

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.619 van 9 december 2010
in de zaak A. 146.623/XII-4027**

In zake: de NV BELGIAN OIL SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Liebaut
kantoor houdend te Lokeren
Durmelaan 4W1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
autonoom gemeentebedrijf met rechtspersoonlijkheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat David D'Hooghe
kantoor houdend te Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 januari 2004, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing van 3 november 2003 van het Directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen houdende gunning van Bestek B 9062 (nr. 031179) betreffende het inzamelen van afval van de binnenvaart in de haven van Antwerpen aan de firma Leysen nv”.

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.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 november 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evelien De Raeymaecker, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een overheidsopdracht voor “het inzamelen van afval van de binnenvaart in de haven van Antwerpen”.

De opdracht wordt aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 juli 2003 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 juli 2003.

3.2. Het bestek bepaalt dat de opdracht bestaat uit twee deelopdrachten, enerzijds het inzamelen van afval tegen een vaste, maandelijks te betalen vergoeding en anderzijds de verwerking van de ingezamelde afvalstoffen tegen eenheidsprijzen. De afvalstoffen omvatten onder meer bilgewater (dit is een

mengsel van water en olie dat ontstaat in de machinekamer bij binnenschepen), afvalolie, oliehoudend vast afval, restafval en gevaarlijk afval.

Deel 5.7 van het bestek betreft de “modaliteiten” van de opdracht. Er wordt onder meer het volgende bepaald:

“De gratis af te geven hoeveelheid bilgewater is beperkt tot 3 m³ per afgifte en per periode van 7 kalenderdagen. De opdrachthouder zal de verwerking van de bijkomend afgegeven hoeveelheden (m.a.w. het volume boven 3 m³) factureren aan de schipper aan de eenheidsprijzen die voortvloeien uit post 3 van de inventaris”.

Post 3 van de bij het bestek gevoegde inventaris betreft de “verwerking van afvalstoffen” en bevat onder meer de subpost 3.1. “verwerking van bilgewater”, waarbij een eenheidsprijs per ton dient opgegeven te worden.

Er wordt aldus een systeem voorzien waarbij de eerste drie m³ bilgewater per periode van 7 kalenderdagen lastens de verwerende partij is en het excedent gefactureerd wordt aan de schippers.

3.3. Nadat een kandidaat-inschrijver een schrijven met opmerkingen aan de verwerende partij had gericht, volgt een “addendum 1” op het bestek waarin de volgende wijzigingen worden aangebracht:

“- voor post 3.1 ‘verwerking van bilgewater’ wordt de eenheid m³ i.p.v. ton. De inschrijver geeft dus een eenheidsprijs op per m³;

- de inschrijver geeft in zijn offerte een minimum facturatiebedrag op dat aan de schipper zal aangerekend worden bij het afgeven van meer dan 3 m³ bilgewater”.

3.4. Op 29 augustus 2003 worden de inschrijvingen geopend. Vier ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend. De verzoekende partij heeft met 535.044 euro de laagste inschrijvingsprijs. De nv Leysen heeft de tweede laagste offerte ingediend met 544.850 euro. Beide bedragen zijn btw niet inbegrepen.

3.5. Bij de offerte van de verzoekende partij is een ingevulde inventaris gevoegd waarin zij voor post 3.1 “verwerking van bilgewater” een eenheidsprijs van 6 euro per m³ aanrekent. Op de volgende bladzijde van de offerte wordt voor de “verwerking van bilgewater boven 3 m³” een eenheidsprijs van 37,50 euro per m³ vermeld, naast een bedrag “minimum facturatie per ophaling” van 100 euro.

3.6. Er wordt in het kader van het onderzoek van de offertes een interne nota opgesteld. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft luidt deze als volgt:

“BOS geeft een prijs op van 37,50 EUR/m³ die zij zullen aanrekenen aan de schippers wanneer zij meer dan 3 m³ bilgewater afgeven. Dit is niet conform het bestek dat in art. 5.7 bepaalt dat het facturatiebedrag zal voortvloeien uit de prijzen uit post 3 van het bestek. In het geval van BOS 6,00 EUR/m³”.

Vervolgens wordt opgemerkt dat aan de verzoekende partij voor post 3.1 een prijsverantwoording werd gevraagd. Uit een in dezelfde nota opgenomen vergelijkende tabel van de inschrijvingen blijkt immers dat haar eenheidsprijs voor post 3.1 van 6 euro per m³ erg laag is in vergelijking met de drie andere inschrijvers, waarvan er twee 28 euro en één 23 euro per m³ te verwerken bilgewater aanrekenen. Daarnaast wordt ook voor post 3.2 “verwerking afvalolie” een prijsverantwoording gevraagd.

3.7. Uit het administratief dossier blijkt dat voormelde prijsverantwoording werd gevraagd met een brief van 8 september 2003.

De verzoekende partij antwoordt met een schrijven van 15 september 2003 als volgt:

“Door onze frequente contacten met de verwerkers hebben we inzicht wat betreft de verwerkingsprijzen, Marpobel NV is daar als meest gunstige geselecteerd. De keuze voor Marpobel was niet alleen prijsmatig maar uiteraard ook operationeel. Het feit dat we in de haven met de ophaalschepen kunnen lossen zonder extra vervoer over de weg was een groot pluspunt.

De prijs vermeld in onze ingezonden offerte werd verkregen om de volgende redenen:

- BOS NV is marktleider in het ophalen van scheepsafval in de haven van Antwerpen en heeft door zijn jarenlange ervaring goede relaties bij de verwerkers opgebouwd.
- BOS NV is bij Marpobel NV de grootste leverancier qua volumes en heeft daardoor een betere onderhandelingspositie.
- Daar we reeds in het verleden enkele jaren ophaler waren voor de binnenvaart hebben we een goede kennis van de samenstelling van het bilgewater en afvalolie.
- Omdat de hoofdactiviteit van BOS NV het inzamelen van afval is werd onze marge daar gehaald en is er geen marge op de verwerking genomen. De vaste kosten die gebonden zijn aan het lossen bij Marpobel (analyses, aansluitkost, overtime ed) werden bij post 1 opgenomen in onze prijsopgave.

BOS NV kan dan ook met zekerheid stellen dat de verwerkingsprijs ons aangeboden door Marpobel NV gegarandeerd wordt voor de betreffende afvalstof en voor de maximum periode dat de opdracht kan lopen.

Het dossier dat wij hebben ingediend ter inschrijving voor het bestek B 9062 bevat alle vergunningen, referentielijsten en verwerkingsmethoden die aantonen dat Marpobel NV het afval op een correcte, milieuvriendelijke en wettelijke manier zal kunnen verwerken”.

Bij dit schrijven is een offerte van de nv Marpobel gevoegd die een verwerkingsprijs van 6 euro per ton bilgewater vermeldt.

3.8. Op 8 oktober 2003 richt de verzoekende partij op eigen initiatief nog een aanvullend schrijven aan de verwerende partij waarin zij een motivatie uitwerkt voor het “prijsverschil” “tussen de verwerkingsprijs van de hoeveelheid bilgewater/afvalolie minder dan 3 cbm en de hoeveelheid meer dan 3 cbm (zoals voorzien in addendum 1 van het bestek) welke de schipper van het afgevende schip rechtstreeks aan de ophaler moet betalen”.

3.9. Op ongekende datum wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat de regelmatigheid van de offertes betreft wordt ten aanzien van de verzoekende partij het volgende vastgesteld:

“Strijdig met § 5.7 van het bestek geeft BOS een andere eenheidsprijs op voor de verwerking van bilgewater dat de grens van 3m³ per afgifte overstijgt. Voor de eerste 3m³ die een schip afgeeft (ten laste van het Havenbedrijf) vraagt BOS 6 EUR/m³. Voor de hoeveelheid die daar

bovenop wordt afgegeven (ten laste van het schip) wordt echter 37,50 EUR/m³ gevraagd. Daardoor wordt de bieding t.a.v. het Havenbedrijf laag gehouden (op basis van de vermoedelijke hoeveelheden 132.000 EUR lager dan de op één na voordeligste bieding) maar t.a.v. de binnenvaart levert het onvoldoende waarborgen om een voordelige dienstverlening aan te bieden. Door een onderscheiden prijszetting te maken, wijkt deze offerte dus af van het bijzonder bestek (rubriek 5.7) op grond waarvan aan de schipper dezelfde prijs voor verwerking van bilgewater moet worden aangerekend als deze die aan het Havenbedrijf wordt aangerekend. In casu moet worden vastgesteld dat het voorschrift dat de kostprijs voor de verwerking van bilgewater gelijk moet zijn voor het deel van bilgewater dat aan het Havenbedrijf wordt aangerekend als voor het deel dat aan de binnenschipper wordt aangerekend als essentieel te beschouwen is. De naleving van dit voorschrift op zich is noodzakelijk opdat alle offertes met elkaar vergelijkbaar zouden zijn. Wanneer de inschrijver de kostprijs ten laste van de aanbestedende overheid zeer laag houdt en dit compenseert door de kostprijs ten laste van de binnenschipper zeer hoog te maken, wordt de vergelijkbaarheid van de offertes aangetast. De inschrijver gebruikt immers niet dezelfde maatstaven en uitgangspunten als de andere inschrijvers. Een dergelijke prijszetting zal echter tot gevolg hebben dat de reële kost voor de ‘verwerking van bilgewater’ ten laste van het Havenbedrijf veel hoger ligt dan de kostprijs die is aangegeven in de offerte. Een dergelijke exorbitante prijs van 35 EUR voor volumes bilgewater die het gratis gedeelte overschrijden (de marktprijs ligt rond de 20 EUR), zullen de binnenschippers ertoe aanzetten om het supplementaire bilgewater illegaal in het dokwater te lozen. De sanering van de vervuiling van het dokwater en de vergoeding van de schepen die door deze lozing worden bevuild, vallen ten laste van het Havenbedrijf. De offerte moet dan ook als onregelmatig beschouwd worden”.

Wat het onderzoek naar abnormale prijzen betreft luidt het gunningsverslag als volgt:

“Aan BOS werd een prijsverantwoording gevraagd voor posten 3.1 en 3.2 omdat de eenheidsprijs voor bilgewater zeer laag was tegenover de andere mededingers. Als prijsverantwoording gaf BOS voor post 3.1 en 3.2 (verwerking van resp. bilgewater en afvalolie) hun goede onderhandelingspositie tegenover Marpobel. De verwerkingsprijs bij Marpobel voor bilgewater en olie is 6,00 EUR per ton.

De prijsverantwoording die de inschrijver voor zijn eenheidsprijs heeft gegeven is niet van aard om als een geldige verantwoording te kunnen worden beschouwd. De verantwoording bestaat immers enkel in de prijs van de onderaannemer (al dan niet vermeerderd met een winstmarge). Een dergelijke verantwoording is gelijk te stellen met een afwezigheid van verantwoording. Van een aanbestedende overheid kan immers niet worden

verwacht dat zij zo maar aanneemt dat de onderaannemer normale prijzen heeft opgegeven en dat, indien deze dat niet zou gedaan hebben, zulks wel gecompenseerd zou worden door het bedrag van de winstmarge.

Door de prijs voor het Havenbedrijf zeer laag te houden en dit te compenseren met een hoge prijs voor de verwerking van bilgewater ten laste van de binnenschipper, rijst ook de vraag of de aannemer wel op een voldoende rendabele, minstens kostendekkende wijze, de opdracht zal kunnen uitvoeren. Door de hoge prijs die aan de binnenschipper zal worden aangerekend, zou deze geneigd kunnen zijn om het supplementaire gedeelte niet af te geven. Op deze wijze zou de inschrijver de voorziene compensatieoefening niet kunnen realiseren.

Het blijkt dus dat de blijkbaar abnormaal lage eenheidsprijs voor de verwerking van bilgewater niet verantwoord werd”.

Het gunningsverslag bevat het volgende besluit:

“Na controle van de regelmatigheid van de offertes is gebleken dat de inschrijving van de firma B.O.S., de laagste inschrijver, dient geweerd te worden, aangezien door een onderscheiden prijszetting te maken deze offerte afwijkt van het bijzonder bestek (rubriek 5.7) op grond waarvan aan de schipper dezelfde prijs voor verwerking van bilgewater moet worden aangerekend als deze die aan het Havenbedrijf wordt aangerekend. Bovendien is deze prijsverantwoording die de inschrijver voor zijn eenheidsprijs heeft gegeven niet van aard om als een geldige verantwoording te kunnen worden beschouwd. De inschrijving van de firma B.O.S. kan dus als onregelmatig worden beschouwd en dient te worden geweerd.

Aangezien de inschrijving van de tweede laagste inschrijver Leysen, wel als regelmatig beschouwd kan worden, stel ik voor om bestek B 9062 te gunnen aan de firma Leysen voor een geraamde jaarlijkse prijs van 544.850 EUR (excl. BTW)”.

De offertes van de drie overige inschrijvers worden wel regelmatig verklaard.

3.10. Op 3 november 2003 beslist het directiecomité van de verwerende partij, uitdrukkelijk verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht toe te wijzen aan de nv Leysen. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.11. Op 19 november 2003 wordt de verzoekende partij per faxbericht een afschrift van de toewijzingsbeslissing bezorgd. Op 25 november 2003 volgt nog een afschrift van het gunningsverslag.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

4. De verwerende partij betwist in de memorie van antwoord in de eerste plaats het belang van de verzoekende partij bij voorliggend annulatieberoep. Zij wijst er op dat, aangezien de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig werd verklaard, deze geen belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing aangezien dit haar geen direct en persoonlijk voordeel kan verschaffen - omwille van de onregelmatigheid van de offerte kan de opdracht immers nooit aan de verzoekende partij worden toegewezen.

5. De verzoekende partij brengt hier tegen in dat de beslissing om haar “kandidatuur niet in aanmerking te nemen [...] vanzelfsprekend een handeling [is] die verzoekster zowel een materieel als moreel nadeel heeft berokkend”. Zij wijst er op dat “het eventueel gegrond bevinden van de annulatiemiddelen [...] inhoudt dat de bestreden beslissing hoe dan ook niet op een rechtsgeldige wijze had kunnen genomen worden zodat de gunningsprocedure alsdan onvermijdelijk had moeten worden overgedaan”. Ten slotte, zo stelt zij, “heeft verzoekster er hoe dan ook belang bij door uw Raad te laten beoordelen of de verwerende partij de inschrijvingen correct heeft beoordeeld, kortom de gelijkheid onder de inschrijvers werd gewaarborgd”.

Beoordeling

6. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig

werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De beoordeling van de exceptie hangt dan ook samen met de beoordeling van de gegrondheid van de middelen: het beroep is enkel ontvankelijk indien de verzoekende partij kan aantonen dat één van beide voormelde hypothesen zich te dezen voordoet.

V. Onderzoek van de middelen

Vooraf

7. De verzoekende partij voert drie middelen aan tegen de bestreden beslissing.

In het eerste onderdeel van het eerste middel betoogt zij aan dat er in haar offerte, in tegenstelling tot wat de verwerende partij vooropstelt, wel degelijk eenzelfde eenheidsprijs van 6 euro per m³ te verwerken bilgewater voor het Havenbestuur als voor de schippers wordt opgegeven zodat dit motief van de verwerende partij om de offerte substantieel onregelmatig te verklaren faalt. In het tweede onderdeel van dit middel betwist zij de juistheid van één van de bijkomende motieven van voorgaand motief, namelijk dat een prijs van 37,50 euro per m³ te verwerken bilgewater mogelijks tot illegale lozingen door de schippers zou leiden.

In het tweede middel voert zij aan dat zij haar eenheidsprijs van 6 euro per m³ te verwerken bilgewater wel degelijk afdoende had verantwoord en er dus geen sprake was van een abnormale prijs.

Het derde middel ten slotte betreft de offerte van de nv Leysen en werpt de substantiële onregelmatigheid van deze offerte op.

8. De offerte van de verzoekende partij werd, zoals uit het feitenrelaas is gebleken, door de verwerende partij onregelmatig verklaard zowel wegens de voorgestelde verschillende eenheidsprijzen voor havenbedrijf en

schippers (deze kwestie komt aan bod in het eerste onderdeel van het eerste middel) als wegens de abnormaal lage eenheidsprijs voor de verwerking van het bilgewater (het voorwerp van het tweede middel).

Om aan te tonen dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard dient de verzoekende partij aan te tonen dat deze beide motieven gebrekkig zijn. Te dezen betekent dit dat zowel het eerste onderdeel van het eerste middel als het tweede middel, dienen gegrond te worden bevonden. Het tweede onderdeel van het eerste middel betreft slechts een overtollig submotief bij het eerste motief namelijk de substantiële onregelmatigheid van de offerte door verschillende prijzen aan te bieden, en kan op zichzelf genomen het belang van de verzoekende partij niet dienen.

Op te merken valt ook dat de verzoekende partij geen middelen aanvoert waarin ze betoogt dat alle andere inschrijvers ten onrechte regelmatig bevonden zijn; het derde middel treft enkel de offerte van de begunstigde inschrijver met name Leysen nv. Er zijn nochtans vier inschrijvers.

Conclusie is dan ook dat zo het eerste onderdeel van het eerste middel ongegrond is, en dus komt vast te staan dat de offerte van de verzoekende partij terecht onregelmatig is verklaard op basis van het feit dat er een substantiële onregelmatigheid is vastgesteld, het beroep als onontvankelijk dient te worden aangemerkt.

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij steunt het eerste middel op de schending van “artikel 98, §3 van het K.B. 10 januari 1996, van de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheidsbeginsel en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

In het eerste onderdeel van dit middel betoogt de verzoekende partij dat in haar offerte wel degelijk “van eenzelfde verwerkingsprijs van ‘6 €’

werd vertrokken” en dat “voortdurend [...] éézelfde verwerkingsprijs [werd] gehanteerd”. Zij doet, na een verwijzing naar haar schrijven van 8 oktober 2003 (in dit arrest reeds aangehaald onder randnummer 3.8.), daartoe het volgende gelden:

“Terwijl de verzoekster enkel kan vaststellen dat het Havenbedrijf Antwerpen geen gebruik heeft gemaakt van de verleende motivatie waardoor blijkbaar ook een interpretatiefout werd gemaakt [...]. In weerwil met de door het Havenbedrijf Antwerpen voorgestane zienswijze werd door de verzoekster wel degelijk conform punt 5.7 van het bestek gehandeld, kortom, voortdurend werd éézelfde verwerkingsprijs gehanteerd.

In het initieel voorliggend bestek wordt in punt 5.7 vermeld dat de verwerkingsprijs die door de inschrijver wordt aangegeven (6 €) ook die prijs moet zijn die aan de schipper rechtstreeks wordt doorgerekend voor de hoeveelheden van meer dan drie ton.

Waar evenwel in haar overwegenden door het Havenbedrijf Antwerpen geen rekening mee wordt gehouden is dat het bestek een addendum 1 kende (dd. 25.08.2003).

In dat addendum 1 (‘wijzigingen in het bestek’, alinea 2) wordt alleen een ‘minimum facturatiebedrag’ gevraagd bij volumes van meer dan drie ton en geen verwerkingsprijs daar het bestek geen andere toelaat.

Het toch bijvoegen van een verwerkingsprijs voor de volumes van meer dan drie ton was oorspronkelijk eerder additioneel bedoeld om onder de noemer ‘verwerkingsprijs’ de extra kosten (zoals o.m. extra laadtijd, extra lostijd, extra vaartijd en extra analyses) aan te rekenen die nu eenmaal voortvloeien uit volumes van meer dan drie ton.

Deze kosten werden onder deze noemer geplaatst nu noch het bestek noch het addendum 1 een mogelijkheid voorzien om deze kosten rechtstreeks aan de schipper te factureren.

Het is dan ook niet aan te nemen dat een niet aan de inschrijvers verzocht gegeven wordt gebruikt om een rangschikking te maken. Daarom werd in de offerte door de verzoekster alleen een verwerkingsprijs genoemd zonder een gedetailleerde opbouw.

Dat het Havenbedrijf Antwerpen zelf die redenering heeft gevolgd blijkt uit hun gunningverslag waarin de rangschikking der inschrijvers wordt gemaakt, inclusief de minimum facturen en waar verzoekster nog steeds als laagste bieder wordt vermeld.

In de overwegenden van het Havenbedrijf Antwerpen, waar het Havenbedrijf Antwerpen ten aanzien van verzoekster van 37,50 €/m³ uitgaat, wordt een rangschikking gemaakt op basis van volumes die niet

expliciet werden opgenomen in het bestek, er was voor verzoekster dan ook geen enkele reden om er rekening mee te houden.

Aangezien in het voorliggend oorspronkelijk bestek alleen wordt gesproken over een ‘verwerkingsprijs’ was verzoekster wel verplicht om alle kosten onder deze noemer te plaatsen.

Wanneer het Havenbedrijf Antwerpen wel rekening houdt met deze verwerkingsprijs én er volgens het bestek geen andere prijs kon worden ingediend was een aan verzoekster gerichte bijkomende vraag tot motivatie voor de hand liggend geweest”.

10. In de memorie van wederantwoord bespreekt de verzoekende partij, in navolging van de verwerende partij, het eerste en tweede middel in eenzelfde uiteenzetting.

Wat het eerste onderdeel van het eerste middel betreft handhaaft zij in een “voorafgaande” argumentatie haar betoog zoals opgenomen in het verzoekschrift. Voorts voert zij nog aan dat, aangezien het bestuur de inschrijving op een onjuiste wijze heeft geïnterpreteerd, de gunningsbeslissing is gesteund op een onjuist motief en derhalve onwettig is.

11. In haar laatste memorie herneemt de verzoekende partij grotendeels woordelijk de memorie van wederantwoord. Zij werpt nog op dat er “geen sprake van kan zijn dat [haar] offerte niet op gelijke wijze zou kunnen worden vergeleken met de andere offertes” en dat “het als onregelmatig beschouwen van de offerte van de verzoekende partij, al dan niet substantieel, een meer afdoende motivering lijkt te vereisen dan deze die uit de bestreden beslissing en het dossier blijkt”. Ten slotte stelt zij nog dat “niet [wordt] aangetoond waarom er onzekerheid zou bestaan over de initiële verbintenis van de verzoekende partij”, “te meer [daar] blijkbaar de gegeven (eenheids)prijs als ondubbelzinnig werd ervaren door de verwerende partij op onverdachte tijdstip (cfr. de rangschikking)”. Zij besluit dat zij “de laagste regelmatige inschrijver” is en dat de opdracht dan ook niet rechtmatig aan de nv Leysen kon worden toegewezen.

Beoordeling

12.1. Artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, luidt als volgt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Het artikel 77 waarnaar wordt verwezen stelt dat als “essentiële voorwaarden van de opdracht” moeten worden beschouwd: “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

12.2. Bij de offerte van de verzoekende partij is een ingevulde inventaris gevoegd waarin zij voor post 3.1 “verwerking van bilgewater” een eenheidsprijs van 6 euro per m³ aanrekent. Op de volgende bladzijde van de offerte wordt voor de “verwerking van bilgewater boven 3 m³” een eenheidsprijs van 37,50 euro per m³ vermeld, naast een bedrag “minimum facturatie per ophaling” van 100 euro.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, blijkt haar offerte aldus wel degelijk twee verschillende eenheidsprijzen te bevatten voor het verwerken van het bilgewater: één voor hoeveelheden tot drie kubieke meter en één vanaf drie kubieke meter. De verzoekende partij erkent overigens zelf, in haar schrijven van 8 oktober 2003, dat er een “prijsverschil” bestaat naargelang de hoeveelheid te verwerken bilgewater, welk prijsverschil zij met dit schrijven wil rechtvaardigen.

12.3. Deze handelwijze wijkt af van bepaling 5.7 van het bestek, luidens dewelke “de opdrachthouder [...] de verwerking van de bijkomend afgegeven hoeveelheden (m.a.w. het volume boven 3 m³) [zal] factureren aan de schipper aan de eenheidsprijzen die voortvloeien uit post 3 van de inventaris”.

Deze bepaling houdt in dat de prijs die door de inschrijver aan de schipper mag worden aangerekend voor de hoeveelheden bilgewater die de “gratis” hoeveelheid van 3m³ overstijgen, gelijk moet zijn aan de prijs die het Havenbedrijf zal worden aangerekend.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij deze besteksbe­paling als essentieel heeft aangemerkt, onder meer omdat de naleving ervan “noodzakelijk [is] opdat alle offertes met elkaar vergelijkbaar zouden zijn”. Een inschrijver die van deze bepaling afwijkt “gebruikt immers niet dezelfde maatstaven en uitgangspunten als de andere inschrijvers”.

De verzoekende partij stelt het essentieel karakter van deze bepaling niet rechtstreeks ter discussie in het middelonderdeel. De Raad van State van zijn kant ziet geen redenen om de verwerende partij niet bij te treden in de vaststelling dat het, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, om een essentiële besteksbe­paling gaat die onmiddellijk de prijsvorming beïnvloedt en waarvan de afwijking een correcte en objectieve vergelijking van de offertes in het gedrang brengt.

12.4. De verzoekende partij verwijst nog –in een nogal onduidelijk betoog– naar het addendum bij het bestek. Zij lijkt aan te voeren dat het in dit addendum van de inschrijvers gevraagde “minimum facturatiebedrag” het opgeven van een hogere eenheidsprijs voor hoeveelheden boven 3m³ toelaat.

Deze stelling kan niet worden aanvaard. In de eerste plaats doet het vereisen van de opgave van een minimum facturatiebedrag geen afbreuk aan besteksbe­paling 5.7 die vereist dat eenzelfde eenheidsprijs wordt gehanteerd voor Havenbedrijf en schippers. In de tweede plaats blijkt de verzoekende partij in haar offerte zelf een minimum facturatiebedrag van 100 euro te hebben opgegeven, zodat moet worden aangenomen dat zij bij het opstellen van haar offerte de draagwijdte van deze bepaling juist heeft ingeschat en haar juist heeft toegepast.

12.5. De offerte van de verzoekende partij blijkt aldus af te wijken van een bepaling van het bestek die door de verwerende partij niet onterecht als

essentieel werd aangemerkt. De verwerende partij diende bijgevolg, overeenkomstig artikel 98, § 2, van het voormeld koninklijk besluit van 10 januari 1996, de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig te weren.

12.6. In zoverre de verzoekende partij in dit middelonderdeel nog de schending van de materiële motiveringsplicht inroept, wordt vastgesteld dat deze grief pas voor het eerst, zeer summier, in de memorie van wederantwoord wordt uitgewerkt. Deze vaststelling volstaat om deze grief als niet ontvankelijk want laattijdig te verwerpen.

12.7. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

13. Deze vaststelling volstaat om het beroep als niet ontvankelijk te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 december 2010, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest