**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 257.663 van 19 oktober 2023**
**in de zaak A. 233.412/XII-9066**

In zake : de BV REZUNI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim Van Cauter
kantoor houdend te 8790 Waregem
Zultseweg 101
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE UKKEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 283 bus 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. De vordering, ingesteld op 12 april 2021, strekt tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel ten belope van 25.217,00 euro, vermeerderd met de intresten.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 254.394 van 6 september 2022 vernietigt de Raad van State de beslissing van de gemeente Ukkel van 22 december 2020 waarbij de overheidsopdracht voor het herstellen van de keibestrating van de Gendarmendreef wordt gegund aan de nv Colas. Hij heropent het debat wat het verzoek tot schadevergoeding tot herstel (hierna: schadevergoeding) betreft.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 mei 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tim Van Cauter, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

*III. Feiten*

3.1. De gemeente Ukkel schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp ‘Herstellen van de keibestrating van de Gendarmendreef, dienstjaar 2020’.

De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De prijs is het enig gunningscriterium.

De initiële aankondiging in het Belgisch Staatsblad voorziet in een termijn tot 23 november 2020 om een offerte in te dienen.

3.2. De beschrijvende opmeting bij het bijzonder bestek bepaalt met betrekking tot post 16 het volgende:

| N° | Désignation des ouvrages et fournitures<br>Aanduiding der werken en leveringen | Unités<br>Eenheden | Quantités présumées<br>Vermoedelijke hoeveelheden |
|---|---|---|---|
| 16 | **Fourniture et pose de pavés porphyre sciés et flammés**<br>Pose de pavés porphyre. La fondation est prévue au poste 12. Les pavés, récupérés du démontage, seront posés sur une couche de sable stabilisé (à 150 kg de ciment par $m^3$) de 10 cm d'épaisseur fournie et mise en œuvre par l'entrepreneur. Le scellement des joints s'exécutera après soufflage au moyen de mortier ciment (à 400 kg/$m^3$) avec addition d'un adjuvant. Les travaux seront réalisés conformément à l'article F.3.1.1.2 du cahier spécial des charges.<br><br>**Keibestrating**<br>Een fundering wordt in de hierboven aangehaalde post 12 voorzien. De bij de afbraak gerecupereerde keien zullen op een laag gestabiliseerd zand (150 kg cement per $m^3$) van 10 cm dikte geleverd en geplaatst worden door de aannemer. Het gestabiliseerd zand wordt door de aannemer geleverd. De voegvulling zal uitgevoerd worden met cementmortel (400 kg/$m^3$) na uitblazing. De werken worden uitgevoerd overeenkomstig artikel F.3.1.1.2 van het bijzonder bestek. | $m^2$ | 600,00 |

3.3. Tien ondernemingen, waaronder de bv Rezuni (de verzoekende partij), dienen een offerte in. De verzoekende partij dient haar offerte in op 20 november 2020.

De inschrijvers bieden de volgende totaalprijzen aan:

| Nr. | Naam van de inschrijver | Prijs (btw niet in-begrepen) |
|---|---|---|
| 1 | nv Colas | 301.031,71 |
| 2 | [D.] | 325.455,54 |
| 3 | [D.] | 328.479,60 |
| 4 | [E.] | 303.981,12 |
| 5 | [J.] | 299.850,00 |
| 6 | [K.] | 330.860,00 |
| 7 | [N.] | 307.907,48 |
| 8 | bv Rezuni | 252.170,00 |
| 9 | [T.] | 357.410,00 |
| 10 | [V.] | 277.070,00 |

3.4. Op 23 november 2020 worden in het Bulletin der Aanbestedingen een “aankondiging” en een “Rectificatie. Kennisgeving van veranderingen of aanvullende informatie” gepubliceerd onder het BDA-nummer 2020-542143.

In de rectificatie wordt de Nederlandse tekst van post 16 verbeterd als volgt:

> “post 16:
> Levering en plaatsing van gezaagde en gevlamde porfierkeien. Een fundering wordt in de hierboven aangehaalde post 12 voorzien. De bij de afbraak gerecupereerde keien zullen op een laag gestabiliseerd zand (150 kg cement per $m^3$) van 10 cm dikte geleverd en geplaatst worden door de aannemer. Het gestabiliseerd zand wordt door de aannemer geleverd. De voegvulling zal uitgevoerd worden met cementmortel (400 kg/$m^3$) na uitblazing. De werken worden uitgevoerd overeenkomstig artikel F.3.1.1.2 van het bijzonder bestek.”

3.5. Een gunningsverslag wordt opgesteld op 11 december 2020.

De offerte van de verzoekende partij biedt de laagste prijs, doch wordt, samen met de offertes van drie andere ondernemingen, onregelmatig bevonden om de volgende reden:

> “Overwegende dat de offertes van de firma’s [J.], [K.], Rezuni en [V.] het bestek niet in acht nemen, wat leidt tot een substantiële fout. Hun offertes zijn onregelmatig. Deze firma’s hebben geen rekening gehouden met de rechtzetting voor post 16.
> Deze offertes zijn onregelmatig en worden dus uitgesloten.”

De offertes van de zes andere ondernemingen worden als conform beschouwd en worden met elkaar vergeleken op grond van het enig gunningscriterium prijs. Daarbij worden onder meer “de eenheidsprijzen van de verschillende regelmatige offertes vergeleken” en wordt vastgesteld dat “daaruit […] geen abnormaal lage of hoge prijzen [blijken]”.

3.6. Op 22 december 2020 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ukkel het gunningsverslag goed en beslist het de opdracht te gunnen aan de nv Colas.

3.7. Bij arrest nr. 254.394 van 6 september 2022 vernietigt de Raad van State de voornoemde beslissing. De Raad komt daarin tot de conclusie dat het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij, op grond dat deze geen rekening heeft gehouden met een rechtzettingsbericht dat is bekendgemaakt op de dag waarop de inschrijvingstermijn afliep, op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Voorts heropent de Raad van State het debat wat het verzoek tot schadevergoeding betreft, aangezien het aangewezen lid van het auditoraat van mening was niet te beschikken over alle nuttige gegevens om dat verzoek gelijktijdig met het beroep tot nietigverklaring te onderzoeken en te beoordelen.

Het verzoek tot schadevergoeding maakt het voorwerp uit van het huidig arrest.

*IV. Onderzoek van de vordering*

*Standpunt van de partijen*

4. In haar verzoekschrift stelt de verzoekende partij dat zij overeenkomstig artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State recht heeft op een “schadevergoeding tot herstel”. Zij voert aan dat zij ingevolge de onwettige gunningsbeslissing een nadeel heeft geleden dat “vaststaand en dadelijk” is, aangezien zij ingevolge de onwettige gunningsbeslissing de opdracht is mislopen.

Volgens de verzoekende partij zou de opdracht met zekerheid aan haar zijn gegund. Zij meent dat de automatische en forfaitaire schadevergoedingsregeling van artikel 16 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet) van toepassing is, nu de verwerende partij koos voor een openbare plaatsingsprocedure, waarbij de economisch meest voordelige offerte

uitsluitend op basis van de prijs moest worden bepaald. De verzoekende partij voert aan dat zij aldus recht heeft op 10 % van het bedrag, btw niet inbegrepen, van de laagste regelmatige offerte, zijnde die van haarzelf.

Haar totale offerteprijs bedroeg 252.171,00 euro (btw niet inbegrepen). Zij voert aan dat zij recht heeft op een vergoeding ten belope van 10 % van dat bedrag, dus op een bedrag van 25.217,00 euro.

5. In haar memorie van antwoord voert de verwerende partij onder meer aan dat uit de vergelijking van de prijzen die door de inschrijvers voor post 16 zijn ingediend, blijkt dat de inschrijvers waarvan de offerte werd aanvaard, een gemiddelde prijs opgaven van 52.732,00 euro (btw niet inbegrepen). Voor de inschrijvers waarvan de offerte werd geweerd, waaronder de verzoekende partij, bedroeg de gemiddelde prijs 26.625,00 euro, btw niet inbegrepen. De correcte prijszetting was dus ongeveer het dubbel van de prijs ingediend door de laatstgenoemde inschrijvers. De verzoekende partij zou dan ook niet kunnen voorhouden dat zij was uitgegaan van de prijs voor post 16 zoals die voorkwam in de Franse tekst van de beschrijving van die post (en zoals die beschrijving nadien ook gerectificeerd werd in de Nederlandse tekst).

In verband met de gevorderde schadevergoeding betwist de verwerende partij in hoofdorde dat er sprake is van een onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing.

Subsidiair betwist zij de toepasselijkheid van het voormelde artikel 16 van de rechtsbeschermingswet. Die bepaling is immers slechts van toepassing in geval van een openbare of niet-openbare procedure, terwijl de huidige opdracht gegund werd bij wege van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure. De verwerende partij kan niettemin instemmen met een toepassing naar analogie van de in die bepaling vervatte 10%-regel “om een complex onderzoek te vermijden voor deze vrij beperkte vordering”.

Nu artikel 16 niet als zodanig van toepassing is, moet de verzoekende partij echter aantonen dat zij schade lijdt die in oorzakelijk verband

staat met de vastgestelde onwettigheden. Zij moet dus bewijzen dat zij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. Volgens de verwerende partij kan een eventuele schending van de formelemotiveringsplicht geen aanleiding geven tot enige schadevergoeding, en toont de verzoekende partij voor het overige niet aan dat haar offerte regelmatig was.

Zelfs indien aangenomen zou moeten worden dat de verzoekende partij een kans verloren heeft om als laagste regelmatige offerte gerangschikt te zijn, kan de schade hoogstens bestaan in het verlies van een kans op de gunning van de opdracht. Het is immers niet uitgesloten dat de verwerende partij, bij een nader onderzoek van de offerte van de verzoekende partij, een andere onregelmatigheid zou hebben vastgesteld. Er kan dan ook hoogstens een vergoeding toegekend worden die bestaat in een breukdeel van de 10 % van het bedrag van de laagste offerte. In dit geval voert de verwerende partij aan dat dit breukdeel 50 % bedraagt. Het bedrag van de gevorderde schadevergoeding dient dus in elk geval beperkt te worden tot 50 % van de 10 %, dit wil zeggen tot 12.608,50 euro.

6. In haar memorie van wederantwoord blijft de verzoekende partij erbij dat, indien haar offerte niet op een onwettige wijze onregelmatig was verklaard, de opdracht aan haar gegund had moeten worden. Zij voert hiervoor de volgende redenen aan:

- zij diende de offerte in met de laagste offerteprijs (252.171,00 euro);
- het prijscriterium was het enig gunningscriterium;
- de verzoekende partij was geselecteerd en zij had alle vereiste documenten ingediend;
- het enig motief voor het onregelmatig bevinden van haar offerte was het feit dat zij geen rekening had gehouden met het rectificatiebericht voor post 16;
- het verschil tussen het bedrag van haar offerte en het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver (301.031,71 euro) is zo groot (48.861,71 euro) dat de opdracht met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid aan haar zou zijn toegewezen.

Volgens de verzoekende partij is er dus wel degelijk een causaal verband tussen de onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing en de schade

die zij ondervindt. De schade bestaat dan ook in het verlies van de opdracht, en niet louter in het verlies van een kans op de gunning van de opdracht.

De verzoekende partij blijft bij de toepassing van de forfaitaire 10%-regel van artikel 16 van de rechtsbeschermingswet, en blijft dus een bedrag van 25.217,00 euro vorderen.

7. In haar laatste memorie vóór het tussenarrest herhaalt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen oorzakelijk verband aantoont tussen de door haar aangevoerde onwettigheden en het verlies van een kans op gunning van de opdracht. De verwerende partij wijst erop dat de verzoekende partij aanvoert dat zij bij het indienen van haar offerte wel degelijk rekening heeft gehouden met het feit dat de keien uit post 16 gezaagde en gevlamde porfierkeien moesten zijn. De verzoekende partij toont echter niet aan dat de prijs die zij heeft aangeboden voor deze post (20.100,00 euro, btw niet inbegrepen) een normale prijs zou zijn en dat haar offerte dus regelmatig verklaard zou kunnen worden. De gemiddelde prijs voor deze post, bij de offertes die wel regelmatig verklaard werden, bedraagt immers 52.732,00 euro, btw niet inbegrepen. De verzoekende partij heeft met andere woorden een prijs ingediend die bijna 62 % lager lag dan de prijs van de regelmatige inschrijvers. Zij toont dan ook niet aan dat zij de laagste regelmatige inschrijver voor deze opdracht had kunnen zijn.

8. In haar laatste memorie vóór het tussenarrest blijft de verzoekende partij erbij dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat, indien de verwerende partij de onwettigheid niet had begaan, de opdracht niet aan haar had moeten worden gegund.

Zelfs indien de prijs die de verzoekende partij had opgegeven voor post 16, zijnde 20.100,00 euro (btw niet inbegrepen), zou worden bijgesteld naar de gemiddelde prijs die voor deze post werd opgegeven door de inschrijvers wier offertes werden aanvaard, zijnde 52.732,00 euro (btw niet inbegrepen), dan nog zou haar offerte het laagst gerangschikt zijn. In die hypothese zou haar totale offertebedrag immers 284.803,00 euro (btw niet inbegrepen) bedragen, hetgeen

nog steeds aanzienlijk lager is dan het offertebedrag van de gekozen inschrijver (301.031,71 euro, btw niet inbegrepen).

De verzoekende partij wijst er ook op dat uit de bestreden gunningsbeslissing niet valt af te leiden dat haar offerte op andere regelmatigheidsbezwaren stuitte dan het verzuim om rekening te houden met het rectificatiebericht voor post 16.

9. In haar laatste memorie na het tussenarrest merkt de verwerende partij op dat de Raad van State in dat arrest vaststelt dat de bekendmaking van het rectificatiebericht niet regelmatig is verlopen, maar dat hij zich niet uitspreekt over de wettigheid van het bestekvoorschrift inzake post 16 als zodanig. De verwerende partij voert aan dat de verzoekende partij niet kan steunen op de prijs die zij heeft opgegeven voor post 16 van haar offerte aangezien zij (thans) stelt geen rekening te hebben gehouden met het feit dat het moest gaan om gezaagde en gevlamde porfierkeien. Het is niet geweten welke prijs de verzoekende partij aangeboden zou hebben voor de verbeterde post, zodat het niet vaststaat dat zij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

De verwerende partij herhaalt dat de schade te dezen bestaat in het verlies van een kans om de opdracht gegund te krijgen, en dat die kans te dezen op 50 % geschat moet worden.

De te vergoeden schade kan te dezen dan ook begroot worden op 50 % van 10 % van 252.170,00 euro, dit is op 12.608,50 euro.

10. In haar laatste memorie na het tussenarrest gaat de verzoekende partij nader in op de omvang van de te vergoeden schade.

Zij blijft erbij dat er een met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid bestaat dat zij de economisch meest voordelige offerte had ingediend indien haar offerte niet onwettig onregelmatig was verklaard. Zij wijst er onder meer op dat haar offerteprijs (252.170,00 euro, btw niet inbegrepen) niet enkel aanzienlijk lager was dan die van de gekozen inschrijver (301.031,71 euro,

btw niet inbegrepen), maar ook substantieel lager dan die van de drie andere inschrijvers waarvan de offertes eveneens onregelmatig werden verklaard op grond dat zij geen rekening hielden met de rechtzetting voor post 16 (respectievelijk 277.070,00 euro, 299.850,00 euro en 330.860,00 euro, btw niet inbegrepen).

Voor post 16 diende de verzoekende partij een prijs in van 20.100,00 euro (btw niet inbegrepen). Volgens de verwerende partij bedroeg de gemiddelde prijs voor die post bij de inschrijvers waarvan de offerte onregelmatig werd verklaard, 26.625,00 euro (btw niet inbegrepen), terwijl de gemiddelde prijs voor die post bij de inschrijvers waarvan de offerte wel aanvaard werd, 52.732,00 euro (btw niet inbegrepen) bedroeg. De gemiddelde prijsverhoging voor post 16 ten gevolge van de rectificatie ervan bedraagt derhalve 52.732,00 euro – 26.625,00 euro, dit is 26.107,00 euro.

Na fictieve bijstelling van de prijs van de verzoekende partij voor post 16 naar de gemiddelde prijs voor deze post bij de offertes die wel regelmatig werden verklaard (52.732,00 euro), zou de offerte van de verzoekende partij met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de offertes van alle andere inschrijvers achter zich gelaten hebben.

Zelfs indien ook aan de inschrijver V., die een offerte indiende met de onmiddellijk lagere prijs na die van de verzoekende partij, de kans zou zijn gegeven om zijn initiële prijs voor post 16 bij te stellen in het licht van het rectificatiebericht, kan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden aangenomen dat de verzoekende partij nog steeds de laagst gerangschikte inschrijver zou zijn geweest, gelet op het grote prijsverschil tussen haar offerte en die van die andere inschrijver, namelijk 24.900,00 euro (btw niet inbegrepen). Met de overige inschrijvers waarvan de offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard, is het verschil met de prijsofferte van de verzoekende partij nog groter.

De verzoekende partij besluit dat de waarschijnlijkheid dat zij de opdracht gegund gekregen zou hebben, niet op 50 %, maar op 90 % geschat kan worden. De te vergoeden schade bedraagt derhalve 90 % van 10 % van

252.170,00 euro, dit is 22.695,30 euro. Dit is het bedrag dat de verzoekende partij in hoofdorde vordert. Subsidiair vordert zij een bedrag van 12.608,50 euro, zijnde het bedrag dat de verwerende partij als schadevergoeding voorstelt.

*Beoordeling*

*A. Voorwaarden voor de toekenning van een schadevergoeding*

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 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 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 Raad van State heeft in het voornoemde arrest nr. 254.394 van 6 september 2022 geoordeeld dat de offerte van de verzoekende partij niet wettig als onregelmatig werd beschouwd. Om die reden vernietigde hij de

beslissing van de gemeente Ukkel van 22 december 2020 waarbij de opdracht werd gegund aan de nv Colas.

De onwettigheid van de akte staat vast.

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

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

De Raad van State heeft in het voormelde vernietigingsarrest vastgesteld dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig heeft beschouwd op grond dat deze offerte geen rekening hield met het rechtzettingsbericht in verband met de Nederlandse tekst van de beschrijving van post 16. Het rechtzettingsbericht en de nieuwe aankondiging waren echter pas op het e-Notificatieplatform bekendgemaakt op de dag die initieel bepaald was als de laatste dag voor het indienen van de offertes, op een moment dat de verzoekende partij haar offerte al had ingediend. De Raad van State heeft de handelwijze van de verwerende partij in strijd bevonden met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

Hoewel hiermee niet automatisch is aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij ook de eerst gerangschikte regelmatige offerte zou zijn geweest, indien het rechtzettingsbericht wel op een regelmatige wijze zou zijn bekendgemaakt (zie hierna, overwegingen 18-19), staat wel vast dat de verzoekende partij zonder de begane onwettigheid een kans gekregen zou hebben om een aangepaste offerte in te dienen en de opdracht gegund te krijgen.

Het oorzakelijk verband tussen de onwettigheid van het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij, enerzijds, en het verlies van een kans, anderzijds, staat bijgevolg vast.

14. De vraag of de verzoekende partij zonder de begane onwettigheid “met zekerheid” de laagste regelmatige inschrijver zou zijn geweest,

zoals zij betoogt, is een vraag die te maken heeft met de omvang van de te vergoeden schade. Die vraag wordt hierna onderzocht (zie overwegingen 23-24).

15. De verwerende partij betwist de ernst van de door de verzoekende partij ingeroepen verloren kans doordat het niet uitgesloten is dat haar offerte nog behept was met andere onregelmatigheden.

Die omstandigheid is echter niet van aard om het oorzakelijk verband tussen de onwettigheid van de onregelmatigverklaring en de geleden schade weg te nemen. Ze kan eventueel wel van aard zijn om de omvang van de geleden schade te beïnvloeden (zie overweging 25).

*B. Omvang van de te vergoeden schade*

*1. Verzoek om toekenning van een forfaitair bedrag overeenkomstig artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet*

16. De voorliggende opdracht werd gegund via een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, met de prijs als enig gunningscriterium. De verzoekende partij verzoekt om overeenkomstig artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet, een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen ten bedrage van 10 % van het offertebedrag (btw niet inbegrepen).

17. Luidens artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet wordt bij een openbare of niet-openbare procedure, wanneer de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op grond van de prijs wordt bepaald, de opdracht gegund aan de inschrijver “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”.

Teneinde deze forfaitaire schadeloosstelling te verkrijgen, en aldus te worden ontslagen van het concrete bewijs van de geleden schade, dient de verzoekende partij het bewijs te leveren dat zij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

18. Zonder uitspraak te moeten doen over de vraag of, zoals aangevoerd door de verwerende partij, de plaatsingswijze van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure zich verzet tegen de toepassing van artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet, is de Raad van State van oordeel dat de verzoekende partij er niet in slaagt om te bewijzen dat zij onbetwistbaar de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Het vernietigingsarrest nr. 254.394 van 6 september 2022 stelt immers slechts vast dat de bekendmaking van het rectificatiebericht niet regelmatig is verlopen, en dat om die reden het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij wegens het niet respecteren van dat rectificatiebericht, strijdig is met een aantal rechtsbeginselen.

Het bedoelde arrest stelt voorts vast dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift ervan uitging dat haar offerte beantwoordde aan het bestek, waarbij zij geen noemenswaardig verschil zag tussen het initiële bestek en het gewijzigde bestek, maar dat zij in haar memorie van wederantwoord eveneens is uitgegaan van een verschil tussen beide teksten (overweging 9 van dat arrest). De verzoekende partij kan bijgevolg niet steunen op de door haar in haar offerte opgegeven prijs voor post 16, gesteund op de initiële versie van die post, om daaruit af te leiden dat zij de laagste regelmatige offerte zou hebben ingediend.

19. Het is niet geweten welke prijs de verzoekende partij zou hebben opgegeven voor post 16 indien de onregelmatigheid bij de bekendmaking van het rectificatiebericht niet zou zijn begaan en de verzoekende partij rekening zou hebben gehouden met het gegeven dat gezaagde en gevlamde porfierkeien moesten worden geleverd.

Bij gebreke van een prijs voor post 16 op basis van de gerectificeerde beschrijving van die post, kan niet met zekerheid aangenomen worden dat een dergelijke door de verzoekende partij aangeboden prijs de laagste zou zijn.

Bijgevolg kan geen toepassing gemaakt worden van de forfaitaire regeling vervat in artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet.

*2. Begroting van de schade*

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

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 de waarde van de opdracht voor de verzoekende partij, maar uit een breukdeel ervan, dat een weerspiegeling is van de kans dat de opdracht zonder de vastgestelde onwettigheid aan haar zou worden gegund.

21. Artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet, dat onder de daarin bepaalde voorwaarden voorziet in een forfaitaire schadevergoeding van 10 % van het offertebedrag, btw niet inbegrepen, gaat ervan uit dat het door een inschrijver verhoopte voordeel 10 % bedraagt van het door hem aangeboden offertebedrag.

Ook al is de voornoemde wetsbepaling te dezen niet van toepassing (zie overweging 19), sluit de Raad van State zich aan bij dat uitgangspunt. Hij neemt bijgevolg aan dat het voordeel dat de verzoekende partij is mislopen doordat de opdracht niet aan haar is gegund, 10 % bedraagt van het door haar aangeboden offertebedrag, btw niet inbegrepen. Ook beide partijen gaan uit van dat percentage.

Het voordeel dat de verzoekende partij uit het verkrijgen van de opdracht kon verwerven, wordt aldus geraamd op 10 % van 252.170,00 euro, dit wil zeggen op 25.217,00 euro.

22. De betwisting tussen de partijen draait in wezen om de vraag welk breukdeel op dit laatste bedrag toegepast moet worden: volgens de verzoekende partij is er 90 % kans dat de opdracht zonder de begane onwettigheid aan haar gegund zou zijn, volgens de verwerende partij bedraagt die kans slechts 50 %.

De waarschijnlijkheid van de verwezenlijking van de kans dient *in concreto* beoordeeld te worden. Te dezen dient meer bepaald nagegaan te worden hoe waarschijnlijk het is dat de verzoekende partij, indien zij de kans gekregen zou hebben om zich te richten naar de gerectificeerde beschrijving van post 16, de laagste regelmatige prijs geboden zou hebben.

23. Tien ondernemingen hebben een offerte ingediend. Uit het gunningsverslag van 11 december 2020 blijkt dat vier offertes (meer bepaald de offertes van de verzoekende partij, J., K. en V.) onregelmatig werden bevonden omdat zij geen rekening hielden met de rechtzetting voor post 16, namelijk met het vereiste dat het moest gaan om gezaagde en gevlamde porfierkeien. Drie van die vier offertes bekleedden de eerste drie plaatsen in de rangschikking van de offerteprijzen van laag naar hoog (in volgorde: de offertes van de verzoekende partij, V. en J.). Zes offertes werden regelmatig verklaard. De offerte van de nv Colas, die in de initiële rangschikking van de offerteprijzen de vierde plaats bekleedde, was de eerste van de regelmatig geachte offertes.

Met de vijf overige offertes die regelmatig werden verklaard, moet voor de kansberekening geen rekening worden gehouden. Zij kwamen in elk geval na de nv Colas, en maakten dus geen kans op de gunning van de opdracht.

De indieners van de vier onregelmatig verklaarde offertes zouden, indien het rechtzettingsbericht regelmatig zou zijn bekendgemaakt, hun offerte hebben kunnen aanpassen, zodat deze regelmatig verklaard zou kunnen worden. Met de offerte van één van die inschrijvers (K.) moet voor de kansberekening evenwel geen rekening worden gehouden, omdat die offerte al vóór een eventuele aanpassing ervan na die van de nv Colas gerangschikt was, en zij dus geen kans maakte op de gunning van de opdracht.

Wat de kansen van de drie overige onregelmatig verklaarde offertes betreft, wijst de verzoekende partij terecht op het relatief grote verschil tussen haar offerteprijs (252.170,00 euro) en die van de onmiddellijk na haar komende inschrijvers, V. (277.070,00 euro) en J. (299.850,00 euro). De prijzen die deze laatste twee inschrijvers hebben aangeboden voor post 16 zijn terug te vinden in de vertrouwelijke stukken van het dossier, die de Raad van State heeft kunnen inzien. Ook wat die prijzen betreft, is de prijs aangeboden door de verzoekende partij aanzienlijk lager dan die van J. en V. Er wordt aangenomen dat, als de verzoekende partij en de andere inschrijvers waarvan de offerte onregelmatig werd verklaard, hun offerte hadden kunnen aanpassen in het licht van de gerectificeerde beschrijving van post 16, zij voor die post een hogere prijs aangeboden zouden hebben. De exacte verhoging die door ieder van die inschrijvers zou zijn toegepast, is uiteraard niet gekend. Wel heeft de verwerende partij uitgerekend wat de gemiddelde prijs voor post 16 van de regelmatige offertes is, namelijk 52.732,00 euro. Als de prijzen van de onregelmatige offertes voor post 16 worden verhoogd tot die gemiddelde prijs van de regelmatige offertes, dan blijft de totaalprijs van de offerte van de verzoekende partij de goedkoopste van de onregelmatige offertes.

Het is in die omstandigheden zeer onwaarschijnlijk dat de verzoekende partij in de rangschikking voorbijgestoken zou worden door hetzij V., hetzij J. Er wordt dan ook uitgegaan van het feit dat van de onregelmatig verklaarde inschrijvers, enkel de verzoekende partij een kans zou maken om de opdracht gegund te krijgen.

24. Er blijft nog te onderzoeken hoe waarschijnlijk het is dat de totaalprijs aangeboden door de verzoekende partij, na aanpassing naar boven van de prijs voor post 16, lager zou blijven dan de totaalprijs effectief aangeboden door de nv Colas, gekozen inschrijver. De (theoretische) totaalprijs van de verzoekende partij kan berekend worden door haar effectief aangeboden totaalprijs (252.170,00 euro) te verhogen met het verschil tussen het hiervoor genoemde gemiddelde van de prijzen van de regelmatige offertes voor post 16 (52.732,00 euro) en de effectief door de verzoekende partij opgegeven prijs voor die post (20.100,00 euro). De aldus berekende (theoretische) totaalprijs van de

verzoekende partij, namelijk 284.802,00 euro, blijkt nog steeds lager te zijn dan de (werkelijke) totaalprijs van de nv Colas, gekozen inschrijver (301.031,71 euro).

Er is dus een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid dat de offerte van de verzoekende partij ook in het geval van aanpassing aan de gerectificeerde post 16 de goedkoopste zou zijn.

25. Hiertegen werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij niet aantoont dat de door haar aangeboden prijs voor post 16 een normale prijs was. Zij wijst erop dat die prijs bijna 62 % lager ligt dan de gemiddelde prijs van de inschrijvers waarvan de offerte regelmatig verklaard werd. Volgens de verwerende partij is het dan ook mogelijk dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard zou worden om een andere reden dan de reden die de Raad van State in het vernietigingsarrest onwettig heeft bevonden.

Het volstaat hierop te antwoorden met de vaststelling dat het administratief dossier niet doet blijken van enige twijfel aan het normaal karakter van de door de verzoekende partij aangeboden prijzen. De verwerende partij licht ook niet nader toe waaruit het abnormaal karakter van de totaalprijs of de eenheidsprijzen zou kunnen blijken. Bovendien moet eraan herinnerd worden dat de door de verzoekende partij aangeboden prijs voor post 16 geen rekening hield met het feit dat het moest gaan om gezaagde en gevlamde porfierkeien. De opmerking van de verwerende partij dat de prijs van de verzoekende partij bijna 62 % lager ligt dan de gemiddelde prijs van de inschrijvers waarvan de offerte regelmatig verklaard werd, is dan ook niet pertinent: indien de verzoekende partij haar prijs aangepast zou hebben om rekening te houden met het voornoemde vereiste, dan zou haar aangepaste prijs hoger zijn dan haar initieel aangeboden prijs, en zou het verschil met de gemiddelde prijs van de regelmatige offertes minder dan 62 % bedragen.

26. Gelet op het voorgaande, moet worden aangenomen, zoals hiervoor reeds is overwogen, dat er een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid is dat de offerte van de verzoekende partij ook in het geval van aanpassing van haar offerte aan de gerectificeerde post 16 de goedkoopste zou zijn.

Een volstrekte zekerheid bestaat daarover echter niet. Er kan namelijk niet uitgesloten worden dat de verzoekende partij een zodanig hoge prijsaanpassing voor post 16 zou doorvoeren dat haar totale prijs daardoor duurder zou zijn dan die van de gekozen inschrijver. Er kan ook niet uitgesloten worden dat zij voor post 16 een abnormaal lage prijs zou aanbieden. Er kan ten slotte ook niet uitgesloten worden dat één of meer van de andere inschrijvers waarvan de offerte eveneens onregelmatig is verklaard, een zodanig lage prijsaanpassing voor die post zouden doorvoeren dat hun totale prijs daardoor goedkoper zou zijn dan die van de verzoekende partij. De kans dat één van die drie hypotheses zich effectief zou voordoen, is evenwel klein.

Oordelend naar billijkheid, is de Raad van State van oordeel dat de kans van de verzoekende partij op het krijgen van de opdracht geschat moet worden op 90 %.

27. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt, bedraagt dienvolgens 90 % van het voordeel dat de verzoekende partij hoopte te halen uit het krijgen van de opdracht, geschat op 10 % van haar totale offerteprijs. Het bedrag van de schadevergoeding bedraagt dus 90 % van 10 % van 252.170,00 euro, dit wil zeggen 22.695,30 euro.

*V. Intresten*

28. De verzoekende partij vraagt om het bedrag van de schadevergoeding te vermeerderen met “de gerechtelijke rente te rekenen aan de wettelijke rentevoet vanaf de dag van de onwettig bevonden gunningsbeslissing d.d. 22 december 2020”.

29. De verzoekende partij heeft recht op vergoedende intresten vanaf 22 december 2020, 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 verwijlintresten vanaf de datum van het voorliggende arrest tot aan de volledige betaling van het bedrag van de schadevergoeding.

## BESLISSING

**1. De Raad van State veroordeelt de gemeente Ukkel tot betaling van een vergoeding aan de bv Rezuni ten bedrage van 22.695,30 euro, te vermeerderen met vergoedende intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 22 december 2020 tot heden en verwijlintresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf heden tot aan de volledige betaling van het voornoemde bedrag en de vergoedende intresten.**

**2. 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 40 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 1540 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien oktober tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

| | |
|---|---|
| Paul Lemmens, | kamervoorzitter, |
| Pierre Lefranc, | staatsraad, |
| Patricia De Somere, | staatsraad, |

bijgestaan door

| | |
|---|---|
| Greta Scheveneels, | griffier. |

| | |
|---|---|
| **De griffier** | **De voorzitter** |
| **Greta Scheveneels** | **Paul Lemmens** |