abnormaal hoge eenheidsprijzen, om de opdracht dan te gunnen aan een inschrijver met een hogere totaalprijs, voert de verwerende partij aan dat zij een opdracht eenvoudigweg niet had mogen gunnen aan een inschrijver die in zijn offerte een abnormale prijs aanbiedt, of dat nu een abnormaal lage of een abnormaal hoge prijs is.

De Raad van State herhaalt dat de verwerende partij, die aanvoert dat de prijzen in de offerte van de verzoekende partij abnormaal waren, de bewijslast draagt voor het aantonen dat de abnormaliteit onbetwistbaar was. Daarvoor is meer vereist dan er enkel op te wijzen dat de verzoekende partij, die niet de bewijslast ter zake draagt, geen elementen aanvoert tot staving van het normaal karakter van haar prijzen. De Raad kan enkel vaststellen dat de verwerende partij niet slaagt in haar bewijslast.

27.4. De Raad van State concludeert dat uit de argumenten van de verwerende partij in verband met de posten 1, 14 en 28 van de offerte van de verzoekende partij niet afgeleid kan worden dat de kans van de verzoekende partij op het krijgen van de opdracht op lager dan 50 % geschat moet worden.

28. Gelet op al wat voorafgaat, wordt de kans van de verzoekende partij op het krijgen van de opdracht naar billijkheid begroot op 50 %.

De schade die voor vergoeding in aanmerking komt, bedraagt dienvolgens 50 % van de winst die de verzoekende partij had kunnen maken op het bedrag van haar offerteprijs zoals nagerekend door de verwerende partij. Het bedrag van de schadevergoeding bedraagt dus 1.114.331,20 euro, BTW niet inbegrepen, x 10 % x 50 %, dit wil zeggen 55.716,56 euro.

VI. 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 26 juli 2017.

30. De verzoekende partij heeft recht op vergoedende intresten vanaf 26 juli 2017, 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 het AG Stedelijk Onderwijs Antwerpen tot betaling van een schadevergoeding aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock ten bedrage van 55.716,56 euro, te vermeerderen met de wettelijke intrestvoet vanaf 26 juli 2017 tot aan de volledige betaling van het voornoemde bedrag.

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 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

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

Paul Lemmens,
Stephan De Taeye,
Patricia De Somere,

kamervoorzitter,
staatsraad,
staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens