

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.025 van 16 oktober 2012
in de zaken I. A. 198.187/XII-6410
II. A. 198.819/XII-6469**

In zake: I.+II. GmbH WK VERWALTUNGS
vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alexander Van Brabant
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gulden Vlieslaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II. APETRA, naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Ignace Claeys
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

II. 1. NV COMPAGNIE PÉTROLIÈRE LIÉGEOISE
2. NV BELGOMAZOUT LIÈGE
3. NV JOASSIN RENÉ
allen bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dominique Blommaert, Didier Bracke
en Jan Ghysels
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 198.187/XII-6410, ingesteld op 9 november 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing dd. 15.09.2010 en de (identieke, vervangende) beslissing dd. 23.09.2010 van Apetra houdende

het niet weerhouden van de offerte van verzoekende partij inzake de beperkte aanbesteding nr. 16 voor nieuwe projecten voor opslag van gasolie-verwarming en/of diesel op het Belgische grondgebied”.

Het beroep in de zaak A. 198.819/XII-6469, ingesteld op 13 januari 2011 strekt tot de nietigverklaring van:

“(1) de beslissingen vervat in de 6 brieven van toewijzing dd. 01.12.2010 van Apetra inzake de beperkte aanbesteding nr. 16 voor nieuwe projecten voor opslag van gasolie-verwarming en/of diesel op het Belgische grondgebied gericht aan:

1. Kluizendok Tank Terminal [...];
2. H.K.V.-Oil [...];
3. GFS nv [...];
4. SA CPL [...];
5. AVIA Belgomazout Liège SA [...];
6. SA JOASSIN [...].

(2) de beslissingen vervat in de 6 brieven van 14.09.2010 van Apetra inzake de beperkte aanbesteding nr. 16 voor nieuwe projecten voor opslag van gasolie-verwarming en/of diesel op het Belgische grondgebied gericht aan:

1. Kluizendok Tank Terminal [...];
2. H.K.V.-Oil [...];
3. GFS nv [...];
4. SA CPL [...];
5. AVIA Belgomazout Liège SA [...];
6. SA JOASSIN [...].”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv Compagnie Pétrolière Liégeoise, de nv Belgomazout Liège en de nv Joassin René hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend in de zaak A. 198.819/XII-6469. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 9 maart 2011. De tussenkomende partijen hebben een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft één verslag over de beide zaken opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben in beide zaken een laatste memorie ingediend. Tussenkomen de partijen hebben in de zaak A. 198.819/XII-6469 een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Alexander Van Brabant, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frederick Ongena, die loco advocaten Kaat Leus en Ignace Claeys verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Martine Wendrickx, die verschijnt voor de tussenkomen de partijen, zijn 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. Verwerende partij is een naamloze vennootschap van publiek recht bevoegd inzake de tenuitvoerlegging, binnen of buiten België, van taken van openbare dienst inzake het aanhouden en beheren van de verplichte voorraden aardolie en aardolieproducten. Hiertoe kan zij een beroep doen op bedrijven die opslagcapaciteit aanbieden.

3.2.1. Verwerende partij beslist een raamovereenkomst te sluiten inzake het contracteren van opslagcapaciteit voor het onderbrengen van haar voorraden ruwe aardolie en aardolieproducten.

Blijkens de opdrachtdocumenten gaat het om het aanleggen van een lijst van opslagbedrijven die, na het doorlopen van een selectieprocedure, offerteaanvragen zullen ontvangen voor het contracteren van opslagcapaciteit.

3.2.2. Op 2 oktober 2007 wordt deze raamovereenkomst aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 4 oktober 2007 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2.3. De nv Unitank G&V Tankstorage Belgium stelt zich kandidaat voor de raamovereenkomst. Ook verzoekende partij dient een kandidatuur in. Uit de kandidatuur van verzoekende partij blijkt dat zij deel uitmaakt van de “Unitank-Gruppe”, tot welke vennootschapsgroep, aldus de kandidatuur, ook de nv Unitank G&V Tankstorage Belgium (hierna: de nv Unitank G&V) behoort.

3.2.4. Met een brief van 7 november 2007 deelt verwerende partij aan de nv Unitank G&V mee dat zij werd opgenomen op de shortlist en voortaan zal worden uitgenodigd om offertes voor opslagcapaciteit in te dienen.

Eveneens met een brief van 7 november wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar kandidatuur werd aanvaard.

3.3.1. Op 18 november 2008 schrijft verwerende partij een beperkte aanbesteding “nr. 9 voor nieuwe projecten voor opslag van gasolie-verwarming en/of diesel op het Belgische grondgebied” uit.

3.3.2. Op 14 april 2009 dient de nv Unitank G&V een offerte in. Deze offerte heeft betrekking op een te bouwen opslaginstallatie te Roeselare die zal bestaan uit negen grote en drie kleine tanks.

3.3.3. Met een brief van 2 juni 2009 deelt verwerende partij aan de nv Unitank G&V mee dat haar offerte werd gekozen voor een opslagvolume van

175.000 m³, dit is volgens verwerende partij in de memorie van antwoord zes van de negen grote tanks.

3.3.4. Er wordt begonnen met de bouw van de opslaginstallatie van de nv Unitank G&V. Uit een persbericht van de nv Unitank G&V van 25 februari 2010 blijkt dat het depot zal bestaan uit negen grote en drie kleine opslagtanks.

3.4. Op 2 april 2010 schrijft verwerende partij een beperkte aanbesteding “nr. 16 voor nieuwe projecten voor opslag van gasolie-verwarming en/of diesel op het Belgische grondgebied” uit.

3.5. Het op deze opdracht van toepassing zijnde bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht:

- “* Nieuw te creëren opslagcapaciteit voor diesel en/of gasolie-verwarming
- * Die beschikbaar wordt in de periode 01/01/2011 t.e.m. 30/06/2013
- * Gelegen op het grondgebied van België
- * Het betreft een gemengde opdracht voor werken en diensten waarbij het dienstenaspect als meest belangrijk onderdeel wordt beschouwd.

Apetra wenst met deze offerteaanvraag de constructie van nieuwe opslagcapaciteit voor het onderbrengen van haar voorraden in België te promoten.

Enkel projecten waarvan de bouwwerken nog niet zijn aangevat [...] komen voor deze opdracht in aanmerking. De reden hiertoe betreft het feit dat er langdurige Individuele Opslagcontracten worden aangeboden. Apetra wenst dergelijke langdurige contracten te beperken tot projecten die effectief nieuwe opslagcapaciteit creëren en die aanzienlijke investeringen vanwege de indiener vereisen”.

Het bestek verduidelijkt voorts dat de opslag gemeenschappelijk, afzonderlijk of afzonderlijk in combinatie met productvervanging mag gebeuren. Indien gemeenschappelijke opslag wordt aangeboden is het opslagbedrijf luidens het bestek “verantwoordelijk voor het ‘on spec’ [op voldoende kwaliteitsniveau] houden van de volumes van Apetra”.

De opdracht heeft een looptijd van 15 jaar.

Het bestek omschrijft een “depot” als:

“[A]lle faciliteiten die door het Opslagbedrijf worden ingezet op één fysieke locatie voor de ontvangst, het opslaan en voor het afleveren van de Producten, inclusief de tankruimte en de bijbehorende pijplijnen, steigers, slangen, pompen, kleppen en andere uitrusting, met inbegrip van de uitrusting voor de afvoer van het water onderaan in de tank, loodsen en magazijnen, ongeacht of ze al dan niet overdekt zijn. De beschrijving van het Depot en zijn locatie is opgenomen in het Individueel Opslagcontract”.

De depots dienen te voldoen aan een aantal kenmerken opgesomd in het bestek. Wat de afleverbaarheid van de gestockeerde producten betreft vereist het bestek onder meer:

“Afleverbaarheid Apetra product uit Depot:

* Binnen 30 dagen

Het Depot beschikt over faciliteiten die Apetra een aflevering van haar voorraden garanderen binnen de 30 dagen na opdracht tot aflevering.

* Algemene regel: aflevering via (zee)schip/lichter

Het Depot beschikt over afleverfaciliteiten die de aflevering van de voorraden van Apetra toelaten per zeeschip en/of per lighter

[...]”.

Wat het volume van de offertes betreft bepaalt het bestek:

“Minimum volume:

Het Individueel Opslagcontract handelt over een minimaal nieuw volume van 5.000 m³.

Maximum volume:

Apetra wenst, omwille van operationele redenen en om een spreiding van haar stocks te bereiken, de totale hoeveelheid verplichte voorraden die zij in een depot stockeert, te beperken tot een ‘beheersbaar’ volume dat haar een totale evacuatie uit het depot per (zee)schip toelaat binnen de 3 maand.

1° Depots afleverbaar per lighter / zeeschip:

Om concreet dit ‘beheersbaar’ volume per depot te bepalen zal Apetra de volgende analyse maken:

1. Berekening evacuatiecapaciteit depot

- * Aflevering per lichter / zeeschip aan een ritme van 2 lichters / zeeschepen per 3 dagen, 7 dagen op 7 -> 60 (zee)schepen over de 3 maand;

- * Taille van de lichter / het zeeschip: wordt bepaald door de beperkingen van de vaarweg waaraan de terminal gelegen is of door de beperkingen van de terminal zelf.

2. Toetsing van evacuatiecapaciteit aan het maximum volume dat Apetra wenst te stockeren in een depot

Los van de uitkomst van de bovenstaande berekening bedraagt het volume dat Apetra in een specifiek depot wenst te stockeren maximaal:

- * voor depots die louter afleverbaar zijn per lichter: 150.000 m³

- * voor depots die zeeschepen kunnen ontvangen: 350.000 m³

Het is de meest beperkende van de 2 analyses die als maximum volume zal gelden.

[...]

Het maximale volume van uw offerte in het kader van deze offerteaanvraag houdt rekening met de bovenvermelde berekeningwijze en maximale volumes die Apetra wenst te stockeren en met de volumes die u, naar aanleiding van voorgaande offerteaanvragen voor opslagcapaciteit, reeds met Apetra onder contract heeft voor het betreffende depot.

Bij onvoldoende reactie op de aanbestedingen 16, 17, 18, 19 en 20 kan Apetra alsnog beslissen grotere volumes dan de hier vermelde maximum volumes in een Depot te stockeren.

Een offerte voor een groter volume kan ingediend worden, maar louter als een variante op een offerte die wel rekening houdt met de maximale volumes.

[...]”.

Het enige gunningscriterium, aldus het bestek, betreft de “prijs voor opslag”.

Voorts wordt in het bestek vermeld: “APETRA houdt zich het recht voor bijkomende informatie te vragen en een bezoek aan het Depot of de site te organiseren zonder daartoe verplicht te zijn.”

3.6. Op 8 augustus 2010 dient verzoekende partij een offerte in voor deze opdracht. De offerte omvat meerdere varianten wat het aangeboden opslagvolume betreft. Haar offerte blijkt betrekking te hebben op drie grote opslagtanks te Roeselare. Uit de bij de offerte gevoegde plannen blijkt dat het gaat om drie tanks van elk 30.500 m³ bij de opslaginstallatie van de nv Unitank G&V waarvan hiervoor sprake.

In het begeleidend schrijven bij de offerte van verzoekende partij wordt gesteld dat haar opslagtanks over een eigen kade, pomp en pijplijn naar de kade zullen beschikken en dat een “Terminal Service Support Agreement” zal worden gesloten met de aanpalende opslaginstallatie zodat de opgeslagen producten per vrachtwagen kunnen worden verdeeld en bijkomende diensten kunnen worden geleverd zoals het kleuren en het toevoegen van additieven. De voorgestelde opslag betreft een gemengde opslagvorm.

3.7. In een e-mail van 20 augustus 2010 stelt verwerende partij een aantal vragen aan verzoekende partij met betrekking tot haar offerte. Verwerende partij merkt onder meer op dat zij reeds een overeenkomst heeft met de nv Unitank G&V over de aanpalende opslaginstallatie voor een totaal volume van 175.000 m³ en dat op de technische tekeningen gevoegd bij de offerte van verzoekende partij zowel de installatie van Unitank als de opslagtanks van verzoekende partij zijn afgebeeld. Deze tekeningen hebben bovendien reeds deel uitgemaakt van de offerte van de nv Unitank G&V in de eerdere gunningsprocedure voor de beperkte aanbesteding nr. 9, zij het met andere nummers voor de drie opslagtanks die verzoekende partij nu aanbiedt.

Verwerende partij vraagt vervolgens om meer details over de samenwerking tussen de opslagtanks van verzoekende partij en de opslaginstallatie van de nv Unitank G&V en ook om te bevestigen dat de tanks van verzoekende partij volledig onafhankelijk kunnen functioneren, bijvoorbeeld bij technische panne in de installatie van Unitank. Voorts wordt nog gevraagd

hoe verzoekende partij in de gemengde opslagvorm die zij voorstelt de gestockeerde producten “on spec” zal houden, temeer nu zij geen commerciële partners of commerciële activiteiten vermeldt in haar offerte.

3.8. Op een vergadering van 27 augustus 2010 bezorgt verzoekende partij aanvullende informatie over haar offerte aan verwerende partij, onder meer nieuwe technische tekeningen waarop wederom zowel de opslagtanks van verzoekende partij als de opslaginstallatie van de nv Unitank G&V zijn afgebeeld.

Uit het verslag van deze vergadering, opgesteld door verwerende partij, blijkt dat verzoekende partij heeft bevestigd dat haar opslagtanks zullen functioneren in zeer nauwe samenwerking met de opslaginstallatie van de nv Unitank G&V en dat haar tanks onder meer afhankelijk zijn van de elektriciteitsvoorziening en de brandweerinstallatie van de nv Unitank G&V.

Verwerende partij merkt *in fine* van het verslag op dat zij gebonden is door het bestek en de overheidsopdrachtenreglementering en dat, hoewel het project van verzoekende partij wordt voorgesteld als onafhankelijk van het project van de nv Unitank G&V, de interactie tussen de beide projecten zeer duidelijk lijkt (“Even though the WKV project is presented as a separate (from the U-VG project) project, the interaction between the two projects looks obvious”).

3.9. In een schrijven gedateerd op 27 augustus 2010, evenwel op 30 augustus 2010 medeondertekend door de nv Unitank G&V, verklaart verzoekende partij dat het bestek geen criteria bevat inzake de interactie tussen twee aanpalende installaties. Voorts bevestigt verzoekende partij dat haar opslagtanks een eigen kade, pomp en pijplijn hebben en op meerdere punten samenwerken met de installatie van de nv Unitank G&V.

3.10. Op 2 september 2010 stelt het directiecomité van verwerende partij een verslag aan de raad van bestuur op.

Wat de offerte van verzoekende partij betreft wordt erop gewezen dat de door haar aangeboden tanks worden voorgesteld als een nieuw depot doch dat dit niet als dusdanig moet worden beschouwd. De tanks hebben, aldus verder dit verslag, eerder deel uitgemaakt van een bieding *ad* 175.000 m³ zodat het maximum van 150.000 m³ per depot nu reeds is overschreden. Weliswaar hebben de tanks een eigen jetty, pompinstallatie en pijpleiding naar die jetty, doch het is geen nieuw, dit is een zelfstandig functionerend, depot; het aangeboden opslagcontract handelt over gemeenschappelijke opslag met aflevermogelijkheid via truck en mogelijkheid tot kleuring; deze faciliteiten kunnen evenwel niet door het nu aangeboden depot gebeuren maar zijn diensten te leveren door de naburige terminal. Ook de telemetrie, elektriciteit en waterpomp voor brandveiligheid bevinden zich in de andere terminal. Het directiecomité besluit dat de indiener met een “handigheid” zogenaamd een ander depot voorstelt wat het niet is; het stelt voor de bieding als een volume boven de maximale volumes voor een te depot te beschouwen en de opslagcapaciteit te gunnen aan andere inschrijvers.

3.11. Op 10 september 2010 vergadert de raad van bestuur van verwerende partij. Hij sluit zich aan bij het standpunt van het directiecomité.

3.12. Met brieven van 14 september 2010 worden de gekozen inschrijvers op de hoogte gebracht dat hun offertes werden uitgekozen voor gunning van de opdracht onder voorbehoud van een wachttermijn.

3.13. Op 15 september 2010 beslist verwerende partij dat de offerte van verzoekende partij niet in aanmerking kan worden genomen. Deze beslissing luidt onder meer:

“Gelet op het beoordelingsverslag dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd, dat integraal van deze beslissing deel uitmaakt en waarvan Apetra zich de motieven eigen maakt;

Gelet op het feit dat uit het beoordelingsverslag blijkt dat het depot WK Terminal (i.e. het depot van de inschrijver) en het depot Unitank – G&V Tankstorage Belgium onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en dat de inschrijver de in het individueel opslagcontract vermelde diensten in geval van het niet-functioneren van het Unitank – G&V Tankstorage Belgium

depot niet conform de Apetra algemene voorwaarden voor opslag kan uitvoeren; dat uit de technische tekeningen, vergunningen, e.d. blijkt dat de maximum 3 tanks waarvoor Apetra nu opslagcapaciteit aangeboden krijgt, in eerdere aanbestedingen deel uitmaakten van de offertes vanwege de firma Unitank – G&V Tankstorage Belgium voor het depot Unitank – G&V Tankstorage Belgium, en waarvoor toen reeds een opslagcapaciteit van 175.000 m³ is toegekend;

Gelet op het feit dat [de] inschrijver de door Apetra in eerdere aanbestedingen niet-gegunde volumes (die de maxima overschreden) voorstelt als een zgn. ‘ander’ depot, maar dat nochtans uit de offertes van [de] inschrijver blijkt dat zijn depot (in het bijzonder de fysieke verbinding en het feit dat dit depot niet onafhankelijk van het andere kan functioneren) de facto onderdeel is van een depot waarvoor reeds een (maximum)capaciteit van 175.000 m³ is gegund;

Gelet op het feit dat beide depots derhalve als één depot moeten worden beschouwd, zoals omschreven in het bestek nr. 16;

Gelet op het feit dat het bestek nr. 16 uitdrukkelijk bepaalt dat er een maximaal volume per depot wordt voorzien en dat Apetra voor de berekening ervan rekening kan houden met de volumes die reeds naar aanleiding van voorgaande offerteaanvragen zijn toegestaan; dat Apetra enkel bij onvoldoende reactie op de aanbestedingen 16, 17, 18, 19 en 20 alsnog kan beslissen grotere volumes dan de in het bestek nr. 16 vermelde maximum volumes in een depot te stockeren;

Gelet op het feit dat het door [de] inschrijver aangeboden depot onderdeel is van een depot waarvoor naar aanleiding van voorgaande offerteaanvragen de maximumopslagcapaciteit reeds is gegund en dat Apetra bovendien met haar aanbestedingen nrs. 16-20 ca. 660.000 m³ opslagcapaciteit zocht en in totaal voor ca. 2,2 miljoen m³ aan regelmatige offertes heeft ontvangen (en derhalve voldoende reactie op haar aanbestedingen heeft bekomen);

Beslist Apetra dat de offertes van de inschrijver voor bovenvermelde opdracht niet kunnen worden weerhouden”.

Het beoordelingsverslag waarvan sprake in deze beslissing luidt onder meer:

“Apetra ontving in het kader van de aanbesteding nr. 16 de volgende offertes van de inschrijver WK Verwaltungs GmbH [...]:

Voor het lot 1 (opslagcapaciteit beschikbaar in 2011):
[...]

Voor het lot 2 (opslagcapaciteit beschikbaar in 2012):

[...]

De offertes betreffen nieuw te bouwen gemeenschappelijke opslagcapaciteit voor gasolie-verwarming en diesel in een depot gelegen te Regenbeekstraat 60a, B-8800 Rumbeke (Roeselare). Deze capaciteit zal gesitueerd zijn in drie nieuwbouwtanks voorzien van basisfaciliteiten, met name een eigen aanlegplaats, pompinstallatie en pijpleiding naar de aanlegplaats. De inschrijver vermeldt in de projectnota en individueel opslagcontract de afleverfaciliteit voor Apetra met tankwagen én de additionele diensten zoals kleuring en additivering. Deze afleverfaciliteit en diensten dienen evenwel te gebeuren in het aangrenzend depot (het Depot Unitank-G&V Belgium) waarmee de inschrijver een dienstenovereenkomst zal sluiten.

De aangeboden opslagwijze is gemeenschappelijk, wat betekent dat de inschrijver verantwoordelijk is voor het kwaliteitbehoud van Apetra's product (verversing via de through-put van het depot).

Het depot beschikt reeds over alle benodigde vergunningen. De offertes bevattende technische tekeningen van het depot.

[...]

Beoordeling van de offertes van de inschrijver

* Relevante besteksbepalingen

[...]

* Toepassing met betrekking tot de inschrijver

Apetra heeft in het depot Unitank – G&V Tankstorage Belgium gelegen aan de Regenbeekstraat 60 te 8800 Rumbeke (Roeselare), in het raam van de aanbesteding nr. 9 – uitgeschreven op 18/11/2008 en aan Unitank – G&V Tankstorage Belgium nv gegund op 18 mei 2009, reeds een individueel opslagcontract van 175.000 m³ gegund. Dit depot is de zogenaamde 'neighbouring terminal' waarvan sprake in de projectnota van de offertes van [de] inschrijver.

In het kader van Apetra's aanbesteding nr. 2 (uitgeschreven op 6/3/2008 en definitief gegund op 8/7/2008) en nr. 9 uit 2009 werden aan Apetra offertes vanwege Unitank – G&V Tankstorage Belgium, een joint venture tussen Unitank Holding GmbH & Co KG en G&V Energy Group, gedaan voor een nieuwbouwdepot van maximaal 265.000 m³.

Inschrijver is de moedermaatschappij van Unitank Holding GmbH & Co KG, die 60% van de aandelen van Unitank – G&V Tankstorage Belgium nv in handen heeft.

De technische tekeningen bijgevoegd bij de offertes van [de] inschrijver tonen als het ‘andere depot’ de drie tanks die ook reeds op de technische tekeningen toegevoegd aan de offertes van Unitank – G&V Tankstorage Belgium nv als onderdeel van het nieuwbouwproject van max. 265.000 m³ (aanbestedingen nr. 2 en 9) te zien zijn.

De reeds bekomen vergunningen waarvan sprake in de offertes van [de] inschrijver (stedenbouwkundige vergunning, milieueffectenrapport) betreffen alle de bouw van een tankterminal te Regenbeekstraat te 8800 Rumbeke (Roeselare) door de firma Unitank – G&V Tankstorage Belgium.

De elektriciteitsvoorziening voor het depot dat thans door [de] inschrijver wordt aangeboden, evenals de telemetrie en de watervoorziening noodzakelijk in het kader van de brandbeveiliging ervan bevinden zich in het depot Unitank – G&V Tankstorage Belgium nv; voor de diensten die aan Apetra worden aangeboden (aflevering via tankwagen, kleuring, additivering, ‘on spec’ houden van het Apetra), dient tevens een beroep gedaan te worden op ‘het andere’ depot waarmee het depot van [de] inschrijver via leidingen aangesloten is. Zonder het functioneren van de Unitank – G&V Tankstorage Belgium terminal kan de inschrijver zijn contract met Apetra niet onafhankelijk (i.e. met de afleveringsfaciliteiten vermeld in het contract, via gemeenschappelijke opslag) uitvoeren.

Besluit:

Uit het voorgaande blijkt dat het depot van de inschrijver en het depot Unitank – G&V Tankstorage Belgium onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en dat de inschrijver de in het individueel opslagcontract vermelde diensten in geval van het niet-functioneren van het Unitank – G&V Tankstorage Belgium depot niet conform de Apetra algemene voorwaarden voor opslag kan uitvoeren.

Uit de technische tekeningen, vergunningen, e.d. blijkt dat de maximum 3 tanks waarvoor Apetra nu opslagcapaciteit aangeboden krijgt, in eerdere aanbestedingen deel uitmaakten van de offertes vanwege de firma Unitank – G&V Tankstorage Belgium nv voor het depot Unitank – G&V Tankstorage Belgium, en waarvoor toen reeds een opslagcapaciteit van 175.000 m³ is toegekend.

Nu stelt de inschrijver de door Apetra in eerdere aanbestedingen niet-gegunde volumes (die de maxima overschreden) voor als een zgn. ‘ander’ depot.

Nochtans blijkt uit de offertes van [de] inschrijver dat zijn depot (in het bijzonder door de fysieke verbinding en het feit dat dit depot niet onafhankelijk van het andere kan functioneren) de facto onderdeel is van een depot waarvoor reeds een (maximum)capaciteit van 175.000 m³ is

gegund. Beide depots zijn derhalve één depot te beschouwen, zoals omschreven in het bestek nr. 16.

Bestek nr. 16 bepaalt uitdrukkelijk dat er een maximaal volume per depot wordt voorzien en dat Apetra voor de berekening ervan rekening kan houden met de volumes die reeds naar aanleiding van voorgaande offerteaanvragen zijn toegestaan. Enkel bij onvoldoende reactie op de aanbestedingen 16, 17, 18, 19 en 20, kan Apetra alsnog beslissen grotere volumes dan de in het bestek nr. 16 vermelde maximum volumes in een depot te stockeren.

Vermits het door [de] inschrijver aangeboden depot onderdeel is van een depot waarvoor naar aanleiding van voorgaande offerteaanvragen de maximumopslagcapaciteit reeds is gegund en vermits Apetra bovendien met haar aanbestedingen nrs. 16-20 ca. 660.000 m³ opslagcapaciteit zocht en in totaal voor ca. 2,2 miljoen m³ aan regelmatige offertes heeft ontvangen (en derhalve voldoende reactie op haar aanbestedingen heeft bekomen), wordt voorgesteld dat de offertes van de inschrijver niet kunnen worden weerhouden”.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 198.187/XII-6410.

3.14. Met een Engelstalige brief van 15 september 2010 wordt de beslissing van 15 september 2010 en het beoordelingsverslag aan verzoekende partij bezorgd. Op 23 september 2010 volgt een in het Nederlands gestelde kennisgeving.

3.15. Op 29 september 2010 dagvaardt verzoekende partij verwerende partij voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel zetelend in kort geding om te doen vaststellen dat de beslissing van 15 september 2010 onregelmatigheden bevat en dienvolgens te schorsen en een verbod te doen opleggen om de opdracht toe te wijzen aan een andere inschrijver dan verzoekende partij.

Met een beschikking van 29 november 2010 verklaart de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg de vordering in kort geding ontvankelijk maar ongegrond.

3.16. Met brieven van 1 december 2010 deelt verwerende partij aan de gekozen inschrijvers mee dat “de rechter in kort geding een voor Apetra

gunstige uitspraak heeft gedaan, die ons in staat stelt de [...] opdracht aan uw onderneming toe te wijzen”. Het annulatieberoep A. 198.819/XII-6469 is gericht tegen de toewijzingsbeslissingen, die volgens verzoekende partij vervat zijn in de brieven van 14 september 2010 en 1 december 2010.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de zaken die betrekking hebben op dezelfde gunningsprocedure samen te voegen.

V. Ontvankelijkheid van de beroepen

5. Verwerende partij werpt drie excepties op die in beide zaken gelijklopend zijn. De tussenkommende partijen sluiten zich aan bij de eerste en de tweede exceptie. De excepties zullen hierna dan ook voor beide zaken tezamen worden onderzocht.

A. Rechtsmacht

Uiteenzetting van de exceptie

6. In een eerste exceptie betwisten verwerende partij en de tussenkommende partijen de rechtsmacht van de Raad van State. Zij betogen in essentie dat verwerende partij niet als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan worden beschouwd aangezien zij niet de macht heeft derden op eenzijdige wijze te binden.

Beoordeling

7.1. Overeenkomstig artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, mag deze enkel kennis nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de akten en reglementen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen

ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad van de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

7.2. Verwerende partij werd opgericht bij wet van 26 januari 2006 betreffende de aanhouding van een verplichte voorraad aardolie en aardolieproducten en de oprichting van een agentschap voor het beheer van een deel van deze voorraad en tot wijziging van de wet van 10 juni 1997 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben, en het verkeer daarvan en de controles daarop.

Artikel 17 van deze wet bepaalt:

“Teneinde de bevoorradingszekerheid van België te verzekeren en de Staat in de mogelijkheid te stellen om aan zijn internationale verplichtingen inzake het aanhouden van een minimumvoorraad aardolie en aardolieproducten te voldoen, wordt een vennootschap van publiek recht opgericht, die de vorm aanneemt van een naamloze vennootschap met sociaal oogmerk, ‘Apetra’ genoemd”.

7.3. Verwerende partij is aldus opgericht door de wetgever en dit als een vennootschap van publiek recht. Een dergelijke vennootschap is een administratieve overheid in de zin van voormeld artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wanneer zij, zoals te dezen, beslissingen neemt die kaderen in de opdrachten van openbare dienst waarmee zij is belast.

De omstandigheid dat niet zou zijn aangetoond dat verwerende partij de bevoegdheid heeft om eenzijdige bindende beslissingen te nemen is hier zonder relevantie. Analoog met hetgeen het Hof van Cassatie in zijn arrest nr. C.09.0102.N van 10 september 2009 overwoog zou de vraag of zij beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, slechts relevant zijn indien zij “een privaatrechtelijk orgaan” zou zijn, wat te dezen niet het geval is.

De exceptie wordt verworpen.

B. Hoedanigheid

Uiteenzetting van de exceptie

8. In een tweede exceptie wordt betwist dat verzoekende partij op rechtsgeldige wijze heeft beslist om voor de Raad van State in rechte te treden. Overeenkomstig de statuten van verzoekende partij is de zaakvoerder niet bevoegd om deze beslissing te nemen; minstens dient een geldige machtiging van de algemene vergadering voor te liggen.

Beoordeling

9. Verzoekende partij is een vennootschap naar Duits recht. Uit haar statuten blijkt dat de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid berust bij de zaakvoerder en dat die onbeperkt is.

Deze omvat aldus ook de bevoegdheid om namens de vennootschap in rechte te treden en dus ook om een annulatieberoep bij de Raad van State in te stellen.

De exceptie wordt verworpen.

C. Belang

Uiteenzetting van de exceptie

10. In een derde exceptie ten slotte betwist verwerende partij het belang van verzoekende partij bij de nietigverklaring van de bestreden beslissingen in beide beroepen. Zij betoogt in essentie dat verzoekende partij de opdracht niet zelf kan uitvoeren en dat het enige doel van het beroep dus het verkrijgen van een schadevergoeding voor de gewone rechter is, wat niet als een rechtens voldoende belang kan worden beschouwd.

Beoordeling

11. In het auditoraatsverslag wordt deze exceptie verworpen enerzijds omdat verwerende partij zelf toegeeft dat ze samenhangt met de grond van de zaak, anderzijds omdat verzoekende partij over een moreel belang beschikt bij de nietigverklaring van de bestreden beslissingen, die dienen te worden afgesplitst van de uiteindelijke overeenkomst.

De Raad van State ziet, mede gelet op het niet-weerspreken van dit standpunt door verwerende partij in haar laatste memorie, geen redenen om de terechte conclusie van het auditoraat niet bij te vallen. De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen in de zaak A. 198.187/XII-6410

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

12. Verzoekende partij voert de schending aan van “art. 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de formele motiveringsplicht zoals vervat in art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het materiële motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur met inbegrip van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers, art. 10 en 11 Gec. G.W. en het Europese niet-discriminatie en transparantiebeginsel”.

Verzoekende partij acht deze rechtsnormen geschonden doordat haar offerte als onregelmatig wordt geweerd om reden dat haar depot volgens verwerende partij een onderdeel zal vormen van het depot van de nv Unitank G&V en dat voor dit laatste depot de maximumcapaciteit reeds werd gegund zodat niet meer aan verzoekende partij kan worden gegund.

13.1. In een eerste onderdeel betwist verzoekende partij dit motief van de bestreden beslissing door erop te wijzen dat haar depot aan het kanaal Roeselare-Leie een capaciteit van 84.000 m³ heeft en een afzonderlijke kade en een afzonderlijke pompinstallatie voor schepen, zodat het depot, conform het bestek, binnen de drie maanden per lichter kan worden geëvacueerd of ververst. Het bestekscriterium inzake de evacuatiecapaciteit is “perfect gegarandeerd”, aldus verzoekende partij. De verwijzing van verwerende partij naar het naastgelegen depot van de nv Unitank G&V is volledig irrelevant, nu dit depot over een eigen kade en pompinstallatie beschikt om de belading en lossing autonoom uit te voeren. Op het vlak van evacuatiecapaciteit – volumebeheersing is er geen enkele link tussen verzoekende partij en de nv Unitank G&V.

De bestreden beslissing is dan ook onwettig in zoverre erin wordt gesteld dat de offerte van verzoekende partij de volumecapaciteit niet zou respecteren.

13.2. In een tweede onderdeel betwist verzoekende partij het betrokken motief van de bestreden beslissing door erop te wijzen dat geen enkele bepaling van het bestek de uitbatingswijze of -voorwaarden van het depot regelt of beperkt. Nergens in het bestek wordt samenwerking tussen twee naast elkaar gelegen opslagbedrijven verboden, uitgesloten of beperkt. Zij benadrukt de onafhankelijkheid van haar depot van dit van de nv Unitank G&V en verwerpt de “insinuatie” dat zij zonder samenwerking met dit depot het gestockeerde product niet op voldoende kwalitatief niveau (“on spec”) kan houden. Verzoekende partij heeft een offerte ingediend die voorziet in gemeenschappelijke opslag, wat door het bestek wordt toegelaten. Verwerende partij miskent het bestek door zich te mengen in de praktische organisatie van deze gemeenschappelijke opslag. Verwerende partij beoordeelt de uitbatingsvoorwaarden en de uitbatingswijze van het depot terwijl geen besteksvoorwaarden daarover handelen.

De bestreden beslissing is dan ook onwettig in zoverre de volumecapaciteit in relatie wordt gebracht met de uitbatingswijze en de offerte van verzoekende partij om die reden wordt geweerd.

13.3. In een derde onderdeel betwist verzoekende partij het motief van de bestreden beslissing door er (nogmaals) op te wijzen dat haar depot géén onderdeel is van het depot van de nv Unitank G&V. Er zijn wel degelijk twee depots, elk uitgebaat door een apart bedrijf met eigen rechtspersoonlijkheid. Beide vennootschappen werden bovendien door verwerende partij geselecteerd en geschikt bevonden, wat inhoudt dat zij elk afzonderlijk voldoen aan de selectievoorwaarden. Verwerende partij kan niet terugkomen op het feit dat zij verzoekende partij als geschikt, autonoom en onafhankelijk opslagbedrijf heeft geselecteerd en dus zeker niet heeft beschouwd als onderdeel van of horend bij de nv Unitank G&V.

Verzoekende partij zal drie nieuwe opslagtanks bouwen, met laad- en loskade en eigen pompfaciliteiten. Verzoekende partij zal haar verplichtingen zoals bepaald in het bestek zelf uitvoeren. Zij benut, in tegenstelling tot wat in de bestreden beslissing wordt overwogen, niet drie van de twaalf tanks van het depot van de nv Unitank G&V.

De bestreden beslissing is dan ook onwettig in zoverre het depot van verzoekende partij wordt gekwalificeerd als onderdeel van het depot van de nv Unitank G&V.

14. In haar memorie van wederantwoord beklemt toont verzoekende partij dat verwerende partij de besteksvoorwaarden miskende en bij haar beoordeling van de offertes voorwaarden toevoegde die niet in het bestek zijn te lezen, dit louter om te kunnen gunnen aan andere ondernemingen. Het is enkel via kunst- en vliegwerk dat verwerende partij de link legt met het naastgelegen depot om een overschrijding van het maximumvolume te kunnen ontwarenen. In het bestek wordt het volume van het depot enkel gekoppeld aan één criterium, met name de evacuatiecapaciteit van het depot. Al het overige staat niet in het bestek en wordt er onaanvaardbaar door verwerende partij aan toegevoegd.

15. In haar laatste memorie erkent verzoekende partij dat zijzelf en de nv Unitank G&V zusterbedrijven zijn, doch stelt dat verwerende partij de “potentiële praktische samenwerking [...] onterecht [uitvergroot] op een aantal punten [...] op het vlak van uitbating van de twee depots” en aldus ten onrechte

besluit dat er slechts sprake is van één depot. Aldus heeft verwerende partij de regel inzake de volumebeperking miskend. Om aan deze regel te voldoen is immers enkel vereist dat het depot van verzoekende partij beschikt over een eigen laad- en loskade met pompinstallatie, onderscheiden van deze van het depot van de nv Unitank G&V, wat het geval is. Volgens verzoekende partij werd binnen de ondernemingsgroep “om autonome redenen” beslist om verzoekende partij te laten inschrijven op de opdracht, redenen die geen uitstaans hebben met enig “handigheidje” om de volumebeperking te omzeilen. De omvangrijke kosten verbonden aan het bouwen van een eigen kade met pompinstallatie bewijzen de correcte intenties van verzoekende partij.

Beoordeling

16.1. Verwerende partij is een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk en krachtens de voornoemde wet van 26 januari 2006 belast met het aanhouden en beheren van de verplichte en strategische voorraden aardolie en aardolieproducten, onder meer als deel van de internationale verplichtingen van België tot het aanhouden van een minimumvoorraad aardolie en aardolieproducten.

De voorliggende opdracht kadert binnen de uitvoering van deze taken van algemeen belang.

Het bestek van toepassing op deze opdracht dient in dit licht te worden gelezen, in het bijzonder waar het bepaalt:

“Maximum volume:

Apetra wenst, omwille van operationele redenen en om een spreiding van haar stocks te bereiken, de totale hoeveelheid verplichte voorraden die zij in een depot stockeert, te beperken tot een ‘beheersbaar’ volume dat haar een totale evacuatie uit het depot per (zee)schip toelaat binnen de 3 maand.

1° Depots afleverbaar per lichter / zeeschip:

[...]

Los van de uitkomst van de bovenstaande berekening bedraagt het volume dat Apetra in een specifiek depot wenst te stockeren maximaal:

* voor depots die louter afleverbaar zijn per lichter: 150.000 m³

* voor depots die zeeschepen kunnen ontvangen: 350.000 m³”.

Voorts omschrijft het bestek een “depot” als:

“Alle faciliteiten die door het opslagbedrijf worden ingezet op één fysieke locatie voor de ontvangst, het opslaan en voor het afleveren van de producten, inclusief de tankruimte en de bijbehorende pijplijnen, steigers, slangen, pompen, kleppen en andere uitrusting, met inbegrip van de uitrusting voor de afvoer van het water onderaan in de tank, loodsen en magazijnen, ongeacht of ze al dan niet overdekt zijn”.

16.2. Verzoekende partij betwist niet dat de in haar offerte voorgestelde opslagtanks en de opslaginstallatie van de nv Unitank G&V niet per zeeschip kunnen worden bereikt en aldus in principe onderworpen zijn aan een maximumopslagcapaciteit van 150.000 m³. Evenmin betwist verzoekende partij dat op 2 juni 2009 aan het depot van de nv Unitank G&V reeds een opslagvolume van 175.000 m³ werd gegund.

16.3. De premisse die verzoekende partij in elk van de drie onderdelen van dit middel hanteert is dat de opslagtanks in haar offerte door verwerende partij ten onrechte werden beschouwd als vormend één geheel met het depot van de nv Unitank G&V en haar offerte aldus ten onrechte werd geweerd omdat de maximumopslagcapaciteit werd overschreden.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij in het eerste onderdeel en in de memorie van wederantwoord doet gelden is niet enkel “het criterium evacuatiecapaciteit” in dit verband relevant. Het bestek omschrijft een depot immers als “één fysieke locatie voor de ontvangst, het opslaan en voor het afleveren van de producten”.

Uit de stukken van het dossier, in het bijzonder de eigen technische plannen van verzoekende partij en deze van de nv Unitank G&V, blijkt reeds op het eerste gezicht dat verwerende partij terecht mocht besluiten dat de opslagtanks van verzoekende partij en het depot van de nv Unitank G&V in

feite als “één fysieke locatie voor de ontvangst, het opslaan en voor het afleveren van de producten” dienen te worden beschouwd. Verzoekende partij weerspreekt niet de opmerkingen van verwerende partij dat de tanks in haar offerte en deze van de nv Unitank G&V zich in één tankput bevinden, noch dat deze aan dezelfde stedenbouwkundige- en milieuvergunning onderworpen zijn. Zij weerlegt niet de vaststelling dat zij geen commerciële activiteiten of partners voorstelt, noch dat de drie tanks die in haar offerte worden voorgesteld als een afzonderlijk depot niet over een eigen elektriciteits- en watervoorziening beschikken, noch over eigen administratieve gebouwen, noch zelfs maar over een eigen toegang tot de openbare weg hetgeen bediening middels trucks uitsluit. Het besluit van verwerende partij dat de opslagtanks voorgesteld in de offerte van verzoekende partij niet onafhankelijk van het depot van de nv Unitank G&V kunnen functioneren komt dan ook niet als onzorgvuldige besluitvorming voor.

Het beschikken over een eigen kade en pompinstallatie komt in het licht van het voorgaande als weinig determinerend voor opdat gewag zou kunnen worden gemaakt van een depot in de zin van het bestek.

Ook de nv Unitank G&V heeft *in tempore non suspecto* bevestigd dat er in werkelijkheid slechts één “depot” in de zin van het bestek bestaat op de site in Roeselare. In een persbericht van 25 februari 2010 stelt deze onderneming onder meer:

“Samen met haar Duitse partner Unitank heeft G&V een groot depot gerealiseerd in Roeselare (Schaapsbrugge). [...] De overheid zal dit depot gebruiken om haar strategische stock op niveau te houden.

[...]

Concreet zal er in 2 fasen gebouwd worden. De totaliteit bestaat – zoals u kunt zien op bijgevoegd plan – uit 9 tanks van 30.470 m³ met een hoogte van 22 m en een diameter van 42 m voor diesel en huisbrandolie. Daarnaast komen er 3 kleinere tanks van 4.314 m³ met dezelfde hoogte en diameter van 15,80 m die naast diesel voor wegvervoer, benzines zullen bevatten”.

Zoals verwerende partij opmerkt in de memorie van antwoord, op dit punt niet weersproken door verzoekende partij, had zij aan de nv Unitank

G&V in 2009 slechts een opslagvolume gegund overeenstemmend met zes grote tanks. De negen grote tanks waarvan sprake in het persbericht omvatten aldus de drie tanks die thans in de offerte van verzoekende partij worden voorgesteld als een afzonderlijk depot.

Gelet op de voorgaande vaststellingen, die alle onmiddellijk uit het dossier naar voren komen, kon verwerende partij zonder schending van de in het middel aangehaalde rechtsnormen vaststellen dat op de locatie te Roeselare in werkelijkheid slechts sprake was van één depot in de zin van het bestek. Zij mocht, overeenkomstig de regels die zij zichzelf in het bestek had opgelegd, dan ook niet anders dan de offerte van verzoekende partij weren nu voor deze locatie in het verleden reeds meer dan het maximum toegestane opslagvolume werd gegund en zij meer dan voldoende reactie had gekregen op de huidige aanbesteding.

16.4. De grief aan de orde in het tweede onderdeel – het bestek sluit samenwerking tussen aanpalende depots niet uit – is niet gegrond, nu deze berust op de veronderstelling dat er hier sprake is van twee afzonderlijke depots wat, zoals werd vastgesteld, niet het geval is.

16.5. Wat het derde onderdeel betreft, wordt niet ingezien hoe het feit dat verwerende partij destijds verzoekende partij en de nv Unitank G&V beiden heeft geselecteerd in het kader van de raamovereenkomst, haar thans belet om de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij vast te stellen nu er door deze inschrijver geen “depot” in de zin van het bestek werd voorgesteld.

16.6. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. Verzoekende partij voert de schending aan van “art. 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de formele

motiveringsplicht zoals vervat in art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het materiële motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur met inbegrip van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers, art. 10 en 11 Gec. G.W. en het Europese niet-discriminatie en transparantiebeginsel”.

In dit middel acht zij deze rechtsnormen geschonden doordat verwerende partij in de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij uitdrukkelijk als “regelmatig” beoordeelt en conform acht met de bepalingen van het bestek en vervolgens opnieuw regelmatigheidscriteria betreft in haar beoordeling om de offerte ten slotte te weren.

17.1. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing dubbelzinnig en intern tegenstrijdig is. Enerzijds wordt de offerte van verzoekende partij regelmatig bevonden, wat een volledige controle van de overeenstemming met de formele en inhoudelijke besteksvoorwaarden tijdens een regelmatigheidsonderzoek voorafgaand aan de beoordeling van de gunningscriteria veronderstelt, anderzijds komt verwerende partij terug op deze regelmatigheidsbeoordeling waar zij de offerte van verzoekende partij weert omdat het maximaal volume per depot zou zijn overschreden.

Eenmaal een overheid een inschrijving als regelmatig heeft beschouwd, kunnen motieven die met de regelmatigheid verband houden niet opnieuw bij de beoordeling van de intrinsieke waarde van de offerte worden betrokken, aldus verzoekende partij. De aanbestedende overheid kan niet terugkomen op haar regelmatigheidsbeoordeling, anders is de beslissing onregelmatig.

17.2. In een tweede onderdeel laakt verzoekende partij het feit dat haar offerte niet werd getoetst aan het gunningscriterium “prijs voor opslag”. Zij wijst erop dat de opdracht een beperkte aanbesteding betreft waarin enkel rekening mag worden gehouden met de laagste prijs als gunningscriterium en dat, indien alleen de prijs in acht werd genomen, de opdracht aan haar had moeten worden gegund. “Immers, had [verzoekende partij] geen offerte ingediend

waarvan de prijs niet in aanmerking kwam voor gunning, dan had [verwerende partij] de offerte van [verzoekende partij] afgewezen op grond van het afdoende argument, nl. duurder dan andere inschrijvingen”, aldus verzoekende partij. “De reden van [verwerende partij] om niet te gunnen aan [verzoekende partij], met name een ganse uitleg omtrent de zogenaamd ongeoorloofde samenwerking met Unitank-G&V, die niet eens aan de orde is bij een regelmatigheidsonderzoek van het bestek, wijst duidelijk op een dubbele agenda”, zo vervolgt verzoekende partij. De bestreden beslissing is dan ook onwettig nu, na uitdrukkelijk de offerte van verzoekende partij regelmatig te hebben verklaard, er verder geen woord wordt gerept over het enige gunningscriterium, de prijs.

Beoordeling

18.1. Wat het eerste onderdeel betreft wordt in het auditorsverslag opgemerkt dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de formele en de materiële regelmatigheid van een offerte; waar verwerende partij eerst heeft gesteld dat de offerte van verzoekende partij regelmatig is, heeft dit betrekking op de formele regelmatigheid ervan, waar verwerende partij vervolgens stelt dat de offerte van verzoekende partij als onregelmatig dient te worden geweerd, heeft deze beoordeling betrekking op de materiële regelmatigheid van deze offerte. De bestreden beslissing is dan ook niet intern tegenstrijdig en het eerste onderdeel dus niet gegrond.

Verzoekende partij weerspreekt deze vaststelling uit het auditorsverslag niet in haar laatste memorie en beperkt zich, in weerwil van de conclusie van dit verslag, tot de loutere affirmatie dat de bestreden beslissing wel degelijk contradictorisch is.

De Raad van State ziet in die omstandigheden geen redenen om het terechte standpunt van het auditoraat niet bij te vallen.

Het eerste onderdeel is niet gegrond.

18.2. Wat het tweede onderdeel betreft werd bij de beoordeling van het eerste middel vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij terecht werd

geweerd als onregelmatig aangezien geen depot in de zin van het bestek werd aangeboden. Haar offerte diende niet te worden betrokken in de toetsing aan het prijs criterium.

Het tweede onderdeel is niet gegrond.

18.3. Het tweede middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. Verzoekende partij voert de schending aan van “art. 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 115 van het K.B. van 8 januari 1996, de formele motiveringsplicht zoals vervat in art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het materiële motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur met inbegrip van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers, art. 10 en 11 Gec. G.W. en het Europese niet-discriminatie en transparantiebeginsel”.

In dit middel laakt verzoekende partij in een eerste en tweede onderdeel het feit dat de bestreden beslissing is genomen na het inwinnen van preciseringen en inlichtingen. Zij betoogt in het derde onderdeel dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

19.1. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat het niet nodig was om preciseringen en aanvullingen in te winnen. Zij verwijst naar artikel 115, zesde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidens hetwelk de aanbestedende overheid slechts in contact treedt met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten aanvullen of preciseren. Deze nood wordt niet aangetoond vermits de

offerte van verzoekende partij duidelijk en volledig was. Deze vaststelling volstaat volgens verzoekende partij om de bestreden beslissing te vernietigen.

19.2. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat verwerende partij de mogelijkheid om preciseringen en aanvullingen in te winnen heeft afgewend om bewust op zoek te gaan naar argumenten om haar offerte te kunnen afwijzen:

“Dit vloeit voort uit navolgende met elkaar overeenstemmende vermoedens, die aldus afdoende bewijs opleveren (art. 1353 B.W.):

(1) Inzake beperkte aanbestedingen, zoals *in casu*, worden in regel geen aanvullingen en preciseringen gezocht, vermits enkel de prijs het enige relevante criterium is. [...]

(2) [Verwerende partij] heeft ‘aanvullingen’ en ‘preciseringsen’ verzocht terwijl de offerte volkomen duidelijk was! Nergens werd verholen dat er een beperkte samenwerking was met een aanpalend depot, hetgeen trouwens noch in de wet, noch in het bestek wordt verboden. [...]

(3) Dit vloeit verder ook voort uit de manier van vraagstelling, die er op een uitgesproken manier op gericht is om negatief bewijs te gaan creëren en verraadt dus vooringenomenheid. Kenschetsend is in dit verband dat [verwerende partij] zelf, de aanbesteder, per email dd. 27.08.2010 ‘als antwoord’ een samenvatting schrijft van hetgeen is besproken [...] in plaats dat [verzoekende partij] de verzochte aanvullingen en preciseringen overmaakt! [Verwerende partij] beantwoordt zelf haar vragen! Het zal nu precies deze samenvatting zijn, die [verwerende partij] zelf schreef, die de basis vormt voor de motivatie tot wering van de inschrijving van [verzoekende partij].”

Verzoekende partij benadrukt dat enkel haar geschreven antwoord relevant is, namelijk dat zij een volledig depot aanbiedt en dat enige interactie tussen twee aanpalende depots geen bestekscriterium is. De bijkomende vragen van verwerende partij hadden niet de intentie om “onduidelijkheden” weg te werken maar waren er integendeel op gericht om “stemmingmakerij, onduidelijkheden en verwarring” te doen ontstaan. De vragen hadden betrekking op aspecten inzake de uitbating van het depot en de samenwerking met het aanpalende depot, aspecten waaromtrent geen bepalingen waren opgenomen in het bestek. Gelet op de tendentieuze vraagstelling en het gebruik van de eigen samenvatting van verwerende partij werd verzoekende partij niet op dezelfde wijze behandeld als alle andere inschrijvers.

19.3. In het derde onderdeel voert verzoekende partij ten slotte aan dat er sprake is van “ongeoorloofde twee maten en twee gewichten” bij de beoordeling van de offertes.

Verzoekende partij verwijst naar een conclusie neergelegd door verwerende partij in het kader van de procedure vóór de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel zetelend in kort geding waarin verwerende partij had verwezen naar een concurrerende offerte “Kluizendok” waarin ook sprake was van twee nabij elkaar gelegen depots en aan welke inschrijver verwerende partij eveneens vragen had gesteld.

Verzoekende partij benadrukt in de eerste plaats dat deze offerte niet vergelijkbaar is met de hare: het voorstel Kluizendok betreft afzonderlijke opslag en niet gemeenschappelijke opslag zoals in haar offerte. De vergelijking tussen beide offertes is dan ook naast de kwestie, aldus verzoekende partij. Voorts is ook de vraagstelling verschillend, verwerende partij stelt aan Kluizendok geen vragen inzake haar accijnsmachtiging, haar douaneverplichtingen, haar boekhouding, ... deze vergelijking bewijst volgens verzoekende partij de kwade trouw van verwerende partij.

Op de site Kluizendok aan de Gentse zeehaven, waar reeds een bestaande opslagcapaciteit van 350.000 m³ is gegund bij de beperkte aanbesteding nr. 9 heeft verwerende partij nu, bij de beperkte aanbesteding nr. 16, nogmaals 230.000 m³ gegund. Bedenkingen over de overschrijding van de maximaal toegestane capaciteit maakt verwerende partij enkel ten aanzien van verzoekende partij, niet ten aanzien van de site Kluizendok, waarvan ongetwijfeld kan worden aangenomen dat de zusterbedrijven zullen samenwerken in de exploitatie.

Op het ogenblik van de gunningsbeslissing beschikte de offerte Kluizendok niet over een stedenbouwkundige vergunning, noch over een accijnsmachtiging, noch over de status “in aanmerking komend depot”. Nochtans maakte verwerende partij hierover geen bedenkingen, wat zij wel doet over het voorstel van verzoekende partij; zij voert allerlei bezwaren aan inzake

samenwerking, vergunning en machtiging om deze offerte te weren. Dit is ongeoorloofd en miskent de beginselen van behoorlijk bestuur en het vertrouwen dat elke burger op grond van gelijkheid wordt behandeld.

20. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij voor dat de Raad van State verwerende partij verplicht om alle relevante documenten van de beperkte aanbesteding nr. 9 en nr. 16 inzake de site Kluizendok over te leggen. “De twee maten en twee gewichten politiek zal zonneklaar blijken”, aldus verzoekende partij.

21. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij wat het derde onderdeel betreft erop dat ook de twee depots op de site Kluizendok door zusterbedrijven zullen worden uitgebaat. Er is aldus “geen sprake van een *ratio* van spreiding van volumes op strategische plaatsen door volkomen onafhankelijk opererende zusterondernemingen”.

Beoordeling

22.1. Wat het eerste onderdeel betreft verwijst verzoekende partij naar een bepaling die de gunningswijze van de offerteaanvraag betreft en die hier dus niet van toepassing is; het middelonderdeel ontbreekt bijgevolg juridische grondslag.

22.2. Wat het tweede onderdeel betreft dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat verwerende partij in het bestek uitdrukkelijk in de mogelijkheid heeft voorzien om aanvullende informatie in te winnen bij de inschrijvers. Voorts toont verzoekende partij niet aan dat de vraagstelling van verwerende partij er enkel op gericht was om argumenten te vinden om haar offerte te kunnen weren. In tegenstelling tot wat zij aanvoert was haar offerte immers allesbehalve duidelijk wat de relatie tussen haar voorstel en het depot van de nv Unitank G&V betreft, wat blijkt uit de beoordeling van het eerste middel. Ten slotte toont verzoekende partij niet aan dat verwerende partij de motieven om haar offerte te weren enkel zou hebben geput uit het door verwerende partij opgestelde verslag van de informatievergadering.

22.3. Wat het derde onderdeel betreft moet worden opgemerkt dat bij de beoordeling van het eerste middel werd vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij terecht werd geweerd als onregelmatig nu geen “depot” in de zin van het bestek werd aangeboden.

Uit de stukken die verzoekende partij zelf bijbrengt blijkt dat de depots aan het Kluizendok te Gent reeds op het eerste gezicht twee afzonderlijke opslaglocaties betreffen die honderden meters uit elkaar liggen en elk “één fysieke locatie voor de ontvangst, het opslaan en voor het afleveren van de producten” vormen. Zoals verzoekende partij overigens ook zelf opmerkt zijn deze depots aldus niet te vergelijken met het aangeboden in haar offerte.

Deze vaststelling volstaat om de grief inzake de schending van het gelijkheidsbeginsel te verwerpen.

22.4. Het derde middel wordt verworpen.

VII. Onderzoek van de middelen in de zaak A. 198.819/XII-6469

Vooraf

23. Verzoekende partij voert vier middelen aan waarvan de laatste drie identiek zijn aan de hiervoor beoordeelde middelen. Om de redenen hierboven uiteengezet worden deze drie middelen verworpen.

Uiteenzetting van het eerste middel

24. Verzoekende partij voert hier een middel aan dat betrekking heeft op het door verwerende partij als vertrouwelijk aanmerken van bepaalde informatie in de bestreden toewijzingsbeslissingen.

Verzoekende partij laakt in het bijzonder het feit dat haar enkel exemplaren van de zes toewijzingsbrieven ter hand zijn gesteld waarin bepaalde gegevens onleesbaar werden gemaakt. Zij betoogt dat zij over alle juridische en feitelijke gegevens moet beschikken die aan de bestreden beslissingen ten

grondslag liggen en dat zij, omwille van de onleesbaar gemaakte informatie, niet kan nagaan of haar offerte terecht werd geweerd of niet.

25. In de memorie van wederantwoord situeert verzoekende partij haar belang bij dit middel in de mogelijkheid om de prijsgegevens van de andere inschrijvers te weten te komen:

“Door het onleesbaar maken van de essentie - de prijs - wordt verzoekende partij in de onmogelijkheid geplaatst na te gaan of niet werd gegund aan een derde die intekende aan een hogere prijs dan haar eigen insteek.

Eenmaal (weliswaar onregelmatig) gegund, vervalt het geheim van de prijsinsteek! Dit blijkt ook uit lid 3 van art. 11 van de wet van 15.06.2006 inzake overheidsopdrachten. Eenmaal de beslissing genomen, vervalt ‘de gevoeligheid’ van de prijsinsteek. Er is als dan geen sprake meer van commercieel gevoelige informatie. Verzoekende partij heeft dus alle belang na te zien aan welke prijs werd gegund en na te zien of haar prijs, hoger of lager was. Dit is trouwens de essentie bij de ‘aanbesteding’. Aldus kan verzoekende partij, na kennisname van de prijs, ook nagaan of zij een kans maakt om de werken zelf toegewezen te krijgen of niet. Anders blijft verzoekende partij compleet in het ongewisse. Indien verzoekende partij ‘duurder’ was dan de rest, heeft verzoekende partij geen belang, maar zolang verzoekende partij dit niet weet maakt zij kans op toewijzing van de opdracht op basis van haar prijsinsteek, en is de kennisname van die informatie derhalve relevant.

Nergens wordt ook de reden tot censuur in de beslissing gejustificeerd. Dit is op zich een voldoende reden om de beslissingen te vernietigen. Geen enkele informatie is ‘vertrouwelijk’ tot het tegendeel is aangetoond door de overheid. Dit werd niet aangetoond, noch is dit aantoonbaar.

Het gegrond bevinden van het middel en de vernietiging leidt automatisch, en werd dus verzocht in tegenstelling tot de beweringen van tussenkomende partijen, tot het bevelen door uw zetel van de lichting van de vertrouwelijkheid van de ‘vertrouwelijk’ voorgehouden stukken van Apetra zoals opgesomd in hun inventaris”.

Beoordeling

26. Uit het verwerpen van de middelen in de zaak A. 198.187/XII-6410 volgt dat de offerte van verzoekende partij terecht onregelmatig werd verklaard.

Een inschrijver met een onregelmatige offerte heeft enkel belang bij een beroep tot nietigverklaring van de beslissing om de opdracht aan andere inschrijvers toe te wijzen indien hij kan aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Verzoekende partij situeert haar belang bij het middel echter uitdrukkelijk in de mogelijkheid om de prijsgegevens van de overige inschrijvers te achterhalen, teneinde, zoals zij zelf stelt, alsnog “kans [te maken] op toewijzing van de opdracht op basis van haar prijsinsteek”.

Dit belang kan niet worden aanvaard aangezien de niet-regelmatige offerte van verzoekende partij hoe dan ook niet voor toewijzing van de opdracht in aanmerking kan komen.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

- 1. De zaken A. 198.187/XII-6410 en A. 198.819/XII-6469 worden gevoegd.**
- 2. De Raad van State verwerpt de beroepen.**
- 3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de beroepen tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.**
De tussenkommende partijen in de zaak A. 198.819/XII-6469 worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 375 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest