

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.591 van 11 januari 2022
in de zaak A. 235.241/XII-9163**

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
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1

tegen:

de RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Gauthier Eryvn
kantoor houdend te 1160 Brussel
Hermann Debrouxlaan 40
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

BPOST, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Andi Zrza
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 december 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“(1) - De beslissing van 24 september 2021 van [...] de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) [...] houdende gunning van perceel 1 van de

‘overheidsopdracht van diensten en leveringen tegen prijslijst van universele en niet-universele nationale en internationale postdiensten’, (bestek DE/456/2021) aan Bpost [...],

(2) - de beslissing van 24 september 2021 van [...] de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ), waarbij de offerte van Postalia Belgium voor perceel 1 van de ‘overheidsopdracht van diensten en leveringen tegen prijslijst van universele en niet-universele nationale en internationale postdiensten’, (bestek DE/456/2021), als substantieel onregelmatig wordt geweerd;

(3) - de impliciete beslissing van 24 september 2021 van [...] de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) om perceel 1 van de ‘overheidsopdracht van diensten en leveringen tegen prijslijst van universele en niet-universele nationale en internationale postdiensten’, (bestek DE/456/2021, niet aan Postalia Belgium te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 december 2021 heeft de nv van publiek recht Bpost (hierna: Bpost) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 januari 2022, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse bijgestaan door Josef Fischer, commercieel directeur, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Evert Vervaeke en Bart Van Hyfte, die *loco* advocaat Gauthier Ervyn verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor ‘universele en niet-universele nationale en internationale postdiensten’. De opdracht bestaat uit vijf percelen. Enkel perceel 1 ‘Universele nationale postdienst Brussel’ is hier in het geding. Dit perceel wordt als volgt nader omschreven in het bestek:

“Perceel 1. Universele nationale postdienst Brussel

In het kader van deze opdracht bestrijkt de universele postdienst:

- het ophalen, sorteren, transporteren en verdelen van de postzendingen tot 2 kg;
- de diensten die betrekking hebben op aangetekende zendingen en op zendingen met aangegeven waarde.”

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure. De opdracht wordt nationaal en Europees aangekondigd.

3.2. Het bestek met referentie DE/456/2021 is van toepassing op de opdracht.

In de omschrijving van de technische vereisten van de opdracht wordt onder meer het volgende bepaald:

“III.4 Postdiensten op de administratieve zetel in Brussel

III.4.1 Verzending van dringende en niet-dringende nationale zendingen

III.4.1.1 Beschrijving

Dringende en niet-dringende post, van het type genormaliseerd en niet-genormaliseerd, te verdelen over het Belgische grondgebied.

Niet-dringende zendingen worden verstuurd via uitgestelde vergoeding (administratieve post in enveloppen met R.D. of U.V. in de rechterbovenhoek van de voorzijde).”

3.3. Er worden drie offertes ingediend voor de opdracht, namelijk door Bpost (alle percelen), de nv Mestabel (perceel 1 t.e.m. 4) en de bv Postalia Belgium (perceel 1).

3.4. Op 24 september 2020 beslist de verwerende partij alle percelen te gunnen aan Bpost. De offertes van de beide overige inschrijvers worden onregelmatig verklaard. De gemotiveerde gunningsbeslissing luidt wat de offerte van de bv Postalia Belgium betreft:

“Het lastenboek eist dat niet-dringende zendingen van de aanbestedende overheid worden verstuurd via uitgestelde vergoeding (administratieve post in enveloppen met R.D. of U.V. in de rechterbovenhoek van de voorzijde).

Aangezien Postalia deze enveloppen niet kan frankeren is hun offerte voor perceel 1 substantieel onregelmatig. De aanbestedende overheid wijst er op dat een afwijking van de huidige werkwijze met RD/UV grote kosten en reorganisatie met zich mee zou meebrengen.”

IV. Tussenkost

4. Bpost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkost wordt ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift een enig middel aan, door haar samengevat als volgt:

“Schending van de artikelen 4 en 5 § 1 van de wet 17 juni 2016 houdende overheidsopdrachten, van artikel 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 53, § 1, § 2, § 4 en § 5 van de wet overheidsopdrachten van 17 juni 2016 inzake de technische specificaties, van de artikelen 56, 51 en 52 van VWEU, van artikel 76 van het KB van 18 april 2017 Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, 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 materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel.

Doordat het bestek enerzijds, een ophaalmethode beschrijft aan de hand van de commerciële naam van de ophaalmethode U.V. van bpost en dus de technische eisen niet in objectieve prestatie-eisen beschrijft, en anderzijds, de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaart wegens een beweerde onmogelijkheid voor verzoekster om de niet-dringende zendingen, met R.D./U.V. in de rechterbovenhoek van de voorzijde van de enveloppe, te frankeren en dat een dergelijke afwijking van de huidige werkwijze grote kosten en reorganisatie met zich zou meebrengen.

Het bestek aldus een technische prestatie-eis opneemt die op maat van de universele dienstverlener bpost is geschreven hoewel – in wezen – deze commerciële benaming betrekking heeft op een routage-activiteit die op een gelijkaardige wijze door verzoekster kan worden aangeboden/wordt aangeboden.

Terwijl de wetgeving inzake de overheidsopdrachten gestoeld is op het principe van de eerlijke en vrije mededinging, van de gelijke behandeling van de inschrijvers, van de transparantie en van de proportionaliteit; dat deze transparantie en gelijke behandeling tot uiting moet komen in de beoordeling van de offertes; dat bijgevolg een uitsluiting van een offerte wegens beweerde substantiële onregelmatigheid moet gesteund zijn op juiste feiten en pertinente juridische argumenten; dat de bewering dat verzoekster de opgehaalde UV post niet kan frankeren zonder grondslag is, omdat de aangereikte poststukken met label ‘U.V.’ niet voorgefrankeerd zijn en verzoekende partij deze stukken in het kader van

haar routage-activiteiten perfect kan frankeren; dat de motivering dat de beweerde afwijking grote kosten en reorganisatie met zich zou meebrengen, zonder grondslag is; dat de motivering ook niet aanhaalt dat verzoekende partij in haar offerte de behandeling van poststukken met U.V. zou uitsluiten;

Terwijl elke technische eis moet worden uitgedrukt in prestatie-eisen, dat dit te dezen ontbreekt, aangezien een welbepaald commercieel product van bpost, met name de ophaalmethode van U.V. als technische eis voorop wordt gesteld; dat er geen bijzondere eisen eigen aan het voorwerp van de opdracht bestaan, die dergelijke mededingingsbeperkende eis kunnen verantwoorden.

Bij niet-naleving van de voorschriften van artikel 53 § 4 wet 17.06.2016 door de aanbestedende overheid, moet de inschrijver in de mogelijkheid worden gesteld om een gelijkwaardige dienstverlening/gelijkwaardig product aan te bieden, wat verzoekende partij ook heeft gedaan in haar offerte.

De huidige wetgeving een omzetting is van de richtlijn 97/67/EG zodat het gebruik van maatregelen met een gelijke werking als een kwantitatieve beperking in het kader van een materie die is omgezet naar nationaal recht, in strijd is met EU-recht, nl met de artikelen 56, 51 en 52 VWEU. Meer in het bijzonder is het, ook op grond van nationaal recht, verboden om de mededinging te belemmeren en disproportioneel te beperken, wanneer de behoeften van de opdrachtgever even goed kunnen worden ingevuld door het gebruik van een alternatieve technische beschrijving die de mededinging niet beperkt.

Dat er dan ook geen reden is om de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren omdat zij een gelijkwaardige ophaalmethode aanbiedt die toelaat de enveloppen met U.V. label te verwerken en te frankeren.

Zodat het bestek van verwerende partij de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen schendt.”

In de toelichting verklaart de verzoekende partij dat zij, gelet op de mogelijkheden geboden door de onder Europese druk doorgevoerde liberalisering van de postdiensten zogenaamde routage-activiteiten aanbiedt. Deze activiteiten bestaan volgens artikel 2, 20°, van de wet van 26 januari 2018 ‘betreffende de postdiensten’ (hierna: wet postdiensten) uit “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”. Voorts wijst zij erop dat voor de activiteiten waarvoor een BIPT-vergunning is vereist, zij zich in haar offerte beroept op de vergunning van Bpost als haar onderaannemer.

Ook benadrukt de verzoekende partij dat volgens artikel 53, § 4, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) er in de technische specificaties van het bestek geen melding mag worden gemaakt van onder meer een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor producten of diensten van een bepaalde ondernemer, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Volgens haar zou dergelijke vermelding slechts zijn toegestaan indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd. Zij onderstreept dat volgens voormeld artikel bij niet-naleving van de voorschriften ervan door de aanbestedende overheid de inschrijver een gelijkwaardig product moet kunnen aanbieden en dat een oplossing die op een gelijkwaardige wijze voldoet aan de technische vereisten van het bestek niet mag worden afgewezen.

Te dezen meent de verzoekende partij dat het litigieuze bestek een technische vereiste bevat die omschreven is in termen van een commerciële benaming van een ophaalmethode van Bpost, aanbieder van de universele dienst. Immers, Bpost gebruikt de werkwijze van de UV-frankering, eigen aan deze inschrijver, en deze methode wordt in het bestek als technische vereiste opgelegd. Aldus mocht de verzoekende partij een alternatieve ophaalmethode voorstellen in haar offerte en mocht de verwerende partij dit niet afwijzen als niet-besteksconform.

Voorts merkt zij op dat zij wel degelijk voldoet aan de richtlijnen voor de afgifte van poststukken met UV-label. Zij betoogt: “In wezen komt de U.V.-methode dus neer op dezelfde werkwijze die verzoekende partij in het kader van haar routage-activiteiten toepast: ongefrankeerde poststukken die hetzij in een zak, hetzij in een bak zijn verzameld (al dan niet voorgesorteerd) worden opgehaald, door de dienstverlener verder gesorteerd en gefrankeerd”. Zij heeft volgens haar deze werkwijze nader toegelicht in haar offerte en deze werkwijze is perfect verenigbaar met de UV-methode. Haar offerte is dan ook

niet substantieel onregelmatig. Immers, de verzoekende partij kan de poststukken met UV-label wel frankeren, er is geen afwijking van de huidige UV-werkwijze zodat er geen kosten of reorganisatie zijn voor de verwerende partij en de verzoekende partij heeft geen voorbehoud gemaakt in haar offerte over de gevraagde UV-werkwijze.

Ten slotte merkt zij “ondergeschikt en ten overvloede” op dat in de feiten de werkwijze van de verzoekende partij een alternatieve uitvoeringsmethode is die gelijkwaardig is aan de UV-methode van Bpost.

7. In haar nota betwist de verwerende partij in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het middel op grond van de rechtspraak ontwikkeld in het arrestnr. 206.598 van 13 juli 2010 inzake de nv Neorec.

Daarnaast betwist zij de ernst van het middel door erop te wijzen dat ‘administratieve brievenpost toegelaten tot het vervoer mits uitgestelde vergoeding’ – het zogenaamde UV-systeem – een bijzondere opdracht van openbare dienst betreft, opgenomen in de wet- en regelgeving op de postdiensten. Volgens de verwerende partij mag zij van dat bijzonder postdienstsysteem gebruik maken op grond van artikel 52 van het koninklijk besluit van 24 april 2014 ‘houdende reglementering van de postdienst’ (hierna: koninklijk besluit postdienst). Het gaat volgens haar dus geenszins om een commerciële naam van een ophaalmethode van Bpost. De verwerende partij wijst erop dat ingevolge de liberalisering van de markt voor postdiensten ook de verzoekende partij in aanmerking kan komen om diensten te verlenen binnen het UV-systeem, in zoverre zij daartoe door de Belgische Staat zou worden aangewezen, wat echter niet het geval is. De verwerende partij heeft naar eigen zeggen ‘het wettelijke recht om die openbare dienst te gebruiken voor haar administratieve post’, maar kan niet beslissen wie deze openbare dienst mag verlenen. De verzoekende partij beweert volgens de verwerende partij dus ten onrechte dat zij de mededinging heeft geschonden door om toepassing van dit wettelijk frankeersysteem te verzoeken. De vereiste om de UV-methode te gebruiken verhindert de verzoekende partij niet om in te schrijven en routage-activiteiten te verlenen.

Nu in de offerte van de verzoekende partij niet het UV-systeem werd aangeboden, werd zij terecht substantieel onregelmatig verklaard. De verwerende partij wijst voorts op de grote kosten die gepaard zouden gaan met een overschakeling naar het door de verzoekende partij aangeboden systeem. Zij benadrukt dat zij zelf mag kiezen op welke wijze zij haar post wenst te frankeren, te dezen met het UV-systeem. Ook merkt zij op dat de verzoekende partij in haar offerte geen enkele uitleg bevat die zou bevestigen dat haar frankeermethode “compatibel is met het ‘UV’-postsysteem”.

Meest ondergeschikt, in zoverre het middel ernstig zou zijn, doet de verwerende partij gelden dat de schorsing van de uitvoering van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen niet ontvankelijk is.

8. De tussenkommende partij werpt in de eerste plaats vier excepties op wat de ontvankelijkheid van het middel betreft:

“Het enig middel is bijgevolg omwille van meerdere redenen onontvankelijk: zij
(i) vereist de interpretatie van louter technische besteksbepalingen, c.q. technische specificaties;
(ii) berust uitsluitend op opportunitetskritiek;
(iii) is gestoeld op de hypothetische en speculatieve premisse dat het Bestek op maat van bpost is geschreven zonder dat dit ook maar enigszins wordt aangetoond én
(iv) schendt op diverse vlakken de *obscuri libelli* exceptie.”

Daarnaast betwist zij de ernst van het middel. Zij doet gelden dat het UV-systeem wettelijk en reglementair verankerd is, dat de RSZ dat systeem mag gebruiken en dat het UV-systeem in principe ook door de verzoekende partij mag worden aangeboden ingevolge de liberalisering van de postmarkt. De verzoekende partij moet hiervoor een aanvraag indienen om een vergunning te krijgen. De door de verwerende partij opgelegde UV-frankeerwijze is geenszins onwettig, dan wel op maat van Bpost geschreven.

Minstens kon de verzoekende partij perfect de UV-zendingen ophalen bij de RSZ en deze dan bij Bpost deponeren, maar dat zou allicht minder

winstgevend zijn geweest voor de verzoekende partij dan haar eigen business model waarbij zij zelf sorteert en frankeert. Er is in elk geval geen enkele reden waarom het technisch onmogelijk zou zijn voor de verzoekende partij om aan de besteksvereiste inzake het UV-systeem te voldoen.

Ook de tussenkomenende partij benadrukt dat de offerte van de verzoekende partij terecht substantieel onregelmatig werd verklaard doordat zij niet het UV-systeem heeft aangeboden maar wel een zogenaamd ‘gelijkwaardig alternatief’. Dat het bestek niet is afgestemd op het business model van de verzoekende partij, maakt het bestek niet onwettig.

Ten slotte werpt ook de tussenkomenende partij de Neorec-exceptie op ten aanzien van het middel.

Beoordeling

9. De excepties inzake de ontvankelijkheid van het middel lijken op het eerste gezicht niet aanvaardbaar.

Dat de verzoekende partij zich niet zou mogen beroepen op de onwettigheid van het bestek lijkt strijdig met de Labonorm-rechtspraak (arrest nr. 152.173 van 2 december 2005) en de Raad ziet niet in dat er te dezen hiervan moet worden afgeweken. Overigens lijkt de verzoekende partij op grond van artikel 53, § 4, vierde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 gerechtigd om een gelijkwaardige werkwijze voor te stellen in afwijking van het bestek wat aldus precies in tegenspraak lijkt met de zogenaamde Neorec-exceptie.

Dat het middel technisch is belet niet dat de Raad er kennis van mag nemen en kan beoordelen binnen de contouren eigen aan een vordering ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

In zoverre het middel de wettigheid betreft van het gebruik door de RSZ van het postdienstsysteem met uitgestelde vergoeding en van het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij wegens het niet-aanbieden van dat postdienstsysteem, betreft het middel wel wettigheidskritiek en niet uitsluitend opportunitetskritiek.

In de mate dat wordt aangevoerd dat het middel op de hypothetische en speculatieve premisse is gesteund dat het bestek op maat van Bpost zou zijn geschreven, lijkt het voorts de ernst van het middel te betreffen.

Ten slotte lijkt het middel voldoende duidelijk aangebracht om de verwerende partij en de tussenkomen de partij in staat te stellen verweer te voeren, wat zij uitvoerig hebben gedaan.

10.1. Artikel 25 van de wet postdiensten bepaalt:

“Art. 25. De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de nadere regels bepalen met betrekking tot:

[...]

2° de dienst van de administratieve correspondentie, zoals de behandeling, de conditionering en de uitreiking, en de nadere regels van uitgestelde vergoeding inbegrepen de rechthebbenden en de verplichte vermeldingen;

[...]”

“Onderafdeling II. - Administratieve brievenpost toegelaten tot het vervoer mits uitgestelde vergoeding” van het koninklijk besluit postdienst bepaalt:

“Art. 52. § 1. De administratieve brievenpost uitgaande van de Raad van State, het Rekenhof, de Vaste Commissie voor Taaltoezicht, de ministeriële beleidscellen en departementen op federaal, gewestelijk en gemeenschapsniveau, de gewestelijke economische raden, de provincies en de instellingen van openbaar nut onderworpen aan de wet van 16 maart 1954, betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut mag zonder frankering verzonden worden.

§ 2. Iedere in § 1 vermelde begunstigde wijst in zijn organisatie en in akkoord met de aanbieder van postdiensten belast door de Belgische Staat met de dienst van administratieve briefwisseling, de administraties, diensten, instellingen en personen aan, die hun administratieve brievenpost niet moeten frankeren. Hij schrijft alle nodige geachte maatregelen voor om ieder risico tot misbruik of bedrog te voorkomen. Hetzelfde geldt voor de andere diensten vermeld in § 1.

§ 3. De aanbieder van postdiensten belast door de Belgische Staat met de dienst van administratieve briefwisseling kan de Minister die de postreglementering onder zijn bevoegdheden heeft, voorstellen om bijkomende rechthebbenden aan te duiden.

Art. 53. De kosten voor de afgifte, de verzending en de bezorging van de administratieve brievenpost worden gedragen door de begunstigden vermeld in artikel 52, § 1, van dit besluit.”

Uit de uiteenzetting ter terechtzitting blijkt dat in de feiten Bpost de enige onderneming is die door de Belgische Staat is belast met deze dienst van administratieve briefwisseling.

Volgens haar website is UV of Uitgestelde Vergoeding bij Bpost (<https://www.bpost.be/nl/business/faqs>):

“[...] een frankeermerk dat voorbehouden is voor bepaalde Belgische overheidsdiensten. UV/RD+ is een afhaal-, frankeer- en distributiedienst voor zendingen, ook voorbehouden voor bepaalde Belgische overheidsdiensten.”

Op dezelfde site maakt Bpost ook melding van een andere wijze van frankeren van brieven, namelijk de Port Betaald (PB) werkwijze. Deze werkwijze, die blijkbaar door gelijk welke gebruiker van de diensten van Bpost aangewend kan worden, wordt beschreven als volgt:

“- U hoeft uw zendingen niet meer afzonderlijk te frankeren. U hebt geen postzegels of frankeermachine meer nodig: u drukt het Port Betaald-frankeermerk rechtstreeks op uw zendingen.
- U geeft uw zendingen af in een erkend kantoor of (Hyper) MassPost Center, afhankelijk van het soort en het aantal zendingen.
- U betaalt het totaalbedrag van de frankering bij afgifte of na facturering. U krijgt een duidelijk overzicht van uw portkosten.”

Ook op een andere sitepagina van de Bpost website (https://www.bpost.be/sites/default/files/migrate/Solutions_tariffs_Mass_mail_future_NL.pdf) waar het item ‘Oplossingen en Tarieven 2022’ ‘Zendingen van Brieven in grote aantallen’ aan bod komt, worden de beide werkwijzen, namelijk UV en PB, als oplossingen voor de behandeling en de uitreiking van grote volumes door Bpost, zowel onder niet-contractuele als contractuele vorm, voorgesteld.

10.2. Artikel 53, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“§ 4. In de technische specificaties mag geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd.

Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering alleen toegestaan:

1° wanneer, ingevolge de toepassing van paragraaf 3, geen voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk zou zijn;

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd.

In het in het tweede lid, 1° bedoelde geval moet de betreffende vermelding of verwijzing vergezeld gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’.

Bij niet-naleving van de in deze paragraaf bedoelde verplichtingen door de aanbestedende overheid, kan de inschrijver een gelijkwaardig product of dienst aanbieden.”

11. De verzoekende partij neemt als uitgangspunt voor haar middel dat de verwerende partij in het bestek een technische vereiste heeft opgenomen die als een commerciële benaming van Bpost kan worden aanzien en dat de verwerende partij daardoor de regel dat technische vereisten in objectieve prestatie-vereisten moeten zijn uitgedrukt, miskent.

Zoals onder randnummer 10.1. vermeld, lijkt de dienst van de administratieve correspondentie onder het stelsel van de uitgestelde vergoeding waarop de verwerende partij volgens artikel 52, § 1, van het koninklijk besluit postdienst een beroep mag doen, een wettelijk verankerd systeem en niet een door Bpost ingestelde commerciële werkwijze. Deze vaststelling alleen reeds lijkt voldoende om het middel niet ernstig te achten. Immers, de juridische strijd lijkt dan niet zozeer te gaan om het “favoriseren” van een bepaalde onderneming in een technische besteksvereiste dan wel een in vraag stellen van de legitimiteit van dit wettelijk systeem of de toegang tot dit systeem, elementen die in het verzoekschrift niet aan bod zijn gekomen. Deze discussie kan, zoals de verzoekende partij ter terechtzitting overigens aangaf, immers de vraag doen rijzen in hoeverre deze reglementering die in een koninklijk besluit is opgenomen, wel verenigbaar is met de overheidsopdrachtenwetgeving.

Concluderend lijkt te mogen worden gesteld dat de problematiek lijkt te ontsnappen aan de contouren zoals geschetst in het inleidend verzoekschrift.

Indien toch zou mogen worden aangenomen dat de verzoekende partij met haar klacht het UV-systeem zelf aanklaagt, los van de oorsprong, dan nog lijkt zij tekort te schieten in haar argumentatie. De verzoekende partij beroept zich op haar zogenaamd recht op het voorstellen van een gelijkwaardige werkwijze in haar offerte omdat de verwerende partij in haar bestek een technische vereiste oplegt die in de feiten vandaag de dag slechts ten volle kan worden nagekomen door Bpost.

De verzoekende partij verwijst hier naar artikel 53, § 4, vierde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 dat in de mogelijkheid voorziet voor een inschrijver om, bij niet-naleving van de in deze paragraaf bedoelde verplichtingen inzake het verbod van het melding maken door de aanbestedende overheid van een bepaalde werkwijze eigen aan een bepaalde onderneming, een gelijkwaardig product of dienst aan te bieden.

Het gebruik maken van deze mogelijkheid lijkt echter op het eerste gezicht te vereisen dat een inschrijver in zijn offerte hierover duidelijk en transparant is.

Aan dit laatste lijkt op het eerste gezicht de verzoekende partij in haar offerte onvoldoende tegemoet te komen. Zij handelt in haar offerte niet over de UV-methode, laat staan dat zij zich uitdrukkelijk beroept op haar eventueel recht een gelijkwaardige werkwijze voor te stellen. Zij lijkt zich te beperken tot het uiteenzetten van haar zogenaamde PB-werkwijze zonder dat concreet – bijvoorbeeld met een vergelijking – wordt toegelicht dat deze werkwijze gelijkwaardig zou zijn aan de UV-methode die de verwerende partij vraagt. Zo ook komt de praktische werkwijze van de behandeling van brieven met het UV-logo dat – zoals de technisch raadgever van de verzoekende partij ter terechtzitting opmerkt – dan zou moeten worden overplakt met een PB-logo, niet aan bod. Het lijkt dat dergelijke problematiek in beginsel niet aan bod kan komen in een rechtsprocedure zonder dat ze eerst duidelijk blijkt uit de offerte zelf.

Ook om die reden is het middel niet voldoende ernstig om een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen te rechtvaardigen.

12. De Raad van State merkt wel op dat dit dossier vragen doet rijzen die tijdens de terechtzitting onvoldoende beantwoord werden om een diepgaander oordeel over de problematiek te kunnen vormen.

Zo mag worden opgemerkt dat geen van de partijen, ook niet ter terechtzitting op interpellatie van de Raad, erin slaagt geloofwaardig en concreet aan te tonen wat het verschil is – volgens de verzoekende partij is er geen verschil, volgens de andere partijen een essentieel verschil – tussen de twee kwestieuze werkwijzen. Dit lijkt nochtans een cruciaal gegeven in dit dossier aangezien de verwerende partij de UV-methode als een essentiële technische vereiste aanziet.

Van een aanbestedende overheid lijkt te mogen worden verwacht dat zij bij het opstellen van haar bestek zorgvuldig te werk gaat en passend inschat wat zij wil en wat de markt te bieden heeft. Te dezen zou de vraag kunnen rijzen of dit hier op die wijze is gebeurd. De hamvraag is of de stelling van de verwerende partij, dat zij de UV-methode als technische vereiste oplegt omdat zij er wettelijk een beroep op mag doen als een van de geprefereerde instellingen en omdat zij er traditioneel gebruik lijkt van te maken – en dit van vóór de liberalisering van de postmarkt – voldoende aannemelijk is aangezien, zo lijkt, niets lijkt uit te sluiten dat zij ook op andere werkwijzen een beroep mag doen. Ook een oefening om de opdracht echt naar prestatie-vereisten te vertalen en niet naar een bepaalde procédé, zou meer aangewezen kunnen zijn zodat zij met kennis van zaken zou kunnen beslissen.

Voorts, uit de vertrouwelijk neergelegde offertes blijkt dat de offerte van de verzoekende partij op het eerste gunningscriterium, de prijs, gunstiger lijkt te scoren dan de offerte van Bpost, zodat, zo lijkt, het eventueel verschil tussen de beide werkwijzen des te meer cruciaal is. Deze vaststelling inzake de prijs lijkt ook de bezwaren betreffende de kosten die – zo ze al ernstig zijn – volgens haar zouden doorwegen bij haar beslissing, minstens te nuanceren.

Ten slotte lijkt het op het eerste gezicht procedureel wellicht meer aangewezen het bestek met dergelijke vereiste rechtstreeks aan te vechten gelet op het principieel karakter van de discussie.

VII. Besluit

13. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv van publiek recht 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 22 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 elf januari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra