

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 261.484 van 26 november 2024
in de zaak A. 235.942/XIV-39.489**

In zake : de BV P.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Jean Van den Bergh
 kantoor houdend te 1300 Dilbeek
 Kaudenaardestraat 13
 bij wie woonplaats wordt gekozen

 tegen:

 de GEMEENTE ERPE-MERE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Wim Rasschaert
 kantoor houdend te 9620 Zottegem
 Gentse Steenweg 323
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Flora Wauters
 kantoor houdend te 9770 Kruisem
 Simaeyzestraat 4

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 maart 2022, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Erpe-Mere dd. 18 januari 2022 waarbij beslist werd dat de verbouwing van de benedenverdieping AC-Steenberg, gegund werd ‘aan de economisch meest voordelige regelmatige bieder (op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding), zijnde [een derde] tegen het nagerekende offertebedrag van 311.177,45 euro excl. btw of 376.524,71 euro incl. 21% btw.’”

 De verzoekende partij vordert in haar verzoekschrift tevens een schadevergoeding tot herstel.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bernadette Van Lidth en Marie Poisquet, die *loco* advocaat Jean Van den Bergh verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Op 16 juni 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Erpe-Mere om een overheidsopdracht voor diensten

uit te schrijven voor het ‘aanstellen van een ontwerper voor de renovatie- en aanpassingswerken in een deel van het administratief centrum Steenberg’.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

De inhoud van de opdracht van de ontwerper wordt in het voormelde besluit van 16 juni 2020 als volgt toegelicht:

“- Opmeting van de bestaande toestand (de plannen van het gebouw zijn beschikbaar);

- Opstellen van de conceptnota;

De conceptnota bevat onder meer volgende aandachtspunten:

o Het nieuwe onthaalconcept moet geïntegreerd worden in de bestaande ruimte;

o Uw visie voor een functionele inrichting van de ruimte;

o Beschrijf hoe uw ontwerp aandacht heeft voor functionaliteit en gebruiksvriendelijkheid;

o Beschrijf hoe uw ontwerp inspeelt op een optimale toegankelijkheid en veiligheid;

o Korte beschrijving aan te wenden technieken (o.a. verwarming, sanitair, ventilatie, ICT en elektriciteit...). De huidige toestand van de technieken dient zoveel mogelijk behouden te blijven.

- Opmaken van een schetsontwerp;

- Verfijning van het schetsontwerp tot definitief ontwerp;

Na de definitieve gunning op basis van het schetsontwerp en de conceptnota, zal de ontwerper verder verfijnen om tot een voorontwerp en een definitief ontwerp te komen. De ontwerper legt het voorontwerp voor aan de bouwheer. De bouwheer zal opmerkingen formuleren ter verfijning of verbetering van het voorontwerp. De ontwerper houdt hiermee rekening en past zijn voorontwerp aan binnen de 30 dagen na ontvangst van de opmerkingen. Indien dit uiteindelijk niet leidt tot een aanvaardbaar ontwerp en aanvaardbare uitvoeringsdocumenten kan de aanbestedende overheid de opdracht van de ontwerper beëindigen zonder hiervoor vergoedingen te moeten betalen.

Bij het indienen van een conceptnota en schetsontwerp die beantwoorden aan de inhoud van de opdracht wordt een vergoeding van 250 euro (incl. btw) betaald.

Na het aanstellen van de ontwerper wordt verwacht:

- Opmaken van het bestek en organiseren van de aanbesteding der werken;

- Opmaken van het aanbestedingsverslag ten behoeve van het opdrachtgevend bestuur;

- Onderzoeken en aanvragen van vergunningen en subsidies;

- Opvolgen van de uitvoering der werken rekening houdende met het bijwonen van één wekelijkse werfvergadering (incl. opmaken werfverslagen, opvolgen en controleren vorderingsstaten);

- Organiseren en opmaken van de processen-verbaal van de voorlopige en definitieve oplevering der werken, inclusief eindafrekening;
- Uitvoeren van de veiligheidscoördinatie.”

3.2. Vijf ondernemingen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen, maar enkel B. dient een offerte in, waarna het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij op 11 augustus 2020 beslist om de opdracht te gunnen aan B., de enige inschrijver. Volgens de verwerende partij is B. de commerciële benaming van zowel de bv F. als van de bv B.C.. Beide vennootschappen hebben twee dezelfde bestuurders.

3.3. Op 25 mei 2021 beslist de gemeenteraad van de verwerende partij om een overheidsopdracht voor werken uit te schrijven met als voorwerp ‘Verbouwen benedenverdieping AC Steenberg – eerste fase’ en tot vaststelling van het bestek.

De opdracht wordt geraamd op 313.013,00 euro (btw niet inbegrepen) en nationaal bekendgemaakt.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de openbare procedure.

3.4. Met een e-mailbericht van 11 juni 2021 deelt de aangestelde ontwerper aan de verwerende partij mee dat de bv B.C. aan de opdracht zal kunnen deelnemen ook al heeft de bv F. het ontwerp gemaakt en de opdracht mee uitgeschreven, op voorwaarde dat de aangestelde ontwerper niet deelneemt aan de beoordeling van de offertes om onpartijdigheid te kunnen garanderen.

Met een e-mailbericht van 14 juni 2021 deelt de verwerende partij mee dat de aangestelde ontwerper niet zomaar eenzijdig de omschrijving van de aan hem gegunde opdracht kan wijzigen, waarna de aangestelde ontwerper meedeelt dat het na intern overleg het beste lijkt om zelf geen kandidatuur in te dienen en het vervolg van de ontwerpopdracht aan het gemeentebestuur “terug te geven”.

3.5. Op 19 juli 2021 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.6. Het op de opdracht van toepassing zijnde bestek ‘herinrichting benedenverdieping administratief centrum volgens nieuw dienstverleningsconcept. Fase 1’ vermeldt als ontwerper de bv F.

Het bestek bepaalt als gunningscriteria: (i) prijs (60 punten), (ii) kwaliteit (30 punten) en (iii) esthetische waarde (10 punten).

Het gunningscriterium esthetische waarde wordt als volgt omschreven:

“Alle onderdelen van werken tot meubilair moeten volledig [...] beantwoorden aan de look & feel van het concept. Het is niet toegestaan af te wijken van het concept/ontwerp. Het vast en los meubilair dient te voldoen aan de voorwaarden van het lastenboek. Het los meubilair is voorzien van een guideline waar de inschrijver de meest geschikte producten kan op aanbieden.

Om de esthetische waarde van het voorgestelde meubilair te beoordelen moet de inschrijver stalen en een proefopstelling kunnen bezorgen. De uitnodiging tot beschikbaarstelling van de proefmodellen zal verstuurd worden binnen de 2 weken na opening van de offertes.

De esthetiek en conformiteit met het ontwerp van het losse meubilair zal door een jury beoordeeld worden, waarbij:

- uitstekend: 10 punten
- zeer goed: 8 punten
- goed: 6 punten
- concept: 4 punten
- slecht: 2 punten
- zeer slecht: 0 punten

Gelijke beoordeling geeft dezelfde punten.

[...]”.

Luidens het bestek worden vrije varianten en vrije opties niet toegelaten en zijn er geen vereiste of toegestane opties voorzien.

Punt I.15 van het bestek voorziet tevens in een proefopstelling “ter controle op conformiteit en als beoordeling van de gunningscriteria”.

In deel III ‘Technische bepalingen’ van het bestek wordt het concept onder punt III.1.2. als volgt omschreven:

“Het concept en ontwerp bepalen de look & feel van de herinrichting van dit nieuw dienstverleningsconcept.

Het concept vertrekt vanuit de slogan ‘natuurlijk verbonden’. Het principe draait rond verbinding maken en uit zich in organische vormen in het concept. De onthaalbalie en themabalies maken vloeiende bewegingen in organische vormen. Dit concept zorgt voor de nodige privacy en is praktisch opgebouwd voor de bezoekers en de medewerkers. Er zijn staande balies, zitbalies en zit/sta mogelijkheid voor de werkplekken voorzien.

De nieuwe inrichting heeft een uitnodigend karakter. De eyecatcher onthaalbalie heet u welkom, waarna de bezoeker weet naar welke dienst hij mag gaan. De houten lamellenwanden die terugkomen in het ontwerp zorgen voor afscheiding, maar tegelijkertijd ook voor visuele verbinding tussen diensten. De ruimte zal visueel open blijven, rust uitstralen en akoestisch comfort bieden.”

Punt III.2.1. van de technische bepalingen bevat onder meer de volgende algemene technische beschrijving:

“De opdracht omvat de totale uitvoering van de herinrichting van een nieuw dienstverleningsconcept in het gemeentelijk administratief centrum Steenberg. Op basis van een programma van eisen en technische voorwaarden, zal een prijsofferte en inventaris voorgelegd worden. De voorgestelde materialen moeten beantwoorden aan de minimumeisen van de opdrachtgever. Het voorgestelde meubilair moet passen binnen het aangeleverde concept. [...]”.

Wat het “los meubilair” betreft, zijn de volgende technische bepalingen van het bestek relevant:

“Backoffice dienst bevolking

Er moeten werkplekken voor 6 medewerkers en 1 diensthoofd voorzien worden. De werkplekken moeten optimaal het werkcomfort ondersteunen door rekening te houden met de nodige ergonomische en akoestische vereisten voor werkplekinrichting.

Elke collega heeft een vaste werkplek met mogelijkheid van persoonlijke dossieropslag.

Het is tevens de keuze om voor alle medewerkers staand werken aan te bieden d.m.v. elektrische instelmogelijkheden. Elke werkplek moet voorzien zijn van de nodige kabeldoorvoeren, kabelgoten en monitorarm. Tussen aaneensluitende tafels worden akoestische panelen voorzien.

[....]

Backoffice dienst IT

Er moeten werkplekken voor 2+1 medewerkers voorzien worden. De werkplekken moeten optimaal het werkcomfort ondersteunen door rekening te houden met de nodige ergonomische en akoestische vereisten voor werkplekinrichting.

Het is tevens de keuze om voor alle collega's staand werken aan te bieden d.m.v. elektrische instelmogelijkheden. Elke werkplek moet voorzien zijn van de nodige kabeldoorvoeren, kabelgoten, monitorarmen. Tussen aaneensluitende tafels worden akoestische panelen voorzien.

[...]

69: Akoestische tussenwanden gemonteerd op bureaublad – hoogte instelbaar L180 x +/- H 60cm

Hoeveelheid: 10,000, Eenheid: stuk – VH

Alle burelen zijn voorzien van hoogte aanpasbare akoestische tussenwandjes. Het betreft dubbelzijdig gestoffeerde akoestische wandjes. Voorzien van 10mm akoestische vulling. De hoogte van het wandje is aanpasbaar. Afmeting van het wandje bedraagt de volledige lengte van het werkblad L180cm.”

3.7. Twee inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de verzoekende partij en de nv R.

In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij wordt vermeld dat zij beroep doet op een onderaannemer. In het begeleidend schrijven bij haar offerte van 30 september 2021 geeft zij aan dat zij voor de inrichting van het vast meubilair (balie, backoffice, ander maatwerk, ...) in dit dossier zal samenwerken met B. uit Duffel.

3.8. Op 13 januari 2022 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld door de technische dienst van de verwerende partij. Wat de uitsluitingsgronden betreft, wordt opgemerkt dat door in te schrijven op de opdracht de inschrijver verklaart zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden als bedoeld in de artikelen 67 tot en met 69 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet 17 juni 2016). Beide inschrijvers worden geselecteerd.

Inzake het regelmatigheidsonderzoek van de offertes worden voor geen van beide inschrijvers substantiële of niet-substantiële onregelmatigheden vastgesteld. Evenmin worden er abnormale prijzen vastgesteld. Beide offertes worden als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet substantieel zijn.

Vervolgens worden de beide offertes getoetst aan de gunningscriteria.

Wat het gunningscriterium prijs betreft, behaalt de verzoekende partij een score van 60 punten, tegenover 57,26 punten voor de andere inschrijver.

Wat het gunningscriterium kwaliteit betreft, behaalt de verzoekende partij 25 punten tegenover 30 punten voor de andere inschrijver.

Wat het gunningscriterium esthetische waarde betreft, behaalt de verzoekende partij 6 punten tegenover 10 punten voor de andere inschrijver. Deze laatste puntenscore wordt als volgt verantwoord:

“De proefopstelling werd duidelijk grondig voorbereid, alle nodige materialen en meubilair werden voorgesteld en bovendien werd er een duidelijke structuur gevolgd. De firma deed uit de doeken op welke manier ze het concept/ontwerp in de praktijk zullen brengen zonder daarbij afbreuk te doen aan het originele concept/ontwerp. Deze oefening werd gemaakt voor diverse onderdelen waarvoor in het concept geen concreet uitvoeringsplan voorzien werd. De leden van de werkgroep ervoeren dit als positief omdat het een goede indruk geeft van de nauwkeurigheid en voorzienigheid die deze kandidaat aan de dag legt.

Het voorgestelde bureaumeubilair van de firma [R.] haalt zowel op esthetisch als praktisch vlak de bovenhand.

Dubbele bureau[s] zijn gebouwd op een gezamenlijk onderstel. De akoestische wanden zijn bevestigd op niet bewegende delen van het frame en niet op het bureaublad.

Dit heeft meerdere voordelen: bij het in de hoogte verstellen schuiven de wanden niet mee, het is mogelijk om monitorarmen te bevestigen aan de achterzijde van het bureaublad en bij het schoonmaken zit de wand niet in de weg.

Het gezamenlijk onderstel biedt meer mogelijkheden om de bekabeling weg te bergen. Het frame kan optioneel ook voorzien worden van een wand waardoor je vanaf de zijkanten niet onder de bureau[s] kan kijken.

De vloerboxen die de nodige aansluitingen zullen herbergen zijn bij beide leveranciers gelijkwaardig. De netbox, die gemonteerd wordt op of onder het bureaublad is bij [R.] superieur aan het voorstel van [P.].

De stoelen werden uitgetest en heel praktisch gevonden dit zowel naar zitcomfort als naar schoonmaak comfort. Door het lichte gewicht en de uitsparing in de rugleuning zijn ze bovendien makkelijk verplaatsbaar met één hand. Dit vormt een groot voordeel voor het poetspersoneel.

De werkgroep ervaart het voorgestelde materiaal voor het realiseren van de wanden met houten lamellen esthetischer dan het voorgestelde materiaal van de andere inschrijver.”

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt de lagere puntenscore voor dit gunningscriterium als volgt verantwoord:

“De proefopstelling werd goed voorbereid daar alle nodige materialen en meubilair werd opgesteld.

Echter werd er geen leiding genomen bij de voorstelling, de materialen en het meubilair werd tentoongesteld waar men vervolgens vragen over kon stellen.

De voorgestelde zaken voldeden allen aan de beschrijvingen van het bestek alsook de look & feel van het uitgewerkte concept werden naadloos gevolgd. Echter de inschrijver gaf de stuurgroep de indruk weinig mee te denken aan de uitwerking en finetuning.

Zo was de stuurgroep minder overtuigd over de voorgestelde bureau[s] en de werking hierbij van 2 tussenwanden, dit maakt bovendien ook de mogelijkheden van de monitorarm beperkt. Ook de stoelen werden uitgetest deze werden wel comfortabel gevonden maar minder praktisch, vooral het gewicht hiervan is zeker naar [het] schoonmaakpersoneel niet ergonomisch.”

Aldus wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv R. als inschrijver met de economisch meest voordelige offerte.

3.9. Op 18 januari 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv R.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 24 januari 2022 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan een andere inschrijver. Nadat zij de verwerende partij hierom heeft verzocht, worden de

gunningsbeslissing en het verslag van nazicht bezorgd aan de verzoekende partij met een e-mailbericht van 31 januari 2022.

IV. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

4.1. In haar memorie van antwoord vraagt de verwerende partij om de offertes van de inschrijvers als vertrouwelijk te behandelen. Zij wijst er daarbij op dat de offertes immers commercieel gevoelige financiële en technische informatie bevatten dewelke niet mag worden verspreid onder derden omdat de openbaarmaking ervan de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers, alsook de eerlijke mededinging tussen ondernemingen zou kunnen schaden.

In haar memorie van wederantwoord, betwist de verzoekende partij dit verzoek om vertrouwelijke behandeling gelet op het door haar in het kader van de middelen aangevoerde gebrek aan transparantie en het gegeven dat er slechts twee indieners zijn.

4.2. Aangezien, zoals hierna zal blijken, het tweede middel dat de verzoekende partij heeft kunnen formuleren zonder inzage van de offerte van de andere inschrijver, in de aangegeven mate gegrond is, dient niet te worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de door de verwerende partij aldus neergelegde stukken.

V. Onderzoek van het tweede middel, tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

5. In een tweede middel voert de verzoekende partij onder meer de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet van 17 juni 2016) en artikel 100 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: koninklijk besluit van 23 januari 2012), “in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel, inzonderheid de behoorlijke en correcte feitenvinding, de informatieplicht en de volledigheid van het dossier waardoor een aanbestedende overheid op een zorgvuldige wijze moet onderzoeken of een offerte niet is

aangetast door een onregelmatigheid zo o.m. abnormale prijs en substantieel onregelmatige offerte.”

In een tweede onderdeel van het tweede middel betoogt de verzoekende partij dat de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van de bepalingen van het bestek waarin gesteld wordt dat de “dubbele bureaus gebouwd [zijn] op een gezamenlijk onderstel. De akoestische wanden zijn bevestigd op niet bewegende delen van het frame en niet op het bureaublad.”

Zij wijst erop dat overeenkomstig de punten I.11 en I.12 van het bestek vrije varianten en vrije opties niet zijn toegelaten en dat overeenkomstig punt I.10 ervan “afwijkingen aan het bestek en het concept uitdrukkelijk uitgesloten worden”. Ook zou de in punt I.15 van het bestek vermelde beoordelingsmethode omtrent de proefopstelling en proefmodellen uitdrukkelijk zowel de controle op de conformiteit met het bestek als de beoordeling van de gunningscriteria vooropstellen.

De verzoekende partij stelt vervolgens dat het bestek, en in het bijzonder de administratieve en technische voorschriften ervan, transparant en met voldoende nauwkeurigheid beschreven moeten zijn.

Te dezen zijn het bestek, alsook de plannen van de ontwerper, volgens haar duidelijk en behoeven zij geen interpretatie omtrent het gevraagde losse meubilair en in het bijzonder de werkplekken/de bureaus.

Ook moet de aanbestedende overheid zowel bij het opstellen van het bestek als bij het onderzoek van de offertes het zorgvuldigheidsbeginsel in acht nemen, dit wil zeggen het bestek met de nodige zorg voorbereiden (informatieplicht) en elke offerte op haar volledigheid onderzoeken. In het licht van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, mag de beoordelingsmethode van de aanbestedende overheid niet tot gevolg hebben dat de gekozen gunningscriteria *a posteriori* worden gewijzigd.

Te dezen heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partij nagelaten om in de bestreden beslissing de conformiteit van de offerte van de gekozen inschrijver met het bestek te onderzoeken. Aangezien de offerte van de gekozen inschrijver niet in overeenstemming is met het bestek en substantieel onregelmatig, had de verwerende partij deze offerte nietig moeten verklaren en de opdracht aan haar moeten gunnen.

De verwerende partij geeft volgens de verzoekende partij tevens geen aantoonbare redenen aan voor haar *a posteriori* gewijzigde beoordelingsmethodiek.

6. In haar memorie van antwoord wijst de verwerende partij er op dat niet de bepalingen van het koninklijk besluit van 23 januari 2012, maar wel van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) van toepassing zijn.

Wat het tweede onderdeel van het tweede middel betreft, verwijst de verwerende partij naar de beoordeling van de beide offertes in het verslag van nazicht wat het gunningscriterium esthetische waarde betreft.

Te dezen doet zich volgens de verwerende partij een bijzondere problematiek voor aangezien de verzoekende partij in haar offerte een beroep doet op een zustervenootschap van de onderneming die door de verwerende partij werd aangesteld als ontwerper, waarbij de beide vennootschappen ook dezelfde bestuurders hebben.

In dat verband wijst de verwerende partij er in de eerste plaats op dat uit artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 volgt dat het verboden is om technische bepalingen en vereisten op maat van één welbepaalde inschrijver in een bestek op te nemen. De technische bepalingen van het toepasselijke bestek, zoals opgesteld door de ontwerper, blijken echter dermate specifiek te zijn dat enkel kan worden vastgesteld dat ze op maat van één enkele inschrijver werden geschreven,

met name de bv B.C., zuster vennootschap van de ontwerper. Het door de ontwerper finaal aangeleverde bestek zou ook ongewijzigd door de verwerende partij zijn aangenomen en bekendgemaakt.

Ook doet zich volgens de verwerende partij een situatie van belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, van de wet van 17 juni 2016 voor. Hoewel de ontwerper zich bewust was van het feit dat de eventuele deelname van diens zuster vennootschap aan de onderhavige opdracht een probleem van belangenvermenging kon opleveren en de bestuurder van de ontwerper en diens zuster vennootschap meegedeeld heeft “zelf geen kandidatuur te zullen indienen”, blijkt de betrokken zuster vennootschap toch ingeschreven te hebben voor de opdracht, weliswaar als onderaannemer van de verzoekende partij. Dit werd volgens de verwerende partij ook mondeling bevestigd door de zaakvoerder van de verzoekende partij tijdens de proefopstelling. Zij licht toe dat zij overeenkomstig artikel 6 van de voormelde wet dan ook maatregelen diende te nemen ten einde de vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van de verschillende inschrijvers te verzekeren. Zij geeft aan dat zij overeenkomstig artikel 69 van de wet van 17 juni 2016 inzake de facultatieve uitsluitingsgronden ervoor had kunnen kiezen om de verzoekende partij van deelname aan de opdracht uit te sluiten. Niettemin was zij de mening toegedaan dat het belangenconflict door minder ingrijpende maatregelen dan de uitsluiting van de verzoekende partij en haar onderaannemer kon worden opgelost. Zij betoogt dat zij om die reden naar aanleiding van de proefopstelling “de in het bestek opgenomen technische voorschriften van het los meubilair [...] dan ook niet op de letter [heeft] gevolgd, maar is [...] nagegaan wat de beste opties waren rekening houdend met technische noden van de verwerende partij”.

De belangrijkste technische noden inzake de werkplekken/bureaumeubelen van de medewerkers waren/zijn volgens haar de volgende:

“- Gelet op de beschikbare ruimte moet het gaan om dubbele of aaneensluitende bureaumeubelen waarbij de medewerkers recht tegen over elkaar zitten of staan,

- Tussen alle werkplekken moeten er in de hoogte aanpasbare akoestische tussenwanden aanwezig zijn,
- De werkplekken moeten optimaal het werkcomfort ondersteunen door rekening te houden met de nodige ergonomische en akoestische vereisten van de werkplek.”

Dat de dubbele bureaus gebouwd zijn op een gezamenlijk onderstel en de in de hoogte verstelbare akoestische tussenwanden bevestigd zijn op de niet bewegende delen van het frame en niet op het bureaublad zoals het geval is bij de offerte van de gekozen inschrijver komt volgens de verwerende partij minstens op identieke, en zelfs op betere wijze, tegemoet aan haar noden.

De verwerende partij merkt ook op dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift de bevindingen van de proefopstelling, waaruit blijkt dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde bureaumeubelen superieur zijn aan de door de verzoekende partij voorgestelde oplossingen, op geen enkele wijze betwist. Evenmin betwist zij de vaststelling van de verwerende partij dat het concept/ontwerp voorgesteld door de gekozen inschrijver op geen enkele wijze afbreuk doet aan het origineel concept/ontwerp.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord de gegrondheid van de vordering erkent, minstens bewijst, wat de aangevoerde schending van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 betreft. De verwerende partij stelt immers voor het eerst in het kader van het voorliggende annulatieberoep, dat haar eigen bestek discriminerende technische specificaties bevat gezien zij een bepaalde leverancier zouden bevoordelen. Ook stelt de verwerende partij voor het eerst in haar memorie van antwoord dat zij naar aanleiding van de proefopstelling de in het bestek opgenomen technische voorschriften van het los meubilair “niet op de letter gevolgd [is] maar is [...] nagegaan wat de beste opties waren rekening houdend met de technische noden van de verwerende partij”. De zuiver subjectieve feitelijkheden die de verwerende partij aanhaalt zijn volgens de verzoekende partij niet enkel strijdig met het bestek, maar ook niet dienend. Zij wijzen er enkel op dat de verwerende partij reeds voor de gunning van de opdracht en aanvang van de bouwwerken een geschil had met haar ontwerper.

De verzoekende partij doet voorts gelden dat het bestek als ontwerper de bv F., en dus niet B. of de bv B.C., vermeldt en dat zij enkel op zoek is gegaan naar los meubilair dat beantwoordt aan de in het bestek omschreven technische specificaties en waarvan uitdrukkelijk gesteld wordt dat er niet van mag worden afgeweken. De gevonden oplossingen en gegevens van producenten heeft zij dan bij haar inschrijving gevoegd. In de mate dat in haar offerte verwezen wordt naar de firma B., betreft het volgens haar louter een leverancier van meubilair en geen onderaannemer. Ook de bv B.C. is geen inschrijver, noch onderaannemer van de verzoekende partij. Zij merkt ook op dat uit de opdrachtdocumenten geen band bleek tussen de ontwerper en de betrokken leverancier en dat de verwerende partij, ook nadat zij was ingelicht over de beoogde leverancier van de verzoekende partij, geen probleem heeft gemeld, noch actie heeft ondernomen.

Integendeel heeft de verwerende partij de plaatsingsprocedure verdergezet waarbij zij *a posteriori* haar technische noden zoals omschreven in het bestek bijstelt om de opdracht alsnog te kunnen gunnen aan de andere inschrijver. Dat blijkt volgens de verzoekende partij ook uit de splitsing van de opdracht: de bestreden gunning voor de zogenaamde Fase 1 en vervolgens, zonder enige openbaarheid, het gunnen van bijkomende opdrachten aan deze andere inschrijver zoals blijkt uit het bestreden besluit zelf en de agenda van de gemeenteraad van 6 september 2022.

De vraag of het door de andere inschrijver voorgestelde meubilair al dan niet van superieure kwaliteit is, is volgens de verzoekende partij niet relevant in het kader van de beoordeling van het middel. Wel relevant is dat het voorgestelde meubilair objectief gezien niet conform is met de technische eisen van het bestek, hetgeen door de verwerende partij ook wordt erkend.

8. In haar laatste memorie volhardt de verwerende partij in de argumentatie zoals uiteengezet in haar memorie van antwoord.

Beoordeling

9. Een loutere vergissing in de verwijzing en omschrijving van de rechtsregel leidt op zich niet tot de verwerping van het middel indien, zoals te dezen, deze vergissing niet verhindert om de bepaling te identificeren, wanneer deze niet tot gevolg heeft dat het middel onjuist of onduidelijk is en wanneer deze vergissing geen nadeel toebrengt aan de rechten van verweer van de verwerende partij. Aangezien de opdracht zich situeert in de klassieke sectoren, moet de aangevoerde schending van artikel 100 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012, dat geldt voor opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, worden begrepen als de schending van het corresponderende artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017). Voorts is door deze vergissing het middel niet onjuist of onduidelijk en gelet op het gevoerde verweer, heeft deze vergissing geen nadeel toegebracht aan het recht van verweer van de verwerende partij.

Het onderdeel van het middel wordt derhalve in het licht van de laatstgenoemde bepaling onderzocht.

10. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 dienen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en dienen zij op een transparante en proportionele wijze te handelen. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt onder meer dat degenen die voor de toewijzing van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

Luidens artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes en kan de Koning daartoe de bijkomende nadere regels bepalen.

Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit 18 april 2017 bepaalt dat een offerte ‘substantieel’ of ‘niet substantieel’ onregelmatig kan zijn. Een substantiële onregelmatigheid is onder meer, volgens artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, “de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten”. Artikel 76, § 3, bepaalt dat wanneer zoals te dezen gebruik wordt gemaakt van een openbare procedure, de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart.

Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om te interpreteren of een afwijking de niet-naleving betreft van een minimale eis of een vereiste dat als substantieel wordt aangemerkt in de opdrachtdocumenten waarbij het evenwel de Raad van State toekomt te onderzoeken of de aanbestedende overheid aan die begrippen zijn juiste draagwijdte en betekenis heeft gegeven.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen.

11. In het op de opdracht toepasselijke bestek wordt, weliswaar in het kader van de omschrijving van het gunningscriterium “esthetische waarde”, opgemerkt dat “[a]lle onderdelen van werken tot meubilair [volledig] moeten [...] beantwoorden aan de look & feel van het concept. Het is niet toegestaan af te wijken van het concept/ontwerp. Het vast en los meubilair dient te voldoen aan de voorwaarden van het lastenboek.” Daarbij wordt ook aangekondigd dat de esthetiek en conformiteit met het ontwerp van het losse meubilair door een jury zal worden beoordeeld in overeenstemming met de in het bestek aangekondigde puntenschaal.

Het concept waarnaar in de voormelde omschrijving wordt verwezen, wordt omschreven onder punt III.1.2. van de technische bepalingen van het bestek. Daarnaast wordt onder punt III.2.1. ervan verwezen naar een programma van eisen en technische voorwaarden waarbij “[d]e voorgestelde materialen moeten beantwoorden aan de minimumeisen van de opdrachtgever. Het voorgestelde meubilair moet passen binnen het aangeleverde concept.”.

Wat het te leveren “los meubilair” betreft, bepaalt het bestek onder meer:

“Backoffice dienst bevolking

Er moeten werkplekken voor 6 medewerkers en 1 diensthoofd voorzien worden. De werkplekken moeten optimaal het werkcomfort ondersteunen door rekening te houden met de nodige ergonomische en akoestische vereisten voor werkplekinrichting.

Elke collega heeft een vaste werkplek met mogelijkheid van persoonlijke dossieropslag.

Het is tevens de keuze om voor alle medewerkers staand werken aan te bieden d.m.v. elektrische instelmogelijkheden. Elke werkplek moet voorzien zijn van de nodige kabeldoorvoeren, kabelgoten en monitorarm. Tussen aaneensluitende tafels worden akoestische panelen voorzien.

[...]

Backoffice dienst IT

Er moeten werkplekken voor 2+1 medewerkers voorzien worden. De werkplekken moeten optimaal het werkcomfort ondersteunen door rekening te houden met de nodige ergonomische en akoestische vereisten voor werkplekinrichting.

Het is tevens de keuze om voor alle collega’s staand werken aan te bieden d.m.v. elektrische instelmogelijkheden. Elke werkplek moet voorzien zijn van de nodige kabeldoorvoeren, kabelgoten, monitorarmen. Tussen aaneensluitende tafels worden akoestische panelen voorzien.

[...]

69: Akoestische tussenwanden gemonteerd op bureaublad – hoogte instelbaar L180 x +/- H 60cm

Hoeveelheid: 10,000, Eenheid: stuk – VH

Alle burelen zijn voorzien van hoogte aanpasbare akoestische tussenwandjes. Het betreft dubbelzijdig gestoffeerde akoestische wandjes. Voorzien van 10mm akoestische vulling. De hoogte van het wandje is aanpasbaar. Afmeting van het wandje bedraagt de volledige lengte van het werkblad L180cm.”

12. Dat de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van de voormelde technische bepalingen van het bestek in de mate dat de dubbele bureaus

gebouwd zijn op een gezamenlijk onderstel en de in de hoogte verstelbare akoestische tussenwanden zijn bevestigd op de niet bewegende delen van het frame en niet op het bureaublad, wordt door de verwerende partij niet betwist. Zij bevestigt in haar memorie van antwoord ook dat zij “de in het bestek opgenomen technische voorschriften van het los meubilair [...] niet op de letter [heeft] gevolgd, maar is [...] nagegaan wat de beste opties waren rekening houdend met technische noden van de verwerende partij”.

13. Nergens uit het verslag van nazicht of de overige stukken van het administratief dossier blijkt echter dat de verwerende partij heeft vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver op de voormelde punten afwijkt van de voormelde technische voorschriften in het bestek. Meer nog, het verslag van nazicht, waar de bestreden beslissing op steunt, vermeldt inzake het regelmatigheidsonderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver zelfs uitdrukkelijk dat geen substantiële onregelmatigheden, noch niet-substantiële onregelmatigheden werden vastgesteld. Aldus blijkt de verwerende partij in het kader van het regelmatigheidsonderzoek zonder meer over de afwijkingen van de technische bestekbepalingen in de offerte van de gekozen inschrijver te zijn heengestapt.

Evenmin blijkt de verwerende partij te hebben onderzocht of de afwijkingen in de offerte van de gekozen inschrijver de niet-naleving betreft van een minimale eis of een vereiste dat als substantieel wordt aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

Daargelaten evenwel de vraag of de voormelde technische bepalingen van het bestek inzake het los meubilair waarvan in de offerte van de gekozen inschrijver wordt afgeweken al dan niet dienen te worden aangemerkt als minimale eisen of vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten in het licht van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, moet worden vastgesteld dat niet blijkt dat de verwerende partij op zorgvuldige wijze de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver heeft onderzocht.

14. De verwerende partij blijkt de voormelde afwijkingen in de offerte van de gekozen inschrijver bovendien zonder meer als een meerwaarde te hebben beoordeeld in het kader van de beoordeling van het derde gunningscriterium esthetische waarde waar in het verslag van nazicht wordt gesteld: “Dubbele bureau[s] zijn gebouwd op een gezamenlijk onderstel. De akoestische wanden zijn bevestigd op niet bewegende delen van het frame en niet op het bureaublad. Dit heeft meerdere voordelen (...)”.

Ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij blijken de voorgestelde akoestische tussenwanden in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek dan weer te zijn beoordeeld als een minwaarde waar gesteld wordt dat “de stuurgroep minder overtuigd [was] over de voorgestelde bureaus en de werking hierbij van 2 tussenwanden, dit maakt bovendien ook de mogelijkheden van de monitorarm beperkt.”

Door enerzijds een niet-conformiteit met de voorwaarden van het bestek als een meerwaarde te hanteren, en, anderzijds, een conformiteit met de voorwaarden van het bestek als een minwaarde, blijkt de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes aan de hand van dit gunningscriterium niet gehandeld te hebben in overeenstemming met de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode en is ook het transparantiebeginsel en de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang gekomen.

15. Aldus blijkt de verwerende partij bij de aanname van de bestreden beslissing gehandeld te hebben in strijd met artikel 4, eerste lid, en artikel 83 van de wet van 17 juni 2016, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en het zorgvuldigheidsbeginsel.

16. Dat er mogelijks sprake is van belangenvermenging of een bestek geschreven op maat van één inschrijver, zoals de verwerende partij opwerpt in haar memorie van antwoord, is niet van aard om anders te oordelen.

De Raad van State stelt vast dat beide elementen door de verwerende partij voor het eerst worden opgeworpen in haar memorie van antwoord in het kader van de onderhavige procedure en geenszins door haar naar voor werden gebracht in het verslag van nazicht, noch in de overige stukken van het administratief dossier.

De mogelijke belangenvermenging biedt de verwerende partij in ieder geval geen vrijgeleide om voorbij te gaan aan een zorgvuldig onderzoek van de regelmatigheid van de offertes, dan wel bij de beoordeling van het derde gunningscriterium af te wijken van de vooraf in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode.

17. In haar memorie van antwoord doet de verwerende partij nog gelden dat zij is nagegaan of het door de gekozen inschrijver voorgestelde los meubilair beantwoordde aan de belangrijkste technische noden inzake de werkplekken/bureaumeubelen van de medewerkers en heeft vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver minstens op identieke, en zelfs op betere wijze, tegemoetkomt aan haar noden. Met de *post factum* in de memorie van antwoord aangegeven wijze van beoordeling, zo deze al aanvaardbaar zou zijn in het licht van de gestelde bestekvereisten, wordt evenwel geen rekening gehouden.

18. Voor zover de verwerende partij nog opwerpt dat uit de beoordeling van de gunningscriteria in het verslag van nazicht blijkt dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde bureaumeubelen geen afbreuk doen aan het originele ontwerp of concept en superieur zijn aan de door de verzoekende partij voorgestelde oplossingen, gaat zij eraan voorbij dat de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes voorafgaat aan de inhoudelijke beoordeling ervan.

19. Het tweede onderdeel van het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond.

VI. Verzoek tot schadevergoeding tot herstel

Standpunt van de partijen

20. De verzoekende partij formuleert in haar enig verzoekschrift een verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op 10 % van haar offerteprijs (btw niet inbegrepen), zijnde 36.901,63 euro (10 % van 369.016,33 euro). Zij verwijst daarbij naar 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: de wet van 17 juni 2013) en betoogt dat haar nadeel bestaat in het verlies van een kans.

Volgens de verzoekende partij kan niet worden betwist dat zo de voormelde onwettigheden, die leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit, niet begaan zouden zijn geweest, de rangschikking anders was geweest zodat het oorzakelijk verband tussen de voormelde onwettigheden en het verlies van een kans derhalve vaststaat.

Gezien er slechts twee regelmatige offertes werden ingediend en de verwerende partij heeft beslist tot gunning na onderzoek van beide offertes, staat het volgens de verzoekende partij vast dat indien voormelde onwettigheden niet begaan waren, de opdracht aan haar was gegund. Aldus wordt de forfaitaire vergoeding volgens haar regelmatig begroot op 10% van het offerte bedrag.

21. De verwerende partij betoogt dat een schadevergoeding tot herstel op grond van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State alleen kan worden toegekend in zoverre de onwettige bestuurshandeling, ondanks de verwijdering ervan *ab initio* uit de rechtsordening, schade heeft toegebracht die door de vernietiging niet volledig is hersteld. Het komt een verzoekende partij toe het bewijs te leveren van het vereiste oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat zij aanvoert waarbij moet

blijken dat het nadeel zich niet zou hebben voorgedaan zonder die vastgestelde onwettigheid.

Ook indien de bestreden beslissing wordt vernietigd, zal de verwerende partij zich opnieuw moeten uitspreken over de gunning, hierbij rekening houdende met de overwegingen van het vernietigingsarrest. De verwerende partij zal met andere woorden op dat ogenblik dienen te bekijken hoe zij uitvoering zal geven aan het vernietigingsarrest om welke reden het verzoek tot schadevergoeding volgens de verwerende partij ongegrond en minstens voorbarig is.

22. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij bijkomend op dat zij in elk geval, gelet op het belangenconflict omdat de verzoekende partij een samenwerking was aangegaan met een zustervenootschap van de ontwerper van het bestek en het feit dat de technische bepalingen van het bestek op maat van één onderneming zouden zijn geschreven, in de onmogelijkheid was om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. In voorkomend geval zou de verwerende partij alsdan oordelen dat zij het belangenconflict en het feit dat de technische bepalingen op maat van één onderneming werden geschreven enkel kon oplossen door het uitsluiten van de verzoekende partij, hetzij op grond van artikel 69, 5°, van de wet van 17 juni 2016, hetzij op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 dat bepaalt dat een offerte substantieel onregelmatig moet worden verklaard wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden of tot concurrentievervalsing te leiden. Aldus dient volgens de verwerende partij te worden vastgesteld dat de kans dat de opdracht aan de verzoekende partij zou zijn gegund onbestaande was en dus 0%. Bij gebrek aan verlies van een reële kans op gunning van de opdracht aan de verzoekende partij kan er volgens de verwerende partij dan ook geen schadevergoeding worden toegekend.

Het verzoek tot schadevergoeding is volgens de verwerende partij in hoofddeorde niet-ontvankelijk, minstens ongegrond.

23. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij ook in het kader van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel het bestaan van een belangenconflict in haren hoofde. Door te besluiten dat de kans dat de opdracht aan de verzoekende partij zou zijn gegund in elk geval 0 % was, erkent, minstens bewijst, de verwerende partij volgens haar dat zij de verzoekende partij 100 % kans heeft ontnomen.

Gezien de substantiële nietigheid van de offerte van de gekozen inschrijver, bleef volgens de verzoekende partij enkel haar regelmatige offerte over zodat met zekerheid vaststaat dat de opdracht aan de verzoekende partij had moeten worden gegund.

In hoofddorde is de gevorderde schadevergoeding van 10% van de offerteprijs (of 36.901,63 euro) volgens de verzoekende partij dan ook gegrond. In ondergeschikte orde moet minstens de naar billijkheid herleide schadevergoeding ten belope van de helft van 10% (of 18.450,82 euro) worden toegekend.

Beoordeling

A. Voorwaarden voor de toekenning van een schadevergoeding

24. 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: de wet van 17 juni 2013) 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. Deze forfaitaire schadevergoeding wordt eventueel aangevuld met een schadeloosstelling met het oog op het volledige herstel van de schade, wanneer deze voortvloeit uit een daad van corruptie als bedoeld in artikel 2 van het Burgerlijk Verdrag inzake corruptie, opgemaakt te Straatsburg op 4 november 1999.

De schadevergoeding tot herstel bedoeld in artikel 11*bis* 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.”

Artikel 11*bis*, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt:

“Elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3, kan aan de afdeling bestuursrechtspraak vragen om haar bij wijze van arrest een schadevergoeding tot herstel toe te kennen ten laste van de steller van de handeling indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing, met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang.”

Een schadevergoeding tot herstel op grond van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan alleen worden toegekend in zoverre de onwettige bestuurshandeling, ondanks de verwijdering ervan *ab initio* uit de rechtsordening, schade heeft toegebracht die door de vernietiging niet volledig is hersteld.

Het komt een verzoeker toe het bewijs te leveren van de geleden schade, en het vereiste oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat hij 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* werd verduidelijkt, onderscheidt “de schadevergoeding tot herstel die wordt toegekend met toepassing van deze bepaling [...] zich dus zowel van het herstel van de schade op basis van de artikelen 1382 tot 1386 van het Burgerlijk Wetboek als

van de herstelvergoeding ‘naar billijkheid’ van artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, hoewel ze gemeenschappelijke punten heeft met deze twee begrippen”. Het gaat “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

25. De Raad van State heeft hiervoor geoordeeld dat de verwerende partij bij de aanname van de bestreden beslissing gehandeld heeft in strijd met de artikelen 4, eerste lid, en 83 van de wet van 17 juni 2016, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat zij heeft nagelaten op zorgvuldige wijze de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver te onderzoeken en er bij de beoordeling van het derde gunningscriterium sprake is van een ongeoorloofde afwijking van de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode.

De onwettigheid van de akte staat vast.

2. Betreffende het geleden nadeel

26. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de opdracht is gesloten. In zoverre de verwerende partij betoogt dat het verzoek tot schadevergoeding tot herstel voorbarig is, maakt zij niet aannemelijk dat te dezen nog rechtsherstel *in natura* mogelijk is.

Het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert, is het verlies van een kans om de opdracht gegund te krijgen. Ook het verlies van een kans kan een vergoedbare schade uitmaken.

3. Betreffende het causaal verband

27. Hoewel hiermee niet automatisch is aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij ook de eerst gerangschikte regelmatige offerte zou zijn geweest, indien de regelmatigheid van de offertes wel op een zorgvuldige wijze zou zijn onderzocht en de offertes wat het derde gunningscriterium betreft zouden zijn beoordeeld in overeenstemming met de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode, staat wel vast dat de verzoekende partij zonder de begane onwettigheid een kans zou hebben gekregen om de opdracht gegund te krijgen. Het oorzakelijk verband tussen de begane onwettigheid, enerzijds, en het verlies van een kans, anderzijds, 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 omvang van de schade.

B. Omvang van de te vergoeden schade

28. De verzoekende partij verzoekt om haar overeenkomstig artikel 16, derde lid, van de wet van 17 juni 2013, een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen ten bedrage van 10 % van haar offertebedrag (btw niet inbegrepen), zijnde 36.901,63 euro, minstens om haar de naar billijkheid herleide schadevergoeding ten belope van de helft van 10% (of 18.450,82 euro) toe te kennen.

29. In zoverre de verzoekende partij zich in haar verzoek tot toekenning van een forfaitair bedrag steunt op artikel 16, derde lid, van de wet van 17 juni 2013, kan haar verzoek niet worden ingewilligd.

Al betreft deze bepaling een autonome vorm van schadebegroting en vindt ze te dezen geen toepassing nu de onderhavige opdracht weliswaar wordt gegund bij openbare procedure maar de economisch meest voordelige offerte niet uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, staat in de

concrete omstandigheden van de zaak niets eraan in de weg dat deze forfaitaire berekening van de omvang van de ondergane schade eveneens in het voorliggende geval wordt gehanteerd, zonder dat hierbij evenwel afbreuk kan worden gedaan aan de geldende regels inzake de bewijslast in hoofde van een verzoekende partij die bij de Raad van State een schadevergoeding wil bekomen.

30. In de concrete omstandigheden van de zaak, die zich kenmerkt door het gegeven dat de exacte bepaling van de geleden schade onmogelijk is, hanteert de Raad van State daarom voor de beoordeling van de omvang van de schade veroorzaakt door het mislopen van de opdracht naar billijkheid deze forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 %.

De verwerende partij formuleert overigens wat de gevorderde schadevergoeding tot herstel betreft geen opmerkingen bij het vooropgestelde bedrag van de offerte, dat bevestiging vindt in de stukken van het administratief dossier, waar de Raad van State acht op mag slaan. Evenmin formuleert zij een juridisch bezwaar tegen deze werkwijze, behoudens dat de kans dat de opdracht aan de verzoekende partij zou zijn gegund volgens haar onbestaande was en dus op 0 % dient te worden begroot.

De schade die de verzoekende partij door het niet-verkrijgen van de opdracht lijdt, kan aldus forfaitair worden geraamd op 10 % van 369.016,33 euro, dit wil zeggen op 36.901,63 euro.

31. De door de verzoekende partij geleden schade is evenwel het gevolg van het verlies van een kans. Wanneer het onzeker is of de vastgestelde onwettigheid van de bestreden beslissing een noodzakelijke voorwaarde is voor de schade omdat de schade zich ook kon hebben voorgedaan indien de bestreden beslissing rechtmatig was geweest, heeft de benadeelde recht op een gedeeltelijke schadeloosstelling voor de schade in verhouding tot de waarschijnlijkheid waarmee de onwettigheid van de bestreden beslissing de schade heeft veroorzaakt.

Bij de begroting van de omvang van een schade die bestaat uit het verlies van een kans moet derhalve rekening worden gehouden met, enerzijds, de schade door het niet-gunnen van de opdracht aan de verzoekende partij en, anderzijds, de hoegrootheid van de kans die in hoofde van de verzoekende partij bestond om de opdracht daadwerkelijk gegund te krijgen.

32. Zoals vooreerst blijkt uit de beoordeling van het middel staat te dezen niet met zekerheid vast dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig had moeten beschouwen en deze offerte had moeten weren. Anders dan de verzoekende partij het ziet, dient voorts bij de begroting van de schade aldus nog rekening te worden gehouden met minstens twee inschrijvers die mogelijk een regelmatige offerte hebben ingediend.

Daarnaast valt in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak evenmin uit te sluiten dat de aanbestedende overheid in het kader van een herbeoordeling tot het besluit zou kunnen of moeten komen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver kon worden gegund omdat er reden is tot uitsluiting of tot onregelmatigheid, dan wel dat er reden is tot niet-plaatsing van de opdracht omwille van onvolkomenheden in het bestek. De argumentatie van de verwerende partij dat de kans voor de verzoekende partij om de opdracht alsdan gegund te krijgen onbestaande is, kan evenwel niet worden bijgevalen. In geval van niet-plaatsing en het uitschrijven van een nieuwe procedure, al dan niet op grond van een nieuw bestek, zouden de beide inschrijvers immers opnieuw een offerte kunnen indienen, net als mogelijk andere inschrijvers, met alsdan een nieuwe kans om de opdracht gegund te krijgen.

33. Gelet op wat voorafgaat en vertrekkend van een forfaitaire schadebegroting van 10 % van de offerteprijs van de verzoekende partij, wordt het verlies van een kans op het verkrijgen van de opdracht, naar billijkheid begroot op 25 % van 36.901,63 euro, dit is 9.225,41 euro.

34. De verzoekende partij heeft recht op vergoedende intresten vanaf 18 januari 2022, zijnde de datum van de onwettige 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 verwijlinteresten vanaf de datum van het voorliggende arrest tot aan de volledige betaling van het bedrag van de schadevergoeding.

BESLISSING

- 1. De Raad van State vernietigt de bestreden beslissing.**
- 2. De verwerende partij wordt veroordeeld tot de betaling aan de verzoekende partij van een schadevergoeding tot herstel van 9.225,41 euro, te verhogen met de vergoedende interest aan de wettelijk interestvoet die verschuldigd is vanaf 18 januari 2022, meer de verwijlinteresten aan de wettelijke rentevoet vanaf heden tot de volledige betaling van de schadevergoeding.**
- 3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring en van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 44 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zesentwintig november tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques