

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.941 van 2 maart 2021
in de zaak A. 232.785/XII-9035**

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

tegen:

de GEMEENTE UKKEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel (Watermaal-Bosvoorde)
Terhulpseseenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 januari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- De beslissing van 22 december 2020 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ukkel houdende intrekking van de gunningsbeslissing van 6 oktober 2020 waarbij perceel 1 en perceel 2 van de overheidsopdracht voor de uitvoering van verschillende postdiensten aan Postalia Belgium bv wordt ingetrokken en de gunningsprocedure voor perceel 1 en perceel 2 wordt stopgezet,

- De beslissing van 22 december 2020 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ukkel waarbij de offerte van Postalia Belgium bv voor perceel 1 van de overheidsopdracht voor de uitvoering van verschillende postdiensten substantieel onregelmatig wordt verklaard.

- De impliciete beslissing van 22 december 2020 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ukkel om de opdracht voor perceel 1 en 2 van de overheidsopdracht voor de uitvoering van verschillende postdiensten niet aan Postalia Belgium bv te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 februari 2021, om 12.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die *loco* advocaat George Dobbelaere verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een andersluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, met als voorwerp ‘de uitvoering van verschillende postdiensten’. Het gaat om een gezamenlijke opdracht voor de gemeente en het OCMW van Ukkel, waarbij de gemeente als aanbestedende overheid optreedt. De opdracht wordt geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De totale waarde van de opdracht over vier jaar wordt geraamd op 1.800.000 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bestek met referentie nr. 2020-012 is van toepassing op deze opdracht die twee percelen omvat:

- Perceel 1: postdiensten voor brievenpost in België, geraamd op 410.000 euro, btw inbegrepen;
- Perceel 2: postdiensten voor de verzending van brievenpost naar het buitenland en van pakketten in België, geraamd op 40.000 euro, btw inbegrepen.

Perceel 1 wordt in het bestek als volgt nader omschreven:

“Dit perceel betreft een dienst voor brievenpost, gefrankeerd door de klant en door hem afgegeven, op zijn kosten, in een van de ophaal- of afgiftepunten van de dienstverlener. De frankering geschiedt door de klant, via een frankeermachine of door het aanbrengen van zegels of volgens een ander bewijs van frankeerwaarde dat de inschrijver ter beschikking stelt. De frankeermiddelen voor brieven (het vullen van frankeermachines, postzegels,...) worden ter beschikking van de klant gesteld en aan hem gefactureerd volgens de voorwaarden in de offerte.”

Perceel 2:

“Dit perceel betreft een ophaaldienst in de lokalen van de klant van brieven/pakketten, frankering door de dienstverlener en verzending.”

Wat de uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie betreft, bepaalt het bestek onder meer het volgende:

“Voor perceel 1: dient de inschrijver in het bezit te zijn van een vergunning voor het ophalen, het sorteren, het vervoer en de distributie van nationale en inkomende grensoverschrijdende brievenpost binnen de werkingssfeer van de universele dienst, inclusief aangetekende zendingen, toegekend door de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Daartoe zal de aanbestedende overheid zelf de controle verrichten op de officiële lijst van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie.”

3.3. De nv van publiek recht Bpost (hierna: Bpost) en de bv Postalia Belgium (commerciële naam: Easypost) dienen een offerte in, elk voor de twee percelen.

3.4. In de loop van april en mei 2020 volgt enige briefwisseling tussen de verwerende partij en de verzoekende partij omtrent het beschikken over een universele postdienst-vergunning zoals bedoeld in artikel 6 van de wet ‘betreffende de postdiensten’ van 26 januari 2018 (hierna: de wet van 26 januari 2018), het bij haar offerte gevoegde UEA, haar relatie met Bpost als onderaannemer en of zij al dan niet een beroep doet op de draagkracht van Bpost om te voldoen aan de vergunningsvereiste, aangezien de verzoekende partij zelf niet over dergelijke vergunning beschikt.

3.5. Beide inschrijvers worden vervolgens uitgenodigd om een BAFO in te dienen, wat zij doen.

3.6. Op 6 oktober 2020 beslist de verwerende partij om beide inschrijvers te selecteren, de BAFO van Bpost voor de beide percelen van de opdracht als substantieel onregelmatig te weren en de beide percelen van de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij. Deze beslissing wordt op 25 november 2020 aan de beide inschrijvers betekend.

3.7. Op 27 november en 8 december 2020 volgt enige briefwisseling tussen de verwerende partij en Bpost waarin deze laatste uiteenzet aan de verwerende partij dat de offerte van de verzoekende partij voor perceel 1 onregelmatig is, in essentie omdat het voorstel van de verzoekende partij niet toelaat aan de verwerende partij om haar zendingen zelf te frankeren, zoals volgens Bpost vereist in het bestek.

Op een vergadering van 11 december 2020 en met een e-mailbericht van 13 december 2020 geeft de verzoekende partij enige toelichting bij haar offerte. In essentie bevestigt zij aan de verwerende partij het regelmatig karakter ervan: ofwel kan de verwerende partij het PB-nummer (PB: Port Betaald) van de verzoekende partij aanbrengen als frankering, ofwel zorgt de verzoekende partij voor de frankering.

3.8. Op 22 december 2020 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 6 oktober 2020 in te trekken, beide kandidaten te selecteren, de BAFO van Bpost voor beide percelen van de opdracht als

substantieel onregelmatig te beschouwen, de BAFO van de verzoekende partij voor perceel 1 als substantieel onregelmatig te beschouwen om reden dat haar offerte de besteksvereiste inzake het door de gemeente of het OCMW zelf frankeren van de brief via een frankeermachine niet in acht neemt, perceel 1 niet te gunnen wegens de substantiële onregelmatigheid van beide offertes en perceel 2 niet te gunnen wegens de noodzaak om de voorwaarden van deze opdracht in zijn geheel te herzien.

De bestreden beslissing luidt:

“Overwegende dat de definitieve offerte van Postalia Belgium voor perceel 1 vermeldt dat ‘de gemeente Ukkel de mogelijkheid heeft om haar post te blijven frankeren met haar frankeermachine, met gebruik van het PB-nummer toegekend door EasyPost. Het PB-nummer is een frankeringsbewijs’, maar geen uitleg geeft over de modaliteiten voor het laden van de frankeermachine en de postzegels;

Overwegende dat de offerte eveneens een alternatief voorstel vermeldt: ‘De aanbestedende overheid neemt de frankering niet ten laste en doet in dit geval een beroep op EasyPost om de post op te halen, te verwerken en te frankeren. EasyPost tracht elke dag kwalitatieve diensten aan te bieden. Door u te ontlasten van de verwerking van de post kunt u zich opnieuw volledig concentreren op wat werkelijk van tel is binnen uw onderneming of organisatie’;

Overwegende dat de beschrijving van de uitvoeringswijze van de gevraagde diensten in de opdrachtdocumenten dus niet echt duidelijk is, terwijl de uitvoeringswijze van de voorgestelde alternatieve oplossing beter uitgewerkt is;

[...]

Gelet op de beslissing van de vergadering van 6 oktober 2020 tot gunning van de opdracht aan de firma Postalia; Aangezien deze beslissing per mail en per aangetekende brief op 25 november 2020 aan de twee firma's betekend werd, in toepassing van de bepalingen van artikel 8 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen, diensten en concessies;

Dat na deze betekening bpost op 30 november 2020 een e-mail gestuurd heeft waarin ze melden dat ze verbaasd zijn over het verloop van de procedure en het resultaat ervan;

Overwegende dat deze brief meer bepaald benadrukt dat[:]

‘in het bestek het volgende punt duidelijk gevraagd werd: de gemeente en het OCMW verzekeren de frankering van de briefwisseling via een frankeermachine of een ander middel, alsook de indiening van de

gefrankeerde brief in een van de ophaal- of indienpunten van de dienstverlener.

Wij willen u erop wijzen dat Postalia u uw verzendingen niet zelf laat frankeren maar ze zelf frankeert na de ophaling. Dit is duidelijk in strijd met de werking die gewenst is in het bestek en verschilt wezenlijk van de frankeermethode die momenteel door de gemeente Ukkel gebruikt wordt. Door het PB-frankeermerk van Postalia op de zendingen te drukken (dit kan ook gedrukt worden met gelijk welke andere kantoorprinter), frankeert de gemeente Ukkel haar briefwisseling immers niet zoals bepaald in het bestek, waarin de gemeente Ukkel eiste dat de frankering van de postzendingen verricht werd door de aanbestedende overheid zelf door middel van een frankeermachine die op afstand online opgeladen wordt (voorafbetaling). Het PB-frankeermerk van Postalia op een zending drukken verzekert in geen geval de frankeerwaarde. Het is een markering die het verband legt met het Briefcontract dat Postalia met bpost gesloten heeft om te genieten van voordeeltarieven voor de distributie van administratieve zendingen in groten getale. Om recht te hebben op deze voordeeltarieven moeten meerdere voorwaarden nageleefd worden, waaronder het aanbrengen van de MAIL-ID (barcode om de verwerking van de zendingen te vereenvoudigen), het vastleggen van een minimumvolume, de indiening van minstens 500 stukken in een verwerkingscentrum, enz. Er is bovendien geen online oplading op afstand met voorafbetaling, zoals verduidelijkt in het bestek: ‘Indien gebruik gemaakt wordt van een frankeermachine verricht het betrokken bestuur de betaling om de frankeermachine op te laden en krijgt het later een ontvangstbewijs (overeenkomstig artikel 67 §1, 1e lid, 2° b) van het KB van 14 januari 2013), aangezien de facturering plaatsvindt na de verwerking van de zendingen door Postalia en de indiening ervan bij bpost met het oog op de distributie. In tegenstelling tot de methode die momenteel gehanteerd wordt en de methode die in het bestek gevraagd wordt, heeft de gemeente Ukkel geen enkel zicht op de tarieven die daadwerkelijk toegepast worden door de PB-code van Postalia op de zendingen te drukken’;

Overwegende dat het bestek immers in punt III.1 Perceel 1 ‘Postdiensten voor de verzending van briefwisseling in België’ verduidelijkt dat ‘dit perceel betrekking heeft op een verzendingsdienst van door de klant gefrankeerde en ingediende briefwisseling, op zijn kosten, in een van de ophaal- of indienpunten van de dienstverlener. De frankering gebeurt door de klant, via een frankeermachine of door het aanbrengen van zegels of volgens een ander bewijs van de frankeerwaarde dat de inschrijver ter beschikking zou stellen. De frankeermiddelen van de brieven (opladen frankeermachines, zegels) worden ter beschikking van de klant gesteld en aan hem gefactureerd volgens de modaliteiten die in de offerte gedetailleerd moeten worden’;

[...]

Overwegende dat de eerste optie [in de offerte van Postalia] de gemeente de mogelijkheid lijkt te geven om haar briefwisseling zelf te frankeren;

Dat bijgevolg aan de vereiste uit het bovenbedoelde bestek voldaan lijkt te zijn;

Dat de elementen uit de brief van bpost van 8 december 2020 echter twijfel hebben doen ontstaan over het goede begrip van de offerte van Postalia met betrekking tot de frankering en het gebruik van de frankeermachine; Overwegende dat bijgevolg aan Postalia gevraagd werd gedetailleerde informatie te bezorgen over het gebruik van onze eigen frankeermachine en de mogelijkheid voor de gemeente om haar briefwisseling te frankeren; Overwegende dat Postalia voorgesteld heeft een vergadering via videoconferentie te organiseren met de Opdrachtcentrale, de Juridische dienst en het secretariaat om verduidelijkingen aan te brengen;

Overwegende dat deze vergadering plaatsvond op 11 december 2020;

Dat uit deze vergadering blijkt dat Postalia zich er immers mee belast de briefwisseling van het gemeentebestuur te frankeren en te sorteren en ze aan bpost te geven voor de distributie (bpost is de onderaannemer van Postalia voor deze distributieopdracht);

Dat enkel bpost wettelijk gemachtigd is om de frankeermachine op te laden;

Dat Postalia uitgelegd heeft dat het mogelijk was de frankeermachine te blijven gebruiken om enkel de PB-stempel op de enveloppen te drukken; dit komt niet overeen met de frankering aangezien enkel Postalia die zal verrichten;

Overwegende dat de PB-stempel geen enkele juridische waarde heeft, maar enkel een markering vormt die het verband legt met het Briefcontract dat Postalia met bpost gesloten heeft om te genieten van voordeeltarieven voor de distributie van administratieve zendingen;

Dat de frankeermachine bijgevolg geen echt praktisch nut zou hebben in de veronderstelling van een samenwerking met Postalia, in die zin dat ze de frankering van de zendingen zelf niet mogelijk maakt; Overwegende dat aan Postalia gevraagd werd voor maandag 12/12/2020 om 10 uur een schriftelijke samenvatting te bezorgen van de inhoud van de verduidelijkingen die tijdens deze vergadering geleverd werden;

[...]

Overwegende dat deze e-mail de informatie uit de vergadering bevestigt, meer bepaald dat enkel de firma Postalia in staat is om de briefwisseling te frankeren in de zin van de port betalen op het moment van de verzending van de brief, wat de definitie van de term ‘frankeren’ is;

Overwegende bijgevolg dat aan de vereiste van het bestek (artikel II.8) volgens dewelke ‘De gemeente en het OCMW verzekeren de frankering van de brief via een frankeermachine of een ander middel, alsook de indiening van de gefrankeerde brief in een van de ophaal- of indienpunten van de dienstverlener.

De dienstverlener neemt de verzending van de briefwisseling voor zijn rekening.

Indien gebruik gemaakt wordt van een frankeermachine verricht het betrokken bestuur de betaling om de frankeermachine op te laden en krijgt het later een ontvangstbevestiging (overeenkomstig artikel 67 §1, 1e lid, 2° b) van het KB van 14 januari 2013)’, niet voldaan is;

Overwegende dat de offerte van Postalia bijgevolg voor perceel 1 gekenmerkt is door een substantiële onregelmatigheid die leidt tot de absolute nietigheid van de offerte ten aanzien van de bepalingen van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, in die zin dat ze niet voldoet aan de minimumeisen van het bestek’.

Deze beslissing en de volgens de verzoekende partij eruit afgeleide impliciete weigering zijn het voorwerp van de vordering.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij, wat perceel 1 betreft, niet over het rechtens vereiste belang beschikt. De verzoekende partij kan immers nooit de opdracht gegund krijgen omdat zij niet beschikt over de door het bestek vereiste vergunning bedoeld in artikel 6 van de wet van 26 januari 2018 en zij zich niet mag beroepen op de draagkracht van Bpost omdat dergelijke vergunning een *intuitu personae* karakter heeft.

Een vergunninghouder heeft zekere verplichtingen inzake de continuïteit van zijn dienstverlening en staat onder de controle van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie. De verzoekende partij zelf die slechts een beroep doet op de draagkracht van dergelijke vergunninghouder, *in casu* Bpost, is niet gehouden tot deze verplichtingen. “Het ter beschikking stellen van de vergunning heeft dan ook geen enkele betekenis en het is zodoende onmogelijk om die draagkracht ter beschikking te gaan stellen van een andere inschrijver”.

Overigens zou de verzoekende partij niet tijdig een beroep hebben gedaan op de draagkracht van Bpost.

Beoordeling

4.2. De exceptie wordt verworpen omdat de erin aangebrachte problematiek, waarvan geen spoor teug te vinden is in de bestreden beslissing, onvoldoende is uitgeklaard.

Zoals uit het debat ter terechtzitting en de beoordeling van het eerste middel blijkt, is nader onderzoek naar deze problematiek door de verwerende partij hoogst wenselijk. De opdracht voorbehouden aan een vergunninghouder en geen mogelijkheid laten aan een niet-vergunninghouder om een beroep te doen op de draagkracht van een vergunningshouder, lijkt te leiden tot een interpretatie van het bestek waarbij de mededinging bijzonder smal wordt. Immers, naast Bpost, die overeenkomstig artikel 14 van de wet van 26 januari 2018 de universele dienst verricht, zijn er weliswaar volgens de verwerende partij een zestal vergunninghouders maar die zouden slechts distribueren over een beperkt gedeelte van het Belgisch grondgebied zodat, zo lijkt, die vergunninghouders op hun beurt een beroep zouden moeten doen op de diensten van Bpost. Ook lijkt nader onderzoek aangewezen naar de juridische mogelijkheid die een derde zou kunnen hebben om zich te beroepen op de wettelijke verplichtingen van Bpost als de universele dienstverlener inzake continuïteit, zodat de stelling van de verwerende partij, dat bij de offerte van de verzoekende partij de verwerende partij zich op de verplichtingen van Bpost inzake continuïteit niet zou kunnen beroepen omwille van een beweerd *intuitu personae*-karakter, niet zomaar lijkt te mogen worden bijgevalen.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan 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), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de materiële motiveringsplicht, het legaliteitsbeginsel (het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*) en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat haar middel zelf als volgt samen:

“Doordat elke beslissing van een administratieve overheid moet zijn gesteund op een correcte toepassing van de eigen bestekbepalingen, op een

uitdrukkelijke motivering en deze motivering moet steunen op draagkrachtige overwegingen die feitelijk juist zijn en inhoudelijk pertinent.

Terwijl de offerte van verzoekster substantieel onregelmatig wordt verklaard op grond van een foute lezing van het bestek die veronderstelt dat de inschrijver verplicht zou zijn om een offerte aan te bieden voor een frankeermachine die op afstand online opgeladen wordt en waarmee de aanbestedende overheid zelf de frankering aanbrengt; dat deze motivering feitelijk en juridisch niet juist is omdat het bestek een vrije keuze laat aan de inschrijver op het vlak van voorgestelde frankeermethoden, dat er geen sprake is van een afwijking van de minimale eisen van het bestek.

Zodat de offerte ten onrechte onregelmatig is verklaard en bijgevolg ten onrechte is besloten om de gunningsprocedure voor perceel 1 en perceel 2 stop te zetten.”

In de toelichting bij het middel spitst de verzoekende partij het middel toe op elk van de twee percelen van de opdracht.

Wat het eerste perceel betreft, wijst de verzoekende partij erop dat het bestek de vrije keuze laat aan de inschrijver welk frankeermiddel of frankeermethode hij in zijn offerte aanbiedt aan de hand waarvan de verwerende partij zelf haar post kan frankeren. Het enige wat het bestek oplegt is dat de dienstverlener: (i) een bewijs van frankering ter beschikking stelt van het bestuur en (ii) de frankering met het voorgestelde frankeermiddel factureert volgens de voorwaarden van de offerte. De verzoekende partij heeft naar eigen zeggen deze vereiste gerespecteerd:

“[d]oor in haar offerte voor stellen dat de gemeente Ukkel haar frankeermachine blijft gebruiken, maar dat de huidige bestaande printkop (die de frankeerstempel plaatst die samenhangt met online debitering van het frankeerkrediet op de bpost bankrekening) wordt vervangen door een andere printkop die de PB-melding met het individuele nummer van [de] verzoekende partij afdruckt op het poststuk.

Op die manier kan de gemeente zelf de poststukken frankeren, wordt het bewijs geleverd van de frankering en wordt de frankeerkost aangerekend via facturatie na afgifte van de poststukken.”

De argumentatie dat de PB-stempel geen enkele juridische waarde heeft, maar enkel een markering vormt die het verband legt met het

briefcontract dat de verzoekende partij met Bpost heeft gesloten om te genieten van voordeeltarieven voor de distributie van administratieve zendingen is zonder feitelijke grondslag en is juridisch niet juist, aldus de verzoekende partij. Zij benadrukt dat de PB-melding een wettige en geldige frankeermethode met bewijskracht van frankering is. Zij verwijst hiervoor naar een gids van Bpost waarin wordt vermeld dat “Port Betaald [...] een eenvoudige en doeltreffende oplossing [is] om zendingen in bulk te frankeren” en dat “[h]et volstaat om de PB-vermelding rechtstreeks op uw enveloppen af te drukken”, “[h]et totale bedrag van de frankering wordt betaald bij de afgifte van de zendingen of via facturering”. De printkop van de frankeermachine vervangen door een printkop die de PB-melding van de verzoekende partij afdruckt, is volgens de verzoekende partij wel degelijk zinvol en laat toe om de poststukken effectief te frankeren. Haar offerte voldoet wel degelijk aan de besteksvereisten en is regelmatig, zodat de opdracht aan de verzoekende partij mag worden gegund. De argumenten die worden ingeroepen om de gunningsprocedure stop te zetten, zijn zonder materiële draagkracht.

Wat het tweede perceel betreft, doet de verzoekende partij gelden dat de bestreden beslissing geen materieel draagkrachtig motief bevat om de gunningsprocedure voor perceel 2 stop te zetten. Het argument dat “de laatste gebeurtenissen de nadruk gelegd hebben op de noodzaak om de voorwaarden van deze opdracht in zijn geheel te herzien”, wordt door de verzoekende partij verworpen als inhoudsloos. De noodzaak tot herziening ten aanzien van de specifieke kenmerken van het tweede perceel wordt niet in detail toegelicht.

7. De verwerende partij merkt op dat het middel in de mate dat er een schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangebracht, onontvankelijk is. Uit het middel zou immers blijken dat de verzoekende partij de gegeven motieven heeft begrepen.

Voorts meent de verwerende partij dat zij de offerte van de verzoekende partij voor perceel 1 terecht substantieel onregelmatig heeft verklaard. Op grond van artikel 76, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 was zij daartoe verplicht.

Zij betoogt dat zij met recht perceel 1 dat betrekking heeft op de levering van de universele postdienst, heeft voorbehouden voor Bpost of ondernemingen die over een vergunning beschikken terwijl perceel 2 niet binnen de werkingssfeer van de universele dienst zou vallen. De verzoekende partij kan volgens de verwerende partij nooit de minimale besteksvereiste vervullen dat de gemeente zelf haar post frankeert, aangezien zij aanbiedt dat de gemeente frankeert met de PB van de verzoekende partij zelf; dit houdt echter in dat de post in wezen door de verzoekende partij wordt gefrankeerd. In die zin kan de verwerende partij nooit de garanties genieten die enkel een vergunninghouder inzake de continuïteit van de dienstverlening kan en moet bieden.

Voorts is de motivering inzake het tweede perceel, namelijk dat dit niet wordt gegund om de voorwaarden van deze opdracht in zijn geheel te herzien, “niet kennelijk onredelijk”.

Beoordeling

7.1. In de mate dat het middel gericht is tegen de beslissing om de BAFO van de verzoekende partij voor perceel 1 van de opdracht substantieel onregelmatig te verklaren, kan het volgende worden opgemerkt.

7.2. In haar nota en ter terechtzitting lijkt de verwerende partij de motivering in de bestreden beslissing substantieel te wijzigen en aan te vullen. Dit blijkt uit het volgende.

De verzoekende partij erkent dat zij in termen van de wet van 26 januari 2018 enkel zogenaamde routage-activiteiten verricht. Deze activiteiten zijn volgens artikel 2, 20°, van die wet, activiteiten van gereedmaking van postzendingen volgens de normen van de aanbieders van postdiensten eventueel in combinatie met andere activiteiten ter voorbereiding van postzendingen zoals de verpakking, het afdrukken of de frankering van de postzendingen.

Het voor perceel 1 vermelde voorwerp van de opdracht lijkt, aangezien de verwerende partij zelf wil instaan voor “franken” en vervoer naar de inschrijver, enkel het sorteren en de distributie te betreffen. Op het eerste

gezicht lijkt de verzoekende partij op Bpost slechts een beroep te doen voor de distributie, waarvoor in elk geval een vergunning is vereist aangezien distribueren niet wordt opgesomd als routage-activiteit.

De verwerende partij lijkt in de bestreden beslissing de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren, niet omdat de verzoekende partij geen vergunning zou hebben of zich niet op de draagkracht van een vergunninghouder zou mogen beroepen – deze elementen brengt de verwerende partij pas in het debat door de verzoekende partij in de eerste plaats haar belang te onzeggen bij haar vordering en bij het verweer op het eerste middel – maar omdat de verzoekende partij in haar offerte voorstelt dat de verwerende partij met de PB (‘port betaald’ methode) van de verzoekende partij zou frankeren wat volgens de verwerende partij strijdt met de besteksvereiste dat zij zelf wil frankeren. De verwerende partij definieert in de bestreden beslissing immers frankeren “in de zin van de port betalen op het moment van de verzending van de brief” zodat het voorstel van de verzoekende partij om haar PB-stempel te gebruiken niet kan worden beschouwd als zelf frankeren.

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de ‘port betaald’-markering in de regelgeving inzake de postdiensten uitdrukkelijk lijkt te worden aangemerkt als een geldige frankeerwijze. In artikel 22 van het koninklijk besluit van 24 april 2014 ‘houdende reglementering van de postdienst’, wordt immers bepaald:

“Onverminderd artikel 49 [i.e. de gevallen van portvrijdom], kan de aanbieder van de universele dienst verscheidene technieken toepassen om een frankeerwaarde te vertegenwoordigen. Evenwel biedt de aanbieder van de universele dienst met betrekking tot brievenpost minstens één van de volgende frankeerwijzen aan voor wat de zendingen van brievenpost die tot de universele dienst behoren, betreft :

- plakpostzegels en opgedrukte zegels;
- afdrukken van frankeermachines;
- frankering in geld, genaamd ‘Port Betaald’;
- port betaald door de geadresseerde.”

Het aanbrengen van een PB-markering op een postzending vormt aldus op het eerste gezicht een geldige frankeerwijze, waarvan de

verwerende partij niet aantoont dat ze niet gelijkwaardig is aan het aanbrengen op de zending van “plakpostzegels” of “afdrukken van frankeermachines. In tegenstelling tot wat de verwerende partij meent in de bestreden beslissing, lijkt het feit dat de betaling van de verzending/port in dit geval achteraf gebeurt en niet op voorhand zoals bij postzegels en via de frankeermachine, hieraan geen afbreuk te doen. Minstens lijkt dit niet uit het bestek te volgen alwaar dit stelt dat de frankering via een frankeermachine of door het aanbrengen van zegels of volgens een ander frankeermiddel “aan hem gefactureerd [wordt] volgens de modaliteiten die in de offerte gedetailleerd moeten worden”.

Overigens merkt de verwerende partij ter terechtzitting op niet te beschikken over een frankeermachine en dit in weerwil van de bespreking in de bestreden beslissing over het gebruik van de “eigen” frankeermachine, zodat deze beslissing op dit punt onjuist is en de verzoekende partij die er tijdens de onderhandelingen lijkt te zijn van uitgegaan dat de verwerende partij wel over zo’n machine beschikte en met die machine verder wou blijven frankeren, onvolkomen lijkt ingelicht.

Deze frankeervereiste in het bestek koppelt, zo lijkt, de verwerende partij in haar nota voor het eerst aan de vergunningsplicht, terwijl “franken” volgens artikel 2, 20°, van de wet van 26 januari 2018 geen vergunningsplichtige activiteit is. Opvallend hierbij is dat het e-mailbericht van Bpost van 30 november 2020 ook helemaal is toegespitst op de frankeeraangelegenheid en geen probleem ziet inzake de vergunningsplicht waar de verzoekende partij zelf niet aan zou voldoen. Bpost is overigens niet enkel inschrijver maar ook onderaannemer van de verzoekende partij; Bpost bekritiseert aldus indirect de offerte waar zij als onderaannemer in participeert. Bpost zelf lijkt aldus ook het zogenaamd *intuitu personae* karakter, dat de verwerende partij nu beslissend inroept, niet te ontwaren. Het feit dat Bpost blijkbaar, aldus de verzoekende partij, al geruime tijd een algemeen onderaannemingscontract met haar heeft gesloten om distributietaken te verrichten in het kader van verscheidene met openbare besturen lopende opdrachten, lijkt op het eerste gezicht niet vreemd aan die stellingname van Bpost.

In de bestreden beslissing lijkt ten slotte al helemaal geen aandacht besteed aan wat de kern van het betoog in de nota en ter terechtzitting van de verwerende partij is, namelijk dat een vergunning haar garanties zou bieden inzake verplichtingen zoals het zorgen voor de continuïteit van de dienstverlening en dat de verzoekende partij dit niet kan bieden omdat zij volgens de verwerende partij geen beroep mag doen op de draagkracht van Bpost. Integendeel, in de bestreden beslissing wordt de verzoekende partij geselecteerd. Overigens, zoals *sub* 4.2 reeds opgemerkt, is helemaal niet uitgeklaard of een derde zich al dan niet mag beroepen op de wettelijke verplichtingen inzake continuïteit, die aan Bpost als universele dienstverlener zijn opgelegd.

7.3. De fundamentele nieuwe motivering die de verwerende partij geeft aan de bestreden beslissing, waarbij, zo lijkt, eerder wordt aangestuurd op de niet-selectie van de verzoekende partij eerder dan op de onregelmatigheid van diens offerte, lijkt in de gegeven omstandigheden ertoe te moeten leiden aan te nemen dat de verwerende partij haar in de bestreden beslissing gegeven motivering, die, zo lijkt, ingegeven was door Bpost, thans zelf essentieel onvoldoende acht zodat de verzoekende partij met recht een schending van de formele- en materiële motiveringsplicht heeft aangevoerd.

8. Wat perceel 2 betreft, lijkt de motivering in de bestreden beslissing evenmin te voldoen. De gegeven motivering dat dit perceel niet wordt gegund “wegens de noodzaak om de voorwaarden van deze opdracht in zijn geheel te herzien”, lijkt onvoldoende concreet om de verzoekende partij toe te laten hierop verweer te bieden zodat minstens de formelemotiveringsplicht lijkt te zijn geschonden.

VII. Besluit

9. Het eerste middel is ernstig voor de beide middelonderdelen.

Het verantwoordt dat de bestreden beslissing in de mate dat ze betrekking heeft op de intrekking van de gunningsbeslissing van 6 oktober 2020, het niet gunnen van de beide percelen en de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij wordt geschorst in haar tenuitvoerlegging. De

draagwijdte van het middel zoals het is ernstig bevonden, houdt in dat de schorsing hiertoe wordt beperkt.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 22 december 2020 van de gemeente Ukkel waarbij de gunningsbeslissing van 6 oktober 2020 wordt ingetrokken, de beide percelen van de opdracht niet worden gegund en de offerte van de bv Postalia Belgium onregelmatig wordt verklaard.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door
Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra