

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 246.091 van 14 november 2019

in de zaak A. 229.335/XII-8813

In zake: de BVBA POSTALIA BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat George Dobbelaere
kantoor houdend te 9070 Heusden
Bommelsrede 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUGGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV BPOST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Andi Zrza
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 oktober 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- De beslissing van ongekende datum van de Stad Brugge betreffende de ‘Raamovereenkomst voor de postverwerking via een aankoopcentrale tot 31/12/2023 met Europese bekendmaking’ waarbij de offerte van Postalia Belgium bvba wordt geweerd uit de verdere procedure.

XII-8813-1/16

- De beslissing van ongekende datum van de Stad Brugge betreffende de toewijzing van de opdracht inzake de ‘Raamovereenkomst voor de postverwerking via een aankoopcentrale tot 31/12/2023 met Europese bekendmaking’ waarbij de opdracht aan een concurrent van Postalia Belgium bvba wordt toegewezen.
- De impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan Postalia Belgium bvba te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 oktober 2019 heeft de nv Bpost gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2019, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die *loco* advocaat George Dobbelaere verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sven Frankard, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 treedt op als aankoopcentrale en schrijft in die hoedanigheid een opdracht uit voor diensten met betrekking tot een

raamovereenkomst voor de postverwerking via een aankoopcentrale tot 31 december 2023.

De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 29 mei 2019 en in het Europees Publicatieblad op 31 mei 2019.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek “Raamovereenkomst voor de postverwerking via een aankoopcentrale tot 31/12/2023 met Europese bekendmaking”. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven:

“Deze opdracht heeft tot doel het sluiten van een raamovereenkomst met één opdrachtnemer voor het uitvoeren van routage-activiteiten en postdiensten waarbij het stadsbestuur van Brugge optreedt als aankoopcentrale.

De opdracht omvat:

- Ophaling bij de opdrachtgever van de ongefrankeerde postzendingen op af te spreken tijdstippen en plaatsen.
- Frankeren van de opgehaalde ongefrankeerde postzendingen conform de normen van de aanbieder van de postdiensten die instaat voor de distributie naar de geadresseerden.
- Transport naar en afgeven van de gefrankeerde postzendingen bij een bedrijf bevoegd voor de aanbidding van postdiensten. Deze aanbieder zorgt voor de distributie naar de geadresseerden.”

De opdracht wordt geplaatst via een openbare procedure. Met betrekking tot de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald:

“[...]”

Het stadsbestuur kiest de offerte die volledig conform is met de bepalingen opgenomen in dit bestek en die op basis van volgende gunningscriteria de economisch voordeligste aanbidding heeft.

prijs	80 pt.
beoordeling van de aangeboden service	20 pt.

De evaluatie van de offertebedragen gebeurt met inbegrip van de belasting over de toegevoegde waarde (btw).

Een gedetailleerde beschrijving van deze gunningscriteria is opgenomen in hoofdstuk 3 – gunningscriteria (gedetailleerd) – pag. 20-22.”

Met betrekking tot de prijsvaststelling van de opdracht luidt het bestek:

“13. Wijze van prijsbepaling

Dit is een opdracht volgens prijslijst.

De inschrijver bezorgt een gedetailleerd en bindend tariefplan voor het ophalen, frankeren (frankeerkosten en behandelingskosten) en distributie door de aanbieder van de postdiensten naar de geadresseerde. Gezien de prijzen van de offerte deze zijn voor 2019 en het raamcontract ten vroegste ingaat op 1/1/2020 zijn de prijzen van 2019 onderworpen aan een prijsherziening op 1/1/2020.

Het gedetailleerd tariefplan bevat alle prijzen/tarieven waarbij rekening gehouden wordt met alle mogelijke variaties in volumes, formaten, gewicht van de individuele zendingen, bestemmingen (nationaal en internationaal), aantallen, verzendwijzen, aard van de verzendingen (brievenpost, pakketten, aangetekende zendingen,...), ophalingen, enz. ... In het tariefplan wordt duidelijk vermeld of de prijzen exclusief of inclusief BTW zijn. Het BTW-tarief wordt steeds vermeld.

In functie van de gunning, gunningscriterium prijs, dient de inschrijver het offerteformulier volledig in te vullen. De ingevulde prijzen zijn identiek aan de prijzen vermeld in het ingediende tariefplan. Een onvolledig ingevuld offerteformulier kan de uitsluiting van deelname aan de gunning tot gevolg hebben. Alle prijzen worden verplicht uitgedrukt in EURO en zijn inclusief BTW.”

3.3. Vier inschrijvers hebben een offerte ingediend, waaronder de verzoekende partij.

Op onbekende datum wordt een gunningsverslag opgesteld. De verzoekende partij wordt geselecteerd maar haar offerte wordt onregelmatig bevonden. Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij (met merknaam Easypost) wordt vermeld:

“De firma Easypost wordt uitgesloten van deelname aan de gunning van de opdracht omdat het tariefplan niet werd bijgevoegd. Het tariefplan is een verplicht bij te voegen document. Deze vereiste staat meerdere keren vermeld in het bestek en ook in de algemene verbintenis.

Hierna een opsomming van de vermeldingen inzake het tariefplan in de opdrachtdocumenten.

Bestek:

Wijze van prijsbepaling (pag. 10-11)

Dit is een opdracht volgens prijslijst.

De inschrijver bezorgt een gedetailleerd en bindend tariefplan voor het ophalen, frankeren (frankeerkosten en behandelingskosten) en distributie door de aanbieder van de postdiensten naar de geadresseerde. Gezien de prijzen van de offerte deze zijn voor 2019 en het raamcontract ten vroegste ingaat op 1/1/2020 zijn de prijzen van 2019 onderworpen aan een prijsherziening op 1/1/2020.

Het gedetailleerd tariefplan bevat alle prijzen/tarieven waarbij rekening gehouden wordt met alle mogelijke variaties in volumes, formaten, gewicht van de individuele zendingen, bestemmingen (nationaal en internationaal), aantallen, verzendwijzen, aard van de verzendingen (brievenpost, pakketten, aangetekende zendingen,...), ophalingen, enz. ... In het tariefplan wordt duidelijk vermeld of de prijzen exclusief of inclusief BTW zijn. Het BTW-tarief wordt steeds vermeld.

In functie van de gunning, gunningscriterium prijs, dient de inschrijver het offerteformulier volledig in te vullen. De ingevulde prijzen zijn identiek aan de prijzen vermeld in het ingediende tariefplan. Een onvolledig ingevuld offerteformulier kan de uitsluiting van deelname aan de gunning tot gevolg hebben. Alle prijzen worden verplicht uitgedrukt in EURO en zijn inclusief BTW. Indienen van de offerte (pag. 13)

De offerte, bestaande uit het formulier met de algemene verbintenis, het servicevoorstel (zie pag. 21), het tariefplan (zie pag. 10) en het volledig ingevuld offerteformulier, is ondertekend door een persoon, die in zijn toewijzingen (volgens de statuten van de firma of per delegatie), de macht heeft om de firma te binden in het kader van deze opdracht.

Pag. 21 bij gunningscriterium prijs

De inschrijver vult hiervoor het offerteformulier in (excelbestand 'offerteformulier_2020_2023'). Het offerteformulier is de basis voor de berekening van het aantal punten voor het gunningscriterium prijs. De prijzen op het offerteformulier zijn identiek aan de prijzen vermeld in het ingediende tariefplan.

Verplichte bijlagen & documenten (pag. 23)

[...]

Formulier algemene verbintenis:

De firma...

verklaart de opdracht uit te voeren overeenkomstig de voorwaarden van het bestek tegen de prijzen van het ingediende tariefplan voor het ophalen, frankeren, distributie naar en uitreiking van de postzendingen bij de geadresseerde. Het bijgevoegde tariefplan wordt gedateerd, ondertekend en voorzien van een stempel of logo van de firma.

Gezien in het bestek meerdere keren uitdrukkelijk werd vermeld dat, wanneer de vereiste documenten niet bij de inschrijving worden gevoegd, deze offerte niet in overweging zal worden genomen, is de aanbestedende overheid, mede gelet op het patere legem beginsel, verplicht om te offerte te weren uit de verdere procedure.”

3.4. Op 30 september 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge om op grond van het gunningsverslag de opdracht te gunnen aan de nv Bpost.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Met een e-mailbericht van 30 september 2019 en een aangetekend verstuurd brief wordt de bestreden beslissing ter kennis gebracht aan de verzoekende partij middels mededeling van een uittreksel uit de gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Bpost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook 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’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet 17 juni 2016 ‘in zake overheidsopdrachten’, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de “beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing is genomen op basis van een bestekvoorschrift dat de indiening van een tariefplan verplicht en het tariefplan als een verplicht document beschouwt,

Terwijl het hebben van een tariefplan geen wettelijke vereiste is die wordt opgelegd aan de dienstverlener van routage-activiteiten, doch enkel een wettelijke vereiste is voor een universele dienstverlener, dat de vereiste toevoeging van een tariefplan geschreven is op maat van een universele dienstverlener en discriminerend is ten opzichte van een verlener van routage-activiteiten,

Zodat de vereiste van het toevoegen van een tariefplan onwettig is en de bestreden beslissing die gesteund is op een onwettige bestekeis als grondslag voor de uitsluiting van de offerte van verzoekster wegens het beweerdelijk ontbreken van het tariefplan, eveneens onwettig is.”

De verzoekende partij licht toe dat er op grond van artikel 11, § 2, 2° en 4°, van de wet van 26 januari 2018 ‘betreffende de postdiensten’ een verplichting bestaat voor een universele dienstverlener om de toegepaste tarieven afdoende bekend te maken in de postkantoren en op zijn website en aldus een “tariefmodel” te hebben, terwijl deze verplichting niet geldt voor een dienstverlener van routage-activiteiten. Er valt niet in te zien op grond van welk wettig doeleinde de bestekvereiste om over een tariefmodel of tariefplan te beschikken, kan worden opgelegd, noch in welke mate deze vereiste in verhouding staat tot een te vrijwaren wettelijk doel. Daarnaast is deze vereiste volgens de verzoekende partij ook onwettig omdat ze van aard is de universele dienstverlener te bevoordelen omdat deze een dergelijk tariefplan, minstens in de vorm van het “tariefmodel” al heeft klaar liggen, terwijl de dienstverlener van routage-activiteiten daarvoor een extra inspanning moet leveren. Aangezien het bestek oplegt dat de prijzen van het offerteformulier identiek moeten zijn aan de prijzen van het tariefplan, is er geen enkele meerwaarde verbonden aan de vereiste van een tariefplan.

Beoordeling

8. Het komt aan de aanbestedende overheid toe de vereisten te bepalen waaraan de offerte moet voldoen, welke informatie in de offerte moet worden opgenomen en welke stukken bij de offerte moeten worden gevoegd om haar in staat te stellen over de regelmatigheid van de offerte te beslissen, de offertes met elkaar te kunnen vergelijken en te kunnen toetsen aan de vooropgestelde gunningscriteria.

Op grond van de bepalingen van het bestek diende de inschrijver bij zijn offerte, naast het offerteformulier, ook een tariefplan te voegen.

Blijkens de artikelen 13 en 15 van het bestek bevat het “gedetailleerd en bindend tariefplan voor ophaling, frankering, distributie en uitreiking van de postzendingen” “alle prijzen/tarieven waarbij rekening gehouden wordt met alle mogelijke variaties in volumes, formaten, gewicht van de individuele zendingen, bestemmingen (nationaal en internationaal), aantallen, verzendwijzen, aard van de verzendingen (brievenpost, pakketten, aangetekende zendingen,...), ophalingen, enz. ...”.

Er valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom de aanbestedende overheid van de inschrijvers geen bijkomende informatie mag verlangen zoals een meer gedetailleerde prijsopbouw en toelichting bij de in hun offerteformulier aangeboden prijzen. De verwerende partij wijst er in haar nota in dit verband op dat de inschrijvers in het tariefplan meer informatie konden opgeven over de producten die tegenover de opgegeven tarieven/prijzen worden gesteld, aangezien de “Excellijst” van het offerteformulier enkel een overzichtslijst betreft, zonder dat er plaats is voor de inschrijvers om de tarieven toe te lichten. Zo kan een inschrijver in zijn tariefplan een meer gedetailleerde weergave opnemen van de tarieven voor de behandeling van de poststukken al naargelang deze machinaal dan wel manueel worden behandeld, wat de voorwaarden zijn voor toepassing van het machinaal dan wel manueel tarief en dergelijke meer, zoals de gekozen inschrijver heeft gedaan.

9. Het uitgangspunt van de verzoekende partij dat het door het bestek gevraagde tariefplan het “tariefmodel” betreft, dat de aanbieder van de universele dienst overeenkomstig artikel 11 van de wet van 26 januari 2018 ‘betreffende de postdiensten’ voor de gebruikers in de postkantoren en op zijn website toegankelijk dient te maken met betrekking tot de diensten die deel uitmaken van de universele dienst, lijkt op het eerste gezicht geen steun te vinden in het bestek. Bij de omschrijving van het gevraagde tariefplan wordt op geen enkele wijze naar een “tariefmodel” verwezen, en integendeel wel naar een gedetailleerd tariefplan dat noodzakelijkerwijze een concretisering dient te zijn van de in het offerteformulier aangeboden prijzen.

Bovendien wordt niet betwist dat de voorliggende opdracht betrekking heeft op zogenoemde “routage-activiteiten”, namelijk het ophalen,

sorteren en frankeren van ongefrankeerde post, en het transporteren van de postzendingen naar een bedrijf bevoegd voor distributie, en niet op het verlenen van de universele postdienst. In de omschrijving van het voorwerp van de opdracht wordt bepaald dat de dienstverlener zorgt voor het transport naar en het afgeven van de gefrankeerde postzendingen bij een bedrijf bevoegd voor de aanbidding van postdiensten, dat zorgt voor de distributie naar de geadresseerden.

De verzoekende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat het door het bestek vereiste tariefplan het “tariefmodel” betreft zoals bedoeld in de voornoemde wet van 26 januari 2018. Aangezien het middel op dit punt faalt in zijn uitgangspunt, toont de verzoekende partij bijgevolg ook niet aan dat de betrokken besteksvereiste zou zijn geschreven op maat van een universele dienstverlener, noch toont zij aan dat het bijvoegen van een tariefplan een discriminerende besteksvereiste vormt in haren hoofde.

Daarnaast maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat zij ongelijk werd behandeld of dat zij een mededingingsbeperkend nadeel ondervond bij het opstellen van haar offerte doordat aan de inschrijvers gevraagd werd een tariefplan bij de offerte te voegen waarin zij hun prijzen nader dienen te detailleren.

10. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert – ondergeschikt – in een tweede middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van “de beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder van de formele en materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat elke beslissing van een administratieve overheid moet zijn gesteund op een uitdrukkelijke motivering en deze motivering moet steunen op draagkrachtige overwegingen die feitelijk juist zijn en inhoudelijk pertinent.

Terwijl de offerte van verzoekster wordt uitgesloten op grond van een motivering die stelt dat er beweerdelijk geen tariefplan zou zijn toegevoegd, en deze motivering feitelijk en juridisch niet juist is omdat het tariefplan vervat zit in het offerteformulier en het offerteformulier dus tegelijk als tariefplan geldt.

Zodat de offerte ten onrecht is uitgesloten van de verdere gunningsprocedure en de bestreden beslissing daarom onwettig is.”

De verzoekende partij licht toe dat het bestek geen specifieke bijlage bevat die de benaming “tariefplan” draagt. Het offerteformulier, dat inhoudelijk overeenstemt met een inventaris, bevat een exhaustieve opsomming van alle mogelijke variaties van postzendingen die het voorwerp uitmaken van de opdracht, ingedeeld naar volumes, formaten, gewichten van de diverse postzendingen, en die zijn verdeeld in vier categorieën: brievenpost nationaal, brievenpost internationaal Europa + wereld, occasionele zendingen die niet onder brievenpost vallen en tarief ophaling. Er blijkt volgens de verzoekende partij dan ook dat het offerteformulier inhoudelijk qua oplijsting van alle mogelijke variaties van postzendingen overeenstemt met hetgeen in het tariefplan kan/moet worden voorzien. In de mate dat het bestek routage-activiteiten beoogt, en de dienstverlener de postzendingen voor distributie aan de universele dienstverlener nv Bpost moet afgeven, kan een tariefplan alleen maar identiek zijn aan de inhoud van het offerteformulier, en *de facto* stemt dit laatste dus integraal overeen met het beoogde tariefplan en kan het dus ook gelden als tariefplan. Door de indiening van een volledig ingevuld offerteformulier heeft de verzoekende partij het normdoel bereikt. Omdat het tariefplan in het offerteformulier vervat zit, heeft de verzoekende partij geen tweede afzonderlijk document met eenzelfde inhoud ingediend. Voorts betoogt de verzoekende partij dat in de mate dat in de bestreden beslissing wordt gemotiveerd dat de verzoekende partij geen tariefplan heeft ingediend, deze bewering feitelijk onjuist is, omdat de verzoekende partij wel een offerteformulier heeft ingediend en in die zin ook een tariefplan.

Beoordeling

12. Zoals in het gunningsverslag, op grond waarvan de bestreden beslissing is genomen, uitvoerig is gemotiveerd, verwijst het bestek op meerdere plaatsen naar een in te dienen “gedetailleerd en bindend tariefplan” dat te onderscheiden is van het “volledig ingevulde offerteformulier”. Op het eerste gezicht blijkt niet dat het gevraagde tariefplan één op één overeenstemt met het ingevulde offerteformulier. Het gegeven dat in overeenstemming met de bepalingen van het bestek de prijzen opgenomen in het offerteformulier niet mogen afwijken van de prijzen vermeld in het tariefplan, lijkt niet *ipso facto* in te houden dat beide documenten een identieke inhoud dienen te hebben. Dat de prijzen vermeld op verschillende plaatsen in de offerte sowieso met elkaar moeten overeenstemmen, lijkt evident, maar het tariefplan lijkt ruimer opgevat te moeten worden dan de excellijst opgenomen in het offerteformulier. Hoewel het door de inschrijvers in te vullen exceltabel-offerteformulier ook reeds een opsomming geeft van verschillende variaties van postzendingen waarvoor een prijs moet worden gegeven, laat het zich verstaan dat door in het bestek uitdrukkelijk en bijkomend het opstellen van een gedetailleerd tariefplan te vragen, van de inschrijvers wordt verwacht dat zij de tarieven voor de verschillende onderdelen van de dienst en voor de mogelijke variaties in volumes, formaten, gewicht van de individuele zendingen, bestemmingen (nationaal en internationaal), aantallen, verzendwijzen, aard van de verzendingen (brievenpost, pakketten, aangetekende zendingen,...), ophalingen nog nader toelichten of detailleren. Dit lijkt op het eerste gezicht de aanbestedende overheid een meer gedetailleerd inzicht te bieden in de prijsopbouw, de eventuele voorwaarden en de inhoud van de diensten die tegenover de verschillende tarieven staan.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat zij door het indienen van het offerteformulier *ipso facto* een bindend tariefplan heeft ingediend, wat zij overigens nergens in haar offerte heeft aangegeven. Zoals hiervoor werd geoordeeld, lijkt het gedetailleerde tariefplan te moeten worden onderscheiden van het offerteformulier en lijken beide niet perfect inwisselbaar.

13. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert – meer ondergeschikt – in een derde middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de beginselen van behoorlijk bestuur, “meer in het bijzonder van de formele en materiële motiveringsplicht”, en van artikel 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing beslist dat de offerte wordt uitgesloten van de verdere gunningsprocedure, Terwijl dergelijke beslissing moet steunen op een formele en materiële motivering en deze ontbreekt aangezien geen enkele juridische grondslag is aangehaald waarom de offerte moet worden geweerd uit de gunningsprocedure en Postalia Belgium van deelname aan gunning wordt uitgesloten, minstens blijkt dat er hoogstens een relatieve onregelmatigheid zou kunnen voorliggen die niet leidt tot de nietigheid van de offerte, Zodat de bestreden beslissing ten onrechte de offerte van verzoekster weert uit de verdere gunningsprocedure.”

De verzoekende partij licht toe dat het bestek nergens vermeldt dat wanneer de vereiste documenten niet bij de inschrijving zijn gevoegd, deze offerte niet in overweging zal worden genomen. Er is enkel een uitsluiting voorzien onder de rubriek uitsluitingsgronden. De in de motivering aangehaalde besteksbepalingen omtrent het indienen van het tariefplan schrijven nergens voor dat het ontbreken van een document dat formeel het opschrift “tariefplan” draagt, een substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg heeft, of een “minimale eis” van het bestek zou zijn. In de mate dat het tariefplan één op één overeenstemt met de inhoud van het offerteformulier, kan het ontbreken ervan dan ook niet worden beschouwd als een tekortkoming die van aard zou zijn, overeenkomstig artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, “de inschrijver een

discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken”. Het ontbreken van een afzonderlijk document dat formeel het opschrift “tariefplan” draagt, kan hoogstens een relatieve onregelmatigheid uitmaken die niet tot de nietigheid van de offerte van de verzoekende partij kan leiden.

Beoordeling

15. Gelet op de motivering in de bestreden beslissing lijkt te kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij het niet bijvoegen van het tariefplan als een substantiële onregelmatigheid heeft gekwalificeerd.

In overeenstemming met artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten als een substantiële onregelmatigheid beschouwd. In dat geval laat artikel 76, § 3, van het voornoemde besluit geen enkele beoordelingsruimte aan de aanbestedende overheid die de nietigheid van de offerte moet vaststellen. Als een substantiële vereiste lijkt te moeten worden beschouwd, de vereiste waaraan de opsteller van het bestek dergelijke draagwijdte heeft willen geven, omdat de eventuele miskennis ervan de gelijke behandeling van de inschrijvers of de vergelijkbaarheid van de offertes kan aantasten, of de goede uitvoering van de opdracht in het gedrang kan brengen. Het komt bijgevolg in beginsel aan de aanbestedende overheid toe om te bepalen of een besteksvereiste een essentiële bepaling is waarvan de afwijking leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

16. De verzoekende partij lijkt ten onrechte aan te voeren dat in het bestek nergens zou worden vermeld dat wanneer de vereiste documenten, zoals het tariefplan, niet bij de inschrijving zijn gevoegd, deze offerte niet in overweging zal worden genomen.

Zij gaat immers voorbij aan de volgende, samen te lezen, besteksbepalingen:

“Hoofdstuk 1 – administratieve en contractuele bepalingen

[...]

15. Bij te voegen documenten en/of info

De verplicht bij te voegen documenten worden apart vermeld in hoofdstuk 4 – verplichte bijlagen (pag. 23).

Alle bijgevoegde documenten moeten gehandtekend zijn en voorzien zijn van uw firmastempel en datum. Inschrijvingen waarbij één of meer van de bij te voegen documenten ontbreken of die niet werden ondertekend en voorzien van uw firmastempel en datum worden uitgesloten van deelname aan de offerte.

[...]

Hoofdstuk 4 – verplichte bijlagen & documenten

[...]

Gedetailleerd en bindend tariefplan voor ophaling, frankering, distributie en uitreiking van de postzendingen. (zie pag. 10).”

Het vermelden in het bestek van een samenvattende lijst met “verplichte documenten, bijlagen en info” en dat “[i]nschrijvingen waarbij één of meer van de bij te voegen documenten ontbreken [...] worden uitgesloten van deelname” kan op het eerste gezicht worden begrepen als het voorschrijven van een substantiële vereiste waarvan de niet-naleving leidt tot substantiële onregelmatigheid van de offerte in de zin van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Op het eerste gezicht dienen de inschrijvers aldus op grond van de bepalingen in het bestek bij hun offerte een “gedetailleerd en bindend tariefplan” te voegen. Dat het bestek daartoe geen specifieke bijlage bevat die de benaming “tariefplan” draagt, doet op het eerste gezicht niets af aan de vereiste om dergelijk tariefplan bij te voegen. De aanbestedende overheid kan bijkomende documenten en informatie vragen zonder dat zij daartoe een voorgedrukt formulier bij het bestek dient te voegen dat door de inschrijvers slechts zou moeten worden ingevuld.

17. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

18. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Bpost tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien november tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere

XII-8813-16/16