RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 250.317 van 9 april 2021
in de zaak A. 233.236/XII-9054

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 CVBA INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR AFVALBEHEER IN GENT EN OMSTREKEN (IVAGO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 maart 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

> "- de beslissing van ongekende datum van de Raad van Bestuur van IVAGO houdende gunning van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'Handling facturen en aanrekeningen', (bestek 20.043) aan Speos Belgium nv, Muntcentrum, 1000 Brussel,
> - De impliciete beslissing van ongekende datum van de Raad van Bestuur van IVAGO om de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'Handling facturen en aanrekeningen', (bestek 20.043) niet aan Postalia Belgium te gunnen."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 april 2021, om 11.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die *loco* advocaat George Dobbelaere verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Handling facturen en aanrekeningen’. Ze wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 oktober 2020. De opdracht wordt geraamd op 200.000 euro.

Het bestek IVAGO/20.043 is van toepassing. De plaatsingswijze is de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Uit het bestek blijkt dat er geen vereiste opties zijn en dat vrije opties niet zijn toegelaten. Er zijn wel twee toegestane opties.

3.2. In het bestek wordt de opdracht als volgt beschreven:

“Het afval van de inwoners van Gent en Destelbergen wordt selectief aan huis ingezameld in 5 verschillende fracties, waarvan de aanbieding van bepaalde fracties in bepaalde zones geregistreerd wordt in een diftar systeem waarvoor de inwoner voldoende provisiesaldo moet hebben op zijn rekenstaat.

[…]

Telkens wordt de retributie verminderd van het beschikbare provisiesaldo op de diftar rekenstaat van de klant. Eens het provisiesaldo onder een bepaald drempelbedrag komt, wordt een aanrekening opgemaakt om het saldo opnieuw aan te zuiveren met een bepaald voorgesteld provisiebedrag en vervolgens verzonden naar de klant op papier of digitaal via Doccle of e-mail.
De aanrekening wordt steeds gekoppeld aan de juiste klant en gearchiveerd in Doccle.
Via Doccle kan de klant de aanrekening direct online betalen.

2 weken na de verzending zal een herinnering opgemaakt worden ingeval de betaling van de aanrekening nog niet ontvangen werd in het diftar systeem. Deze wordt vervolgens op papier verzonden naar de klant. De herinnering is identiek aan de aanrekening, met een extra begeleidende brief.

Na nog eens 2 weken zal ingeval de klant een negatief saldo heeft en er nog geen betaling ontvangen werd in het diftar systeem, een aanmaning opgemaakt worden. Deze zal vervolgens aangetekend op papier verzonden worden naar de klant. Deze aanmaning is nog op te maken en zal vermoedelijk een aangepaste vorm van aanrekening zijn met een extra begeleidende brief.

De cel bedrijfsafval levert maatwerk en service aan ruim 4.000 bedrijfsklanten. Van het café om de hoek, het restaurant in de stad, een kantoor in een randgemeente tot grote onderwijsinstellingen en ziekenhuizen.
Hiervoor wordt met deze bedrijfsklant een contract afgesloten dat maandelijks gefactureerd wordt op basis van de voorziene inzamelfrequentie per afvalfractie of op basis van de afgeroepen diensten.
Er worden zowel facturen als pro-forma facturen opgemaakt en verzonden.

Zowel de inwoners als de bedrijfsklanten kunnen zich op onze website www.ivago.be registreren om zo hun resterend saldo en afvalinzamelingen op te volgen en hun aanrekeningen of facturen te bekijken en eventueel te betalen. Voor de aanrekeningen wordt een Doccle embedded component gebruikt, voor de facturen van bedrijfsklanten is een overzicht van de

facturen zichtbaar met de mogelijkheid om de factuur in PDF vorm te downloaden vanuit een wettelijk archief.

In het e-loket kan de klant kiezen voor ontvangst van de documenten via de post of via digitale weg.

IVAGO staat voor een efficiënte en klantgerichte organisatie waarin een verdere digitalisatie van de algemene interne werking en communicatie naar onze klanten centraal staat.

Onderhavige opdracht omvat het periodiek verzenden van de op een sFTP site digitaal aangeleverde documenten naar de eindklanten van IVAGO voor een periode van 3 jaar."

In de technische bepalingen van het bestek wordt de opdracht nader toegelicht als volgt:

"Onderhavige opdracht omvat het periodiek verzenden van digitaal aangeleverde documenten naar de eindklanten van IVAGO voor een periode van 3 jaar.
De verzendingsmethode wordt door de klant zelf bepaald in het e-loket en wordt gesynchroniseerd met de klantenfiche in het backoffice systeem. De verzendingsmethode hangt af van het type document:
Aanrekening verzendmethode papier
• Aanbieden elke aanrekening in PDF vorm aan Doccle.
• Afdrukken, envelopperen, frankeren en verzenden van de aangeleverde aanrekeningen.
Aanrekening verzendmethode digitaal
• Aanbieden elke aanrekening in PDF vorm aan Doccle.
• Ingeval de klant geen Doccle account heeft, verzenden van een volgens een door IVAGO bepaald HTML sjabloon met de correcte secure knop om de aanrekening te openen in Doccle.
• Afdrukken, envelopperen, frankeren en verzenden van de aanrekening in geval van bounced e-mail
Herinnering aanrekening
• Afdrukken, envelopperen, frankeren en verzenden van de aangeleverde herinneringen.
Aanmaning aanrekening
• Afdrukken, envelopperen, frankeren en AANGETEKEND verzenden van de aangeleverde aanmaningen.
Factuur verzendmethode papier
• Archiveren van elke factuur in PDF vorm in een via API aan te spreken document archiveringsplatform.
• Afdrukken, groeperen, envelopperen, frankeren en verzenden van de digitaal aangeleverde facturen.

Factuur verzendmethode digitaal
• Archiveren van elk factuur in PDF vorm in een via API aan te spreken document archiveringsplatform.
• Verzenden van een e-mail volgens een door IVAGO bepaald HTML sjabloon met de factuur in PDF vorm in bijlage.
De opdracht houdt verder het ter beschikking stellen van een beheersplatform in, waarin IVAGO de aangeboden en verzonden documenten met de uitgevoerde verzendmethode in dashboard en in detail kan opvolgen."

3.3. In het bestek zijn vier gunningscriteria opgenomen: 'Prijs' (50 punten), 'Technische bekwaamheid' (40 punten), 'Datasecurity en bescherming van (persoons)gegevens' (5 punten) en 'Duurzaamheid' (5 punten).

Bij het gunningscriterium 'Technische bekwaamheid' wordt het volgende vermeld:

"Om de kwaliteit van de dienstverlening te bepalen zullen o.a. volgende zaken beoordeeld worden (niet-limitatieve opsomming):
• De mogelijkheden qua formaat en kanaal die de inschrijver biedt tot het aanleveren van de diverse documenttypes. Mogelijkheid tot verwerking van de bestaande output van de backoffice pakketten.
• De aanpak voor het afdrukken, groeperen, envelopperen en frankeren en de controles die hierop uitgevoerd worden om de integriteit en integraliteit van de run te garanderen.
• De aanpak om de portkosten bij papieren verzending te minimaliseren.
• De aanpak voor de digitale verzending van de diverse documenten.
• De aanpak voor upload en archivering van de documenten op Doccle.
• De mogelijkheden die de inschrijver biedt tot het toevoegen van bijlagen.
• De wijze waarop het verwerkingsproces wordt gegarandeerd, gemonitord en gerapporteerd.
• SLA:
  - De mate waarin het bedrijf zich engageert om bepaalde targets te halen.
  - Het tijdstip en de manier waarop de te verzenden documenten mogen aangeleverd worden en de tijdsspanne waarbinnen de documenten afgeleverd worden bij de eindklant (beter dan bestekvoorwaarden).
  - De procedure die gevolgd wordt bij melding van klachten (zowel administratief als operationeel).
• De algemene projectaanpak en rapportering.
• De gebruiksvriendelijkheid en overzichtelijkheid van het aangeboden beheerplatform.
• ..."

3.4. Uit het administratief dossier blijkt de volgende vraag met antwoord betreffende portkosten, die bij e-mailbericht van 18 november 2020 als erratum aan alle inschrijvers is toegestuurd:

> "V: Er wordt nergens specifiek in het bestek vermeld of de opdracht exclusief of inclusief portkosten is. Kan dit verduidelijkt worden in het bestek?
>
> A: De opdracht is exclusief portkosten. Er zal wel rekening gehouden worden met optimalisatie in de verwerking van de documenten ter drukking van deze portkosten."

Ook in november 2020, zo lijkt, laat de verwerende partij de inschrijvers de volgende vraag met antwoord betreffende de kostprijs zegel als erratum weten:

> "V: De kostprijs van de zegel is niet expliciet vermeld in het prijzenoverzicht. Is de zegelprijs mee te nemen in de kost van envelopperen?
>
> A: Neen
>
> V: Aanrekeningen staan vermeld als verzending PRIOR – is dit voor alle aanrekeningen of slechts een deel?
>
> A: Dit geldt voor alle aanrekeningen. Alle acties die de inschrijver kan ondernemen om de portkosten te drukken, zullen onder meer beoordeeld worden in de Technische bekwaamheid.
>
> V: Vallen tevens alle herinneringen ook onder aanrekening en dus te verzenden als PRIOR?
>
> A: Ja. Dit staat inderdaad niet volledig vermeld onder III.4.1, maar herinneringen worden steeds op papier eveneens PRIOR verzonden."

3.5. Uit het gunningsverslag blijkt dat er vijf initiële offertes rond 10 november 2020 zijn ingediend, namelijk door de nv IPEX voor een bedrag van 80.314,70 euro, de bv IXOR voor 178.883,00 euro, de bv Postalia Belgium (dit is de verzoekende partij, ook genoemd Easypost of Easyprint) voor 61.770,00 euro, de bv Risolto voor 112.530,00 euro en de nv Speos Belgium voor 110.145,00 euro. Alle bedragen zijn btw niet inbegrepen.

De offertes worden getoetst aan de gunningscriteria en de volgende voorlopige rangschikking wordt vastgesteld:

Inschrijver	GC1 (50)	GC2 (40)	GC3 (5)	GC4 (5)	Totaal (100)
Postalia	50	29	3	4	86.00
IPEX	38.45	35	4	5	82.45
Speos	28.04	37	5	5	75.04
Risolto	27.45	33	3	4	67.45
IXOR	17.27	31	4	5	57.27

3.6. Vervolgens worden onderhandelingen gevoerd met de eerste vier gerangschikte inschrijvers.

De verzoekende partij wijst er in haar initiële offerte op dat zij voor de distributie Bpost in onderaanneming heeft en, zo merkt zij in haar verzoekschrift op, dat zij ook tijdens de onderhandelingen aan de verwerende partij te kennen heeft gegeven dat er op de inventaris een post ontbreekt voor de verzendingskosten. De verwerende partij reageerde hierop met een e-mailbericht van 14 januari 2021:

> "Geachte
> We ontvingen uw offerte voor de opdracht 'Handling facturen en aanrekeningen'.
> U werd uitgenodigd een demo te geven, die op donderdag 07/01 plaatsvond.
>
> De portkosten voor de verzending van het aangeleverde document op papier naar de eindklant maakt initieel geen deel uit van de opdracht.
> Uit de verschillende demo's en de gevoerde gesprekken is echter gebleken dat deze portkosten een essentieel deel uitmaken van het totale budget voor de verwerking en verzending van de documenten (digitaal en/of op papier) naar de eindklanten van IVAGO.
>
> In het kader van de onderhandelingsprocedure, om meer transparantie te krijgen in de manier waarop deze portkosten aan IVAGO worden doorgerekend en om een correcte vergelijking te kunnen maken tussen de verschillende ingediende offertes, vragen we u te beschrijven aan welke portkosten een enveloppe in US-formaat, welke maximaal 3 vellen in A4 formaat bevat, verzonden wordt. Onder welke voorwaarden is de portkost geldig en welke kortingen worden onder welke voorwaarden toegekend. We vragen u ons een duidelijke berekening van de portkosten te bezorgen,

gebaseerd op een vermoedelijke hoeveelheid van 50.000 stuks per jaar. Dit is m.a.w. de portkost die door de opdrachtnemer zal doorgefactureerd worden aan IVAGO.

De inschrijver past daarbij de in zijn offerte beschreven maatregelen ter minimalisatie van deze portkosten toe.

IVAGO streeft er maximaal naar om de adresgegevens conform CRAB op een correcte manier aan te leveren.

Graag ontvangen wij van u uiterlijk woensdag 20/01 deze bijkomende info."

Over de onderhandelingen wordt in het gunningsverslag vermeld:

"Zoals bepaald in het bestek wordt met de inschrijvers verder in onderhandeling gegaan.

Op basis van de gunningscriteria werd een shortlist van de 4 best gequoteerde inschrijvers samengesteld, zijnde IPEX nv, Postalia Belgium bv, Risolto bv en Speos Belgium nv. Met deze 4 inschrijvers werden onderhandelingen gevoerd.

Tijdens deze onderhandelingen kregen de geselecteerde inschrijvers de mogelijkheid zichzelf voor te stellen, werden vragen ter verduidelijking gesteld en was er de gelegenheid om een demo te geven van het aangeboden beheerplatform ter opvolging van de aangeboden documenten.

Teneinde de nodige transparantie hierin te verkrijgen, werd aan alle geselecteerde inschrijvers gevraagd de huidig geldende portkosten op te geven die zullen doorgefactureerd worden aan IVAGO. Hierbij uitgaande van de toepassing van de door de inschrijver voorgestelde maatregelen ter minimalisatie van deze portkosten bij het postbedrijf waar de inschrijver gebruik van maakt.
Alle inschrijvers gaven hierop een duidelijk antwoord.

<u>Verduidelijking BAFO:</u>
Tijdens de onderhandelingsfase van de procedure kwam IVAGO tot nieuwe inzichten en kwam nadrukkelijk de behoefte naar boven om de diverse documenten dagelijks te kunnen aanbieden en te versturen.
De opstartkost van een run werd bijgevolg gewijzigd naar 1 post op de meetstaat die geldig is voor alle documenten, met een vermoedelijke hoeveelheid van 230 per jaar wat alle werkdagen omvat. Verder wenst IVAGO op jaarbasis met een vermoedelijke hoeveelheid van 8 maal een aantal documenten ad hoc te verzenden via mailmerge functionaliteit,

waarbij een sjabloon aangeboden wordt en de documenten dynamisch opgevuld worden vanuit een excellijst en bijgevolg verzonden worden.
Hiervoor werd een verplichte optie toegevoegd in de meetstaat, waarbij vermoedelijke hoeveelheden opgegeven worden van dergelijke uploads en een aantal documenten te versturen per jaar.

Bij het indienen van de BAFO diende rekening gehouden te worden met de, naar aanleiding van de vraag tot informatie, opgegeven portkost die door de opdrachtnemer zal doorgefactureerd worden aan IVAGO."

Blijkbaar vraagt de verwerende partij de inschrijvers aldus om naast de twee toegestane opties ook prijs op te geven voor vijf verplichte opties.

De vier inschrijvers dienen een BAFO in. Uit het gunningsverslag blijkt dat enkel de score voor het gunningscriterium 'Prijs' is gewijzigd. De scores voor de andere gunningscriteria blijven ongewijzigd met vermelding van de volgende redengeving: "In de BAFO werden geen extra elementen aangebracht die impact hebben op de initiële beoordeling".

De inschrijvers bieden thans in hun BAFO de volgende prijzen, de zeven opties inbegrepen: de nv IPEX 75.613,05 euro, de bv Postalia Belgium 69.120,00 euro, de bv Risolto 79.320,00 euro en de nv Speos Belgium 74.190,00 euro. Alle bedragen zijn btw niet inbegrepen.

De eindrangschikking is als volgt:

Inschrijver	GC1 (50)	GC2 (40)	GC3 (5)	GC4 (5)	Totaal (100)
Speos	46.58	37	5	5	93.58
IPEX	45.71	35	4	5	89.71
Postalia	50	29	3	4	86.00
Risolto	43.57	33	3	4	83.57

3.7. Op 4 maart 2021 worden de inschrijvers in kennis gesteld van de beslissing van de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Speos.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het tweede middel

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 en 56, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

Zij betoogt:

> “Doordat tijdens de onderhandelingen een verplichte optie is opgelegd.
> Terwijl artikel 4 en 56 §1 wet overheidsopdrachten bepalen dat in de aankondiging de aanbesteder vermeldt of opties zijn vereist en dat zonder dergelijke vermelding geen optie is toegelaten.
> Terwijl in de aankondiging van de opdracht er enkel informatie wordt verstrekt over twee toegestane opties en er geen informatie over een vereiste optie is verstrekt.
> Zodat de aanbesteder in strijd met artikel 4 en 56 § 1 van de wet overheidsopdrachten een vereiste optie heeft opgelegd.”

Beoordeling

6. In de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 oktober 2020, is geen verplichte optie opgenomen, enkel toegestane opties. In het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, wordt dit bevestigd.

Tijdens de onderhandelingen echter, verantwoord door nieuwe inzichten en een nadrukkelijke behoefte om diverse documenten dagelijks te kunnen aanbieden, worden verplichte opties opgelegd.

In haar BAFO is de verzoekende partij tijdig ingegaan op de vraag om een prijs op te geven voor de verplichte opties. Zij maakt niet aannemelijk dat zij ongelijk zou zijn behandeld. Derhalve mag bezwaarlijk worden

aanvaard dat de verwerende partij in strijd zou hebben gehandeld met artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dat stelt dat de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en handelen op een transparante en proportionele wijze. Zelfs indien er sprake zou zijn van enige onregelmatigheid, dan nog heeft die, in de gegeven omstandigheden, geen invloed kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, noch werd de verzoekende partij een waarborg ontnomen, ook al omdat de verzoekende partij de laagste prijs heeft geboden voor de verplichte opties.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4, 5, § 1, 41, § 4 en § 6, 81, § 1 en § 2, 3°, § 3, tweede lid, 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “meer in het bijzonder van de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en [het] legaliteitsbeginsel”.

Zij betoogt:

> “Doordat in het offerteformulier geen post voor het ‘frankeren en verzenden van de facturen en aanrekeningen’ is voorzien terwijl dit een inherent aspect van de opdracht uitmaakt. De prijs voor het frankeren en verzenden van de facturen en aanrekeningen is ook niet in rekening gebracht bij de beoordeling van het gunningscriterium prijs. Waar verzoekende partij aanvankelijk zeer sterk scoorde op het gunningscriterium prijs en de overige inschrijvers ver achter zich liet, moet zij vaststellen dat na het verloop van de onderhandelingen die kloof op spectaculaire wijze is ingehaald en de winnende inschrijver zich heeft gealigneerd op de prijszetting van verzoekende partij.
> Terwijl alle marktspelers op een gelijke wijze moeten worden behandeld, dat het weglaten van een kostenaspect niet mag leiden tot het bevoordelen van de inschrijvers die een duurdere prijs voor de verzending aanrekenen

omdat zij – door het weglaten van deze prijscomponent – een voordeel genieten waardoor zij zich beter rangschikken dan wanneer alle kostencomponenten van het voorwerp van de opdracht zoals beschreven in het bestek mee in rekening zouden worden gebracht.
Terwijl de wet overheidsopdrachten vereist dat de inschrijvers op gelijke wijze worden behandeld en zij geen discriminerende informatie mag verstrekken die bepaalde inschrijvers bevoordelen ten opzichte van anderen, dat zulks ook geldt voor wat de geboden prijzen betreft, die vertrouwelijk moeten blijven en niet kunnen worden meegedeeld aan andere inschrijvers.
Terwijl de wet overheidsopdrachten vereist dat de opdrachtgever op zorgvuldige wijze de offerte onderzoekt, zo ook de BAFO's en dus in geval van een spectaculaire prijsdaling van een inschrijver dient na te gaan of de prijs geen abnormaal lage prijs is, dat dergelijk onderzoek niet is verricht door de opdrachtgever;
Zodat de uitgebrachte beoordeling van de offertes, in het bijzonder van de winnende offerte niet materieel draagkrachtig is, minstens niet zorgvuldig is, omdat er geen rekening is gehouden met de totale prijs van de uitvoering van de opdracht en geen onderzoek is gevoerd naar het blijkbaar abnormaal karakter van de prijsdaling die door de overige inschrijvers is aangeboden, in het bijzonder door de winnende inschrijver."

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij in een eerste middelonderdeel op dat een substantieel kostencomponent niet mee in aanmerking is genomen bij de beoordeling van het prijscriterium. Immers, uit de technische besteksbepalingen blijkt duidelijk dat het frankeren en verzenden van de facturen en aanrekeningen op papier ten laste vallen van de dienstverlener. De verwerende partij schendt het bestek door in de beoordeling van de offertes geen rekening te houden met de kostprijs van het frankeren en verzenden. Op het offerteformulier staat geen afzonderlijke post hiervoor. De verzoekende partij heeft hierover een opmerking gemaakt in haar offerte en tijdens de onderhandelingen, waarop de verwerende partij reageerde met een e-mailbericht van 14 januari 2021 waarin zij de inschrijvers verzocht de kost van frankering en verzending te begroten. De verzoekende partij is hierop ingegaan. Uit het gunningsverslag blijkt echter dat er geen rekening wordt gehouden met de kostprijs van frankering en verzending. Niet alleen worden zo de besteksbepalingen geschonden, evenzeer is de eerlijke mededinging in het gedrang "omdat een wezenlijke kostencomponent niet in rekening wordt gebracht". Immers, inschrijvers die aan hogere tarieven frankeren en verzenden worden bevoordeeld. Er is geen waarheidsgetrouwe rangschikking en de poort voor speculatie staat

open: “Een inschrijver kan enerzijds, een abnormaal lage prijs indienen voor de dienstverlening zonder frankerings- en verzendingskost, en anderzijds tijdens de uitvoering een abnormaal hoge prijs aanrekenen voor de frankering en verzending van de facturen en aanrekeningen om aldus het verlies van de abnormale lage prijs voor de overige dienstverlening te compenseren”.

Voorts wijst de verzoekende partij er in een tweede middelonderdeel op dat er op discriminerende wijze informatie is verspreid over de prijszetting van de verzoekende partij waardoor de concurrenten tijdens de onderhandelingsfase een spectaculaire prijsdaling hebben doorgevoerd. Zo verlaagt de winnende inschrijver zijn basisprijs met 43 %. Blijkbaar is “de grootorde van de offerteprijs van verzoekende partij lopende de onderhandelingen […] meegedeeld aan de concullega’s”.

Ten slotte merkt de verzoekende partij in een derde middelonderdeel op dat er “geen prijsonderzoek [is] verricht naar de spectaculaire prijsdaling bij de concullega’s” wat strijdt met artikel 41, § 6, van de wet overheidsopdrachten 2016 en het zorgvuldigheidsbeginsel. Een aanbestedende overheid moet de regelmatigheid van de offertes nagaan conform artikel 83 van dezelfde wet en dient overeenkomstig artikel 84 van dezelfde wet het prijzen- en kostenonderzoek uit te voeren. “Dat onderzoek drong zich des te meer op, nu verzoekende partij geen zicht heeft op de kostprijsbegroting die de concullega’s indienden voor de frankering en verzending van de facturen en de aanrekeningen. Een mogelijks speculatief lage basisofferteprijs zou kunnen worden gecompenseerd door een abnormaal hoge kostprijs voor de frankering en verzending van de facturen en aanrekeningen”.

8. De verwerende partij merkt, wat het eerste middelonderdeel betreft, op dat zij, voorafgaandelijk aan de bekendmaking van de opdracht, ter voorbereiding een marktstudie heeft uitgevoerd “waaruit bleek dat de tarieven inzake portkosten die werden aangerekend, bij de verschillende dienstverleners in dezelfde lijn en grootorde lagen”. “Om deze redenen werd wat betreft de prijszetting dan ook enkel rekening gehouden met de dienstverlening die werd aangeboden hetzij digitaal, hetzij niet digitaal, waarbij de met deze dienstverlening verbonden portkosten, aangerekend door Bpost, als een neutraal gegeven werden

aangemerkt". Zij benadrukt dat "aangezien voor de verzending Bpost de enige aanbieder is voor universele postdiensten op het Belgisch grondgebied, […] de post van het frankeren een vast gegeven of kostprijselement [vormt]". Portkosten maken, zoals met de errata verduidelijkt, bijgevolg geen deel uit van het bestek. "Voor de uitlegging van het begrip 'verzenden' is Verwerende Partij dan ook uitgegaan van de veronderstelling dat de inschrijvers niet zelf verzenden, maar dit optimaal aanbieden bij Bpost met het oog op de verzending waarbij de portkosten door Bpost worden aangerekend en, vervolgens, door de dienstverlener op transparante basis aan Verwerende Partij wordt doorgerekend". "Er is dan ook geen sprake dat er een essentiële kostencomponent niet mee in rekening zou zijn genomen bij de beoordeling van het gunningscriterium 'Prijs'".

Wat het tweede middelonderdeel betreft, wijst de verwerende partij erop dat, in het algemeen, het toepassen van een plaatsingsprocedure met onderhandeling als gevolg heeft dat er, inzonderheid wat de prijzen betreft, een nivellering optreedt.

Wat het derde middelonderdeel betreft, wijst de verwerende partij erop dat de reguliere bepalingen inzake abnormale prijzen niet gelden voor een plaatsingsprocedure waarbij in de onderhandelingsmogelijkheid is voorzien. Voorts liggen de prijzen na de onderhandelingen dicht bij elkaar zodat er geen reden was om een vermoeden te koesteren met betrekking tot een abnormale prijsvorming. De verklaring voor de aanpassing van de prijzen is volgens de verwerende partij het gevolg van de verduidelijkingen inzonderheid wat het postklaar maken voor verzending betreft, waarbij dus uitdrukkelijk werd bevestigd dat de postkosten geen deel uitmaken van de prijszetting en tijdens de uitvoering van de opdracht op grond van een afzonderlijke afrekening van Bpost aan de verwerende partij zullen worden aangerekend.

Beoordeling

9.1.1. Op de eerste plaats dient een hoofdmotief van de opdracht in herinnering te worden gebracht, namelijk een verdergaande digitalisering van de communicatie tussen de verwerende partij en haar klanten. Er wordt een

onderscheid gemaakt tussen digitaal verkeer en schriftelijk communicatie doch, zo lijkt, is het opzet het digitale circuit voorop te stellen en te promoten.

9.1.2. De opdracht betreft aldus slechts ten dele schriftelijke communicatie. De opdracht lijkt ook omvattender dan louter het verzorgen van correspondentie met klanten; het gaat bijvoorbeeld ook om archiveren en ter beschikking stellen van een beheersplatform.

Dit alles lijkt in te houden dat de opdracht op het eerste gezicht ruimer is dan wat de verzoekende partij als haar core business beschouwt, namelijk het aanbieden van zogenaamde routage-activiteiten zoals bedoeld in artikel 2, 20°, van de wet van 26 januari 2018 ‘betreffende de postdiensten’.

9.2. In de mate dat de verzoekende partij in het eerste middelonderdeel meent dat het frankeren en verzenden van de papieren communicatie, elementen zijn die behoren tot het voorwerp van de opdracht en dat de verwerende partij nagelaten heeft dit gegeven op te nemen in de prijs, staat hier tegenover dat de verwerende partij, zo lijkt, naar de inschrijvers toe heeft gecommuniceerd dat de portkost (of zegelkost) niet in de prijs is inbegrepen (zie vragen en antwoorden opgenomen onder randnummer 3.4.) en dus dat deze Bpost-kost doorgerekend wordt door de inschrijver aan de verwerende partij.

Ter terechtzitting verklaart de verzoekende partij overigens dat zij de portkosten niet had opgenomen in haar initiële offerte.

In het e-mailbericht van 14 januari 2021 van de verwerende partij aan de inschrijvers (opgenomen onder randnummer 3.6.) wordt nogmaals bevestigd dat de portkosten geen deel uitmaken van de opdracht. Dat de verwerende partij in dit e-mailbericht uiteindelijk toch vraagt aan de inschrijvers die een BAFO moeten indienen, om een duidelijke berekening te geven van de portkosten voor een vermoedelijke hoeveelheid van 50.000 stuks, heeft een ander doel dan dat deze kost zou worden opgenomen in de prijs; het doel is eerder transparantie te krijgen over “de manier waarop deze portkosten aan IVAGO worden doorgerekend”. Deze bezorgdheid van de verwerende partij lijkt waarschijnlijk een reactie op een door de verzoekende partij geuite bezorgdheid

dat deze portkosten verschillend zijn naargelang de inschrijver en dat ze aldus een vertekend beeld zouden kunnen geven bij de uiteindelijke kost voor de verwerende partij. Deze stelling wordt door de verzoekende partij nader uitgewerkt in dit middelonderdeel en ter terechtzitting door erop te wijzen dat de portkost van Bpost niet kostenneutraal is. Volgens de verzoekende partij zou de Bpost-kost tussen de inschrijvers tot 8 % kunnen verschillen.

Echter, uit de vertrouwelijke stukken waarop de Raad van State acht mag slaan, blijkt dat de kostprijs Bpost bij de verzoekende partij en de gekozen inschrijver zeer vergelijkbaar zijn. In elk geval lijkt de bezorgdheid van de verzoekende partij dat te dezen de gekozen inschrijver zijn verlaagde prijs voor de opdracht zou pogen te compenseren met een hoge Bpost-kost allerminst enige grond te hebben, integendeel zelfs.

9.3. Wat het tweede middelonderdeel betreft, lijkt de verwerende partij in haar nota aan te geven dat de ruime verlagingen van de geboden prijs bij diverse inschrijvers, het gevolg is van de verduidelijkingen die bij de onderhandelingen zijn gegeven, in het bijzonder het feit dat de Bpost-kost niet in de geboden prijs diende te worden vervat. In de huidige stand van het geding lijkt deze visie te kunnen worden bijgevallen.

Dat de prijs van de verzoekende partij niet door haar werd verlaagd – haar initieel geboden prijs lijkt constant en werd enkel verhoogd met de prijzen van de opties – lijkt begrijpelijk aangezien zij zelf aangeeft dat deze prijs exclusief de Bpost-kost is.

Voorts lijkt er geen aanleiding om zelfs maar een schending te vermoeden van artikel 41, § 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, die de aanbestedende overheid oplegt om tijdens de onderhandelingen de gelijke behandeling van alle inschrijvers te verzekeren en geen discriminerende informatie te verstrekken.

9.4. Ten slotte, wat het derde middelonderdeel betreft waarin de verzoekende partij aanklaagt dat de verwerende partij geen prijsonderzoek heeft verricht niettegenstaande “de spectaculaire prijsdaling bij de concullega’s”, mag

worden gewezen op de door de verwerende partij gegeven oorzaak van deze daling, namelijk de tijdens de onderhandelingen gegeven verduidelijkingen inzake de Bpost-kost, en op het feit dat de Bpost-kost van de gekozen inschrijver helemaal niet hoger uitvalt dan die van de verzoekende partij. Overigens heeft de verzoekende partij ook onder de BAFO's de laagste prijs geboden zodat er niet zomaar mag worden aangenomen dat de andere inschrijvers abnormaal lage prijzen hebben geboden.

9.5. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, van de algemene "beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder van de materiële motiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel".

Zij betoogt:

> "Doordat uit de bewoordingen van het gunningsverslag blijkt dat het onvolledig is voor wat het gunningscriterium prijs betreft, en dus niet overeenstemt met de realiteit en de inhoud van de offertes van alle inschrijvers, en voor wat het gunningscriterium technische bekwaamheid betreft, elke materiële draagkracht mist om de toegekende score te verantwoorden omdat het op geen enkel punt inhoudelijke minpunten of pluspunten van de offerte verzoekende partij opsomt, maar deze offerte toch de laatste score toekent, dat in het bestek geen beoordelingsmethodiek is toegelicht voor dit gunningscriterium en ook niet blijkt wanneer deze methodiek zou zijn vastgelegd, noch om welke methodiek het zou gaan,
>
> Terwijl een gunningsbeslissing gesteund moet zijn op motieven die feitelijk juist en inhoudelijk pertinent zodat zij draagkracht zijn, [sic]

> Terwijl een gunningsbeslissing moet gesteund zijn op een juiste en volledige beoordeling van een gunningscriterium, wat voor het gunningscriterium prijs niet het geval was (zie tweede middel)
>
> Terwijl een gunningsbeslissing moet gesteund zijn op een transparante beoordelingsmethodiek en deze methodiek ten dezen voor het gunningscriterium technische bekwaamheid onbepaald is, zodat de toegekend[e] scores volkomen arbitrair zijn en niet gesteund zijn op enig draagkrachtig motief, dat de beoordelingselementen die onder het gunningscriterium zijn vermeld, binair zijn en enkel met ja of neen kunnen worden beoordeeld, zodat de offerte van verzoekende partij dan ook de maximumscore verdient in plaats van de laagste score van 29 punten op 40, dat niet in te zien valt hoe verzoekende partij slechts een score van 29 punten [behaalt] nu er geen minpunten zijn vermeld ten aanzien van haar offerte, dat het oneven getal doet uitschijnen dat er subgunningscriteria zijn benut, terwijl deze niet in het bestek waren vermeld.
>
> Zodat de verwerende partij haar gunningsbeslissing niet op materieel draagkrachtige motieven heeft gesteund, haar eigen bestekbepalingen heeft miskend en de inschrijvers niet op gelijke wijze heeft behandeld."

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij in de eerste plaats op dat de bestreden beslissing niet materieel draagkrachtig is gemotiveerd. Omdat het prijscriterium niet volledig is beoordeeld doordat niet alle prijscomponenten mee zijn beoordeeld onder het criterium, is de score voor het prijscriterium niet afdoende materieel draagkrachtig gemotiveerd.

Voorts klaagt de verzoekende partij aan dat er geen transparante methodiek is gehanteerd voor de beoordeling van het tweede, derde en vierde gunningscriterium. "Er is geen verduidelijking in het bestek opgenomen en uit het gunningsverslag blijkt evenmin wanneer de methodiek is vastgelegd noch om de inhoudelijke werking van de methodiek. Nochtans moet dit worden vastgelegd uiterlijk voor de opening van de offertes". "Hoe de punten precies worden toegekend, volgens welke puntenschaal of rekenmethode is niet duidelijk".

Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat de beoordeling van het tweede gunningscriterium 'Technische bekwaamheid' niet is gesteund op enige concrete beoordeling van de offerte van de verzoekende partij zodat er geen draagkrachtig motief voorligt voor de gegeven score en de verzoekende partij 40 punten dient te krijgen. De verzoekende partij overloopt de beoordeling in het

gunningsverslag van ieder beoordelingselement van het tweede gunningscriterium en wijst op enkele vaststellingen zoals dat er nergens een negatieve melding wordt gemaakt over haar offerte. Zelfs rekening houdend met de summiere individuele beschrijvingen in de beoordeling is de toegekende score volgens de verzoekende partij onbegrijpelijk en inconsistent. De scores zijn volkomen arbitrair toegekend en niet gesteund op enig draagkrachtig motief.

Beoordeling

11.1. In de mate dat het middel betrekking heeft op de materiële draagkracht van de bestreden beslissing wat het prijscriterium betreft, mag ter verwerping worden verwezen naar de beoordeling van het tweede middel.

11.2. Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft inzake de beoordelingsmethodiek, werd in het auditoraatsadvies ter terechtzitting het volgende opgemerkt:

> De verzoekende partij betoogt dat de beoordelingsmethodiek niet uiterlijk vóór de opening van de offertes werd vastgelegd.
> In 'erratum 1 – vraag en antwoord reeks 2' is te lezen:
>
> > 'Betreft gunningscriteria
> > V: Volgens welke methodiek zullen de punten uit de gunningscriteria bepaald worden (2, 3 en 4)? Is dit volgens rangorde of hoe exact?
> > A: Alle ontvangen offertes die administratief regelmatig worden bevonden, worden aan alle gunningscriteria getoetst. Daarna worden de behaalde scores van alle gunningscriteria opgeteld'.
>
> Dat de beoordelingsmethodiek niet uiterlijk vóór de opening van de offertes zou zijn vastgelegd, wordt door de verwerende partij in haar nota uitdrukkelijk betwist, stellende dat de beoordelingsmethodiek samen met de vaststelling van de gunningscriteria werd vastgesteld. De methodiek bestaat erin dat de verschillende beoordelingselementen onderling worden vergeleken, waarbij enkel de meerwaarden of voordelen worden vermeld en bij de beoordeling meegenomen. Dit betoog wordt geschraagd door de vergelijkingstabel die als vertrouwelijk stuk in het administratief dossier is opgenomen.
> Het is niet aannemelijk gemaakt dat anders zou moeten worden beslist dan dat het standpunt van de verzoekende partij feitelijke grondslag mist.

In de huidige stand van het geding wordt deze zienswijze bijgevallen.

11.3. Ten slotte, wat de inhoudelijke kritiek betreft op de beoordeling door de verwerende partij van het tweede gunningscriterium ‘Technische bekwaamheid’, wordt deze evenzeer verworpen.

De verwerende partij heeft een methodiek gehanteerd waarbij enkel pluspunten bovenop de minimumvereisten in aanmerking worden genomen, optie die te dezen niet haar beoordelingsruimte lijkt te buiten te gaan. De kritiek van de verzoekende partij dat er geen minpunten bij de beoordeling van haar offerte zijn betrokken, vertrekt dan ook van een verkeerd uitgangspunt.

In haar kritiek op de beoordeling van haar eigen offerte, die gequoteerd werd met 29 op 40 punten, betrekt de verzoekende partij niet de offerte van de gekozen inschrijver, die 37 op 40 punten behaalde, zodat die laatste score door haar lijkt te worden aanvaard. Om in de eindrangschikking beter te kunnen worden gerangschikt dan de gekozen inschrijver lijkt de verzoekende partij, die een totale score van 86 punten heeft terwijl de totale score van de gekozen inschrijver 93,58 punten is, de score van de gekozen inschrijver voor dit criterium omzeggens te moeten evenaren. De verzoekende partij erkent echter ook dat de gekozen inschrijver merkelijk meer pluspunten, namelijk negen, dan haar, namelijk twee, heeft gekregen. In die omstandigheden ziet de Raad niet onmiddellijk in hoe de verzoekende partij hem op grond van dit middel zou kunnen overtuigen in nuttige orde te worden gerangschikt.

11.4. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

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

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**