

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.923 van 28 februari 2023

in de zaak A. 238.198/XII-9322

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 VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leen De Vuyst en Niels Tack
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BPOST
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 18 januari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- de beslissing van 14 november 2022 van de Vlaamse Overheid, Agentschap Facilitair Bedrijf, [...] houdende gunning van de overheidsopdracht ‘Perceel A1 - Ophaling, behandeling, frankering, verwerking, verzending en bedeling van uitgaande post en pakketten: complexe gebouwen en van maandag tot vrijdag’ (bestek 2020/HFB/SUI/33771) aan Ipex nv [...],

- de impliciete beslissing van 14 november 2022 van de Vlaamse Overheid, Agentschap Facilitair Bedrijf, [...] om de [voornoemde overheidsopdracht] niet aan Postalia Belgium te gunnen,

- de beslissing van 14 november 2022 van de Vlaamse Overheid, Agentschap Facilitair Bedrijf, [...] houdende gunning van de overheidsopdracht ‘Perceel A2 - Ophaling, behandeling, frankering, verwerking, verzending en bedeling van uitgaande post en pakketten: eenvoudige gebouwen en vaste dag of aantal vaste dagen van de week’ (bestek 2020/HFB/SUI/33771) aan Bpost nv van publiek recht [...],

- de impliciete beslissing van 14 november 2022 van de Vlaamse Overheid, Agentschap Facilitair Bedrijf, [...] om de [voornoemde overheidsopdracht] niet aan Postalia Belgium te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 januari 2023 heeft de nv Bpost gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 februari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat George Dobbelaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Leen De Vuyst en Niels Tack, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Andi Zrza, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 uit voor diensten met als voorwerp ‘Universele postdienst en aanverwante diensten’. Zij treedt op als aankoopcentrale voor een hele reeks diensten en instellingen van de Vlaamse overheid.

De opdracht bestaat uit 15 percelen. De voorliggende vordering heeft betrekking op de percelen A1 en A2.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt, met enkele rectificaties.

Er wordt gekozen voor een procedure *sui generis* met voorafgaande bekendmaking, met toepassing van artikel 89, § 1, eerste lid, 4°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016). De procedure wordt gekenmerkt door het feit dat er, na een selectiefase, een fase volgt waarin de geselecteerde kandidaten een voorstel van ‘nomenclatuur’ van postproducten kunnen indienen. Op basis van de informatie verkregen in die tweede fase stelt de verwerende partij vervolgens een bestek op. Alleen de kandidaten die een nomenclatuur hebben ingediend, zullen offertes kunnen indienen.

3.2. In het bestek nr. 2020/HFB/SUIG/33771, punt 1.1, wordt het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt:

“Context en voorwerp

Het agentschap Facilitair Bedrijf wenst over te gaan tot het contracteren van één of meerdere dienstverleners voor postdiensten en aanverwante diensten. Het Facilitair Bedrijf zal door toepassing van het principe ‘centraal contracteren – decentrale afname’ de entiteiten binnen het toepassingsgebied van deze opdracht voorzien van generieke postale

diensten en van een evolutief aanbod van dergelijke diensten. Daarbij is het belangrijk dat deze opdracht voorziet in het correcte tarief waar zulk tarief toepasselijk is en in een economisch gunstige prijs waar de markt van toepassing is.

Deze opdracht is een opdracht voor diensten in de zin van art. 2, 21° van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016.

Type opdracht

De opdracht neemt de vorm aan van een Raamovereenkomst in de zin van art. 2, 35° van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016.

[...]

De plaatsing van deze opdracht gebeurt via een sui-generis procedure waarbij de regels in dit bestek bepaald worden, op basis van artikel 89, § 1, 4° van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016.

[...]

Deze sui generis procedure vindt plaats in drie stappen:

- | |
|---|
| 1) Selectieleidraad en indiening aanvragen tot deelneming |
| 2) Opvragen nomenclatuur |
| 3) Bestek met uitnodiging tot indiening van offerte en onderhandelingen |
| [...] |

[...]

Percelen

De opdracht is opgedeeld in 15 sui generis percelen volgens drie reeksen, A, C en I.

SG Perceel A1

Ophaling, behandeling, frankering, verwerking, verzending en bedeling van uitgaande post en pakketten : complexe gebouwen en van maandag tot vrijdag

SG Perceel A2

Ophaling, behandeling, frankering, verwerking, verzending en bedeling van uitgaande post en pakketten : eenvoudige gebouwen en vaste dag of aantal vaste dagen van de week

[...]

Maximale waarde van de opdracht

Onverminderd prijsherzieningen conform artikel 37 van de Wet van 26 januari 2018 betreffende de postdiensten en hoofdstuk V van de Wet van 26 januari 2018 betreffende de postdiensten, wordt de maximale waarde van de opdracht (over de ganse looptijd) bepaald op 125 000 000 EUR exclusief BTW.

Het bedrag van 125 000 000 EUR werd berekend in functie van de postale tarieven van kalenderjaar 2022. Voor het indexeringsmechanisme toepasselijk op deze bedragen wordt verwezen naar de UO [uitvoeringsovereenkomst].

Per sui generis perceel zullen volgende maximale waarden (EUR, excl. btw) van toepassing zijn:

Sui Generis Perceel	Maximale waarde (*)
A1	8 000 000
A2	6 000 000

[...].”

3.3. In de selectieleidraad wordt onder punt II ‘Verloop van de plaatsingsprocedure’ bepaald dat in de derde fase van de procedure, “nadat de aanbestedende overheid kennis heeft kunnen nemen van de offertes, [...] er een mogelijkheid [is] om te onderhandelen met één of meerdere inschrijvers”. Er worden een aantal doelstellingen opgesomd waarvoor een onderhandeling “in elk geval kan [...] plaatsvinden”.

Ook het bestek bevat bepalingen in verband met de onderhandelingen. Die bepalingen komen voor onder de punten 2.2.1 en 2.2.2, die luiden als volgt:

“2.2.1 Initiële offertes

De inschrijvers dienen hun offertes in op basis van de informatie uit het Bestek, de Uitvoeringsovereenkomst en de Inventaris. Volgend verloop vindt plaats:

1. De initieel ingediende offertes zullen vooreerst op hun regelmatigheid gecontroleerd worden (zie punt 2.2.2 hieronder);
2. Vervolgens beslist de Aanbestedende overheid of ze overgaat tot de beoordeling van de offertes en gunning op basis van de initiële offertes;
3. De Aanbestedende overheid kan evenwel alvorens te gunnen overgaan tot onderhandelingen. Daarbij kan de Aanbestedende overheid overgaan tot onderhandeling, met ofwel een beperkt aantal inschrijvers na toepassing van de gunningscriteria (zie 2.3) ofwel met alle inschrijvers. Zie voor meer info punt 2.2.3 hieronder.

Alle inschrijvers kunnen uitgenodigd worden om hun offerte toe te lichten. De Aanbestedende overheid is hiertoe echter niet verplicht.

2.2.2. Regularisaties en onderhandelingen

[...]

Verloop onderhandelingen

Met betrekking tot sui generis percelen A1-A2-A3 kan worden onderhandeld met één of meerdere inschrijvers.

[...]

Onderhandelen kan ofwel met:

- a. één of een beperkt aantal inschrijvers na toepassing van de gunningscriteria (zie 2.3 hieronder). [...]
- b. alle inschrijvers, die een eventuele substantiële onregelmatigheid in hun offerte regulariseerden. [...]

[...]

Het doel van de onderhandelingen is te komen tot een optimalisering (d.w.z. globale prijs-kwaliteitsverbetering) van de initiële offerte(s). Wanneer blijkt dat een aangepaste offerte van een inschrijver geen globale prijs-kwaliteitsverbetering ten gunste van de Aanbestedende overheid uitmaakt ten opzichte van de vorige offerte, kan de Aanbestedende

overheid besluiten de inschrijver in de ‘wachtkamer’ te plaatsen. Deze inschrijver valt op dat ogenblik nog niet definitief af en kan nog uit de wachtkamer gehaald worden om terug [...] deel te nemen aan de onderhandelingen.

In elk geval kan een onderhandeling plaatsvinden onder meer met het oog op:

- Uniforme prijzen te bekomen voor een zo groot mogelijke korf deeltentiteiten en entiteiten, ongeacht hun aandeel in het geraamde bedrag van de opdracht;
- De nodige afspraken te onderhandelen waarbij eventuele recurrente vergoedingen die de dienstverlener in het kader van zijn dienstverlening vraagt op een pro rata manier verdeeld kunnen worden tussen de entiteiten van het Klantenbereik die toetreden tot de desbetreffende Raamovereenkomst. Het uitgangspunt daarbij is dat dergelijke entiteiten gelijk of beter af zijn;
- Het gehele volume van de opdracht te hanteren als maatstaf voor de toe te passen quantumkortingen om dergelijke quantumkortingen te maximaliseren;
- Een aansprakelijkheidsregeling te bekomen over de transacties heen, in plaats van per transactie, met inbegrip van een bewijslastregeling;
- Dienstverleners aan te sporen hun CRM [*customer relationship management*]- of ERP [*enterprise resource planning*]-systeem zo digitaal mogelijk te aligneren met overheidsinformatiebronnen zoals wegwijs.vlaanderen.be, repertorium.vlaanderen.be en de authentieke bronnen die hiervoor aangewend worden; dit met het oog op het zo goed mogelijk in kaart brengen van de entiteiten van deel III.1.3 in de operationele computersystemen van de inschrijver.

Tijdens de onderhandelingen kan de Aanbestedende overheid de (overgebleven) inschrijver(s) waarmee wordt onderhandeld vragen om bepaalde stukken van hun offerte nader uit te werken. De Aanbestedende overheid kan de opdrachtdocumenten op een aantal punten waar nuttig of noodzakelijk aanvullen, preciseren of wijzigen om de globale prijs-kwaliteitsverhouding van de offertes te verhogen. De Aanbestedende overheid kan het ontwerp van Uitvoeringsovereenkomst op elk ogenblik in de loop van de procedure aanpassen. Desgevallend kan de Aanbestedende overheid aan alle (resterende) inschrijvers een finale Uitvoeringsovereenkomst bezorgen. Het aanpassen van het ontwerp van Uitvoeringsovereenkomst kan gefaseerd verlopen.

De Aanbestedende overheid kan, met het oog op het hierboven gespecificeerde doel, een aanvulling, schrapping, wijziging of precisering aanbrengen. Over de minimale eisen kan echter niet worden onderhandeld. De (overgebleven) inschrijver(s), waarmee onderhandeld wordt, zullen uitdrukkelijk en gelijktijdig van gebeurlijke aanpassingen, preciseringen en/of wijzigingen op de hoogte gebracht worden.

Elke inschrijver die een ontvankelijke nomenclatuur indiende kan slechts één offerte indienen per sui generis perceel. De indiening van de initiële offerte belet echter niet dat bij eventuele onderhandelingen daaropvolgende aangepaste offertes worden ingediend.

De Aanbestedende overheid kan tijdens de loop van de onderhandelingen aangeven hoe de aangepaste offertes moeten worden ingediend. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor het verloop van de onderhandelingen of bestaande instructies te preciseren of bij te sturen. De inschrijvers blijven verbonden door hun offerte, zoals eventueel verbeterd door de Aanbestedende overheid, gedurende tweehonderd (200) dagen te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst. De indiening van een aangepaste offerte tijdens de onderhandelingen doet de verbintenistermijn telkenmale opnieuw lopen.”

3.4. Onder punt 2.3.1 (‘Gunningscriteria Raamovereenkomst’) van het bestek worden de volgende gunningscriteria vastgesteld:

“a. Criterium Kost sensu stricto:

Voor alle sui generis percelen zal de weegfactor van dit criterium 50 punten zijn [...].

Voor de vergelijking van de offertes aan de hand van dit criterium zal voor elk sui generis perceel een subtotaalbedrag berekend worden op basis van de in de inventaris opgegeven vermoedelijke hoeveelheden vermenigvuldigd met netto prijzen. Waar de inventaris zulks voorziet, kan de inschrijver zijn netto prijs baseren op een referentieprijs verminderd met een korting. [...]

Om de correcte maatstaf van heffing te berekenen waarop BTW van toepassing is en waaruit het BTW bedrag volgt, vult de inschrijver in het vak “vrijgesteld van de BTW” het bedrag in waarop krachtens het wetboek BTW een vrijstelling van toepassing is. De inschrijver voegt in het offerteformulier toe op basis van welk artikel uit het wetboek BTW die vrijstelling is gebaseerd.

Voor alle sui generis percelen andere dan A2 en C4 zal de Aanbestedende overheid het respectievelijke subtotaalbedrag omzetten naar een totaalbedrag volgens onderstaande [formule], ten einde de werkelijke economische kost te weerspiegelen, waarbij de Aanbestedende overheid inschat dat:

- tien ten honderd van dit subtotaalbedrag wordt afgenomen door entiteiten of rechtspersonen die zich in de invloedssfeer van artikel 45 van het Wetboek BTW bevinden, althans voor de relevante activiteit waarvoor zij menen beroep te kunnen doen op dat artikel
- negentig ten honderd van dit subtotaalbedrag wordt afgenomen door entiteiten of rechtspersonen die zich buiten de invloedssfeer van artikel 45 van het Wetboek BTW bevinden

$$\text{totaalbedrag} = \frac{90}{100} \times (\text{subtotaalbedrag} + \text{BTW bedrag}) + \frac{10}{100} \times (\text{subtotaalbedrag})$$

Voor sui generis percelen A2 en C4 zal de Aanbestedende overheid het respectievelijke subtotaalbedrag omzetten naar een totaalbedrag volgens

onderstaande [formule], ten einde de werkelijke economische kost te weerspiegelen, waarbij de Aanbestedende overheid inschat dat

- Vijfentwintig ten honderd van dat subtotaalbedrag wordt afgenomen door entiteiten of rechtspersonen die zich in de invloedssfeer van artikel 45 van het Wetboek BTW bevinden, althans voor de relevante activiteit waarvoor zij menen beroep te kunnen doen op dat artikel
- Vijfenzeventig ten honderd van dat subtotaalbedrag wordt afgenomen door entiteiten of rechtspersonen die zich buiten de invloedssfeer van artikel 45 van het Wetboek BTW bevinden

$$\text{totaalbedrag} = \frac{75}{100} \times (\text{subtotaalbedrag} + \text{BTW bedrag}) + \frac{25}{100} \times (\text{subtotaalbedrag})$$

Op basis van het totaalbedrag zal aan elke offerte een score worden toegekend volgens de volgende formule:

$$\text{score} = 50 \text{ punten} - \frac{\text{totaal bedrag} - \text{laagste totaal bedrag}}{\text{laagste totaal bedrag}} \times 50 \text{ punten}$$

Indien voor een perceel het totaalbedrag van een bepaalde offerte meer dan het dubbel bedraagt dan het totaalbedrag van de laagste regelmatige offerte voor dat perceel ingediend, dan scoort de desbetreffende offerte nul (0) punten.

b1. Sui generis percelen A1-A2-A3: Criterium prijs sensu lato : weegfactor 10 punten:

Voor de vergelijking van de offertes aan de hand van dit criterium zal voor elk sui generis perceel A1-A2-A3 beoordeeld worden in welke mate de inschrijver zich wil engageren hoeveelheden te willen accumuleren over deeltentiteiten (per transactie, per locatie, per tijdvak, naar gelang het geval) dan wel dat hij deeltentiteiten voor dat aspect als aparte bestellers kwalificeert en daarmee de totale uitgave voor deeltentiteiten (zoals onder meer maar niet beperkt de ministeries van de Vlaamse Gemeenschap) helpt reduceren dan wel opdrijft. Onverminderd wat bepaald wordt in het deel “Klantenbereik” in de UO, moet de inschrijver er van uit gaan dat de bestellers met betrekking tot de beoordeling van dit gunningscriterium behoren tot artikel I.3.1° van het decreet van 7 december 2018 “Bestuursdecreet”. Dit criterium zal positiever beoordeeld worden naarmate de inschrijver zich engageert om onvoorwaardelijk doorheen deeltentiteiten te kijken (‘pierce the veil’), dan wel dit koppelt aan omzetcriteria, dan wel dit koppelt aan objectieve factoren, dan wel niet ingaat op deze wens van de Aanbestedende overheid.

[...]

c. Criterium kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening:

Voor sui generis percelen uit reeks A, zal de weegfactor voor dit criterium telkens 40 punten bedragen.

[...]

Voor de vergelijking van de offertes aan de hand van dit criterium zal de Aanbestedende overheid voor elk perceel het ingediende plan van aanpak [...] van de dienstverlener beoordelen.

Hierbij licht de inschrijver gedetailleerd toe hoe hij de geleverde dienst onder de Raamovereenkomst zal uitvoeren. De inschrijver geeft per element op of hij ingaat op de vraagstelling en zo ja, in welke mate. Van de inschrijver die ingaat op de vraagstelling wordt een bondig en bewijskrachtig antwoord verwacht. Waar de context daar aanleiding toegeeft, worden van de inschrijver inspanningsverbintenissen, resultaatsverbintenissen of garanties verwacht. Als garanties worden die resultaatsverbintenissen beschouwd waarvan de inschrijver zelfs bij overmacht belooft ze uit te voeren.

Dit plan van aanpak is dan ook verbindend zowel jegens de aanbestedende overheid als jegens de besteller.

Dit plan van aanpak is bindend, en bevat minstens een gedegen toelichting op onderstaande elementen.

Behoudens waar dit niet mogelijk is, zal het plan van aanpak geschreven zijn in contractuele vorm met het oog op incorporatie in de respectievelijke Uitvoeringsovereenkomst.

[...]

EL01	Key account manager Toepasselijkheid : sui generis percelen A1-A2-A3-A5-C4-I1-I2-I3-I4-I6
	[...]

[...]

EL04	Aansprakelijkheidsregeling Toepasselijkheid : alle sui generis percelen
	<p>De forfaitaire aansprakelijkheidsregeling die de inschrijver voorstelt voor zijn werkelijk of beweerdelijk in gebreke blijven bij het uitvoeren van de verbintenissen onder een Toetredingsovereenkomst ('de wanprestatie'), wanneer deze wanprestatie (i) enkel de universele dienstverlening betreft, (ii) enkel dienstverlening betreft buiten de universele dienstverlening(**), of (iii) geïntegreerde dienstverlening betreft. Dergelijke wanprestatie kan een enkel poststuk dan wel meerdere poststukken omvatten.</p> <p>Noot: in geval van wanprestatie buiten de universele dienstverlening kan de Besteller steeds kiezen om ofwel dit forfaitair regime aan te wenden of via de klassieke weg schadevergoeding te vorderen van de Dienstverlener.</p> <p>De Aanbestedende overheid zal onder meer volgende richtsnoeren hanteren bij de beoordeling van deze forfaitaire aansprakelijkheidsregeling:</p> <p>De aanwezigheid van 'doorzichtige, eenvoudige en goedkope procedures voor de behandeling van klachten' van de gelaedeerde Besteller, waarbij 'het dienstig is dat deze procedures openstaan' voor die Besteller met betrekking tot 'alle diensten, ongeacht of dit universele diensten zijn of niet';</p> <p>Onverminderd de toepassing van artikel 8.4 derde en laatste lid van het Burgerlijk wetboek, zal een regeling die de bewijslast van conforme uitvoering redelijkerwijs bij de inschrijver legt</p>

	<p>positiever beoordeeld worden dan een regeling die de bewijslast van niet-conforme uitvoering redelijkerwijs bij de gelaedeerde Besteller legt. Waar een bewijs wegens de aard van de dienst niet redelijk kan verkregen worden legt de inschrijver in zijn regeling uit welke waarde aan steekproeven mag gehecht worden en welke andere bewijsmiddelen aangewend kunnen worden en door welke partij;</p> <p>Een regeling met een hoger forfait per wanprestatie zal positiever beoordeeld worden dan een lager forfait;</p> <p>Een regeling waarbij de hoogte van het forfait stijgt naarmate het geaggregeerde volume aan wanprestaties over alle Toetredingsovereenkomsten stijgt, zal positiever beoordeeld worden dan een regeling waarbij de hoogte van het forfait constant blijft;</p> <p>Een regeling waarbij de hoogte van het forfait stijgt ten aanzien van een enkele Besteller naarmate het gecumuleerde volume aan wanprestaties ten aanzien van die gelaedeerde Besteller binnen die respectievelijke Toetredingsovereenkomst stijgt, zal positiever beoordeeld worden dan een regeling waarbij de hoogte van het forfait constant blijft.</p> <p>Een regeling waarbij door middel van conventionele schuldvergelijking een forfait door de inschrijver op eerste verzoek van de gelaedeerde Besteller afgetrokken wordt van de door die gelaedeerde Besteller aan de inschrijver verschuldigde sommen zal positiever beoordeeld worden dan een regeling waarbij er geen schuldvergelijking zou intreden of waarbij de inschrijver stilzit tot de Aanbestedende overheid of de Besteller de inschrijver in gebreke stelt. In afwezigheid van dergelijke conventionele schuldvergelijking moet de Aanbestedende overheid immers extra kosten maken om de eenvoudige toepassing van elke Raamovereenkomst en bijhorende Toetredingsovereenkomsten af te dwingen en te zorgen dat dit bestek niet miskend wordt.</p>

EL05	Duurzaamheid Toepasselijkheid : alle sui generis percelen
	[...]

EL06	Rapportering Toepasselijkheid : alle sui generis percelen
	[...]

EL07	Doorlooptijden Toepasselijkheid : sui generis percelen A1-A2-A3
	[...]
	[...]

EL14	Methode en flexibiliteit Toepasselijkheid : sui generis perceel A1-A2-A3
	[...]

Voor elke offerte worden aan de hand van onder meer de hierboven aangegeven beoordelingselementen de plus- en minpunten beoordeeld. Op basis daarvan wordt een voorlopige globale score voor dit gunningscriterium toegekend. De aanbestedende overheid maakt hierbij geen louter wiskundige of kwantitatieve optelling van de vastgestelde plus- en minpunten maar brengt, op basis van een globale beoordeling, haar globale inschatting van de offertes tot uitdrukking.

Na evaluatie van de offertes, wordt voor dit criterium een herberekening doorgevoerd waarbij het voorstel met de hoogste voorlopige globale score vóór deze herberekening de maximale score voor dit criterium krijgt.

Voor sui generis percelen uit reeks A, zal de maximale score veertig (40) punten bedragen en zullen de scores van de andere offertes worden herrekend volgens volgende formule:

$$\text{herrekende score offerte a} = \frac{\text{score offerte a}}{\text{score beste offerte}} \times 40 \text{ punten}$$

[...].”

3.5. Op 20 januari 2021 selecteert de verwerende partij vijf kandidaten, waaronder de nv van publiek recht Bpost, de nv Ipex en de bv Postalia Belgium.

Na de tweede stap van de sui-generisprocedure, dit is de fase van het opvragen van de nomenclaturen, stelt de verwerende partij het bestek en de inventaris op in het licht van de nomenclaturen.

3.6. Op 14 juli 2022 wordt onder meer de verzoekende partij uitgenodigd om een offerte in te dienen voor de in de geding zijnde percelen A1 en A2. Het voormelde bestek wordt bijgevoegd.

Een informatievergadering vindt plaats op 28 juli 2022.

3.7. De drie voormelde ondernemingen dienen elk een initiële offerte in voor perceel A1 en perceel A2. Deze offertes worden geopend op 19 augustus 2022.

3.8. Met een ‘vraag om aangepaste offertes’ worden de inschrijvers voor de percelen A1 en A2 op 8 september 2022 uitgenodigd een verbeterde offerte in te dienen met betrekking tot drie punten.

De tekst van de ‘vraag om aangepaste offertes’ luidt als volgt:

“1. Prijs sensu stricto (sui generis percelen A1 en A2)

De inschrijvers worden verzocht om voor zowel sui generis perceel A1 als sui generis perceel A2

- (i) Te bevestigen de in de inventaris van hun offerte aangeboden prijzen te handhaven
OF;
- (ii) Bijgaande inventaris in te vullen en de totalen over te brengen naar deel A van een nieuw offerteformulier (zie hieronder), rekening houdend met de drie noten hieronder.

[...]

2. Prijs sensu lato

Stap 5 van het gunningscriterium sensu lato luidt [...]

[...]

De puntentoekenning kan niet zo gelezen worden dat zij enkel “verhuis” betreft wat enkel bij wijze van voorbeeld werd opgegeven, zoals vermeld in het bestek.

De offerte moet antwoorden op volgende vragen van de aanbestedende overheid:

(i) Verbindt de inschrijver zich een gehele straat als een enkele locatie te behandelen ongeacht de hoeveelheid bestellers gehuisvest in die straat?

(i.e. de inschrijver haalt post op bij verschillende bestellers in 1 straat, maar rekent een enkele ophaallocatie aan)

JA/NEEN

(ii) Verbindt de inschrijver zich de gehele wijk binnen die perimeter als een enkele locatie te behandelen ongeacht de hoeveelheid bestellers gehuisvest in die wijk ?

(i.e. de inschrijver haalt post op bij verschillende bestellers in 1 wijk, maar rekent een enkele ophaallocatie aan)

JA/NEEN

(iii) Welke definitie van ‘wijk’ wenst de inschrijver voor te stellen?

Perimeter:

.....

De inschrijver dient een duidelijk antwoord te formuleren op punten (i), (ii) en (iii).

3. Forfaitaire aansprakelijkheidsregeling

Het beoordelingselement EL04 luidt :

[...]

De inschrijver dient een antwoord te formuleren op de vraag, zodat de overheid een beoordeling kan maken.

Alle verwijzingen naar onderhandelingen zullen als een niet-antwoord gelezen worden.

4. Andere punten

Het is niet mogelijk op andere punten offertes aan te passen dan met betrekking tot de drie (3) geciteerde punten.

Wat betreft de overige delen blijft de inschrijver gebonden door zijn reeds ingediende offerte en offerteformulier.”

3.9. De drie verbeterde offertes worden geopend op 15 september 2022.

3.10. Het gunningsverslag voor perceel A1 wordt opgemaakt op 13 november 2022.

3.10.1. Onder punt B ('Onderhandelingen') vermeldt het gunningsverslag onder meer het volgende:

“Er werden voor dit sui generis perceel nieuwe offertes gevraagd met betrekking tot :

- Het kostcriterium sensu stricto
- Het kostcriterium sensu lato meerbepaald wat betreft stap 5
- Het beoordelingselement forfaitaire aansprakelijkheid.”

3.10.2. Onder hetzelfde punt B worden vervolgens ook de offertes besproken. Voor het criterium 'kost sensu stricto' wordt op de voorgestelde bedragen de in het bestek bepaalde formule toegepast, waarna de scores berekend worden. Voor het criterium 'prijs sensu lato' worden, voor de zes in het bestek bepaalde “stappen”, scores toegekend, welke vervolgens in woorden toegelicht worden. Voor het criterium 'kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening' worden bij de drie offertes achtereenvolgens besproken: key account manager, aansprakelijkheidsregeling, duurzaamheid, rapportering, doorlooptijden, methodologie en organisatie. Elk van die besprekingen eindigt met een samenvattende alinea waarin beknopt herhaald wordt welke de pluspunten, beperkte pluspunten, neutrale punten, minpunten en grote minpunten zijn. Op basis van die besprekingen wordt voor elk van de inschrijvers een initiële score (op 40 punten) op het genoemde criterium toegekend, welke vervolgens volgens de in het bestek bepaalde formule wordt herrekend (eveneens met scores op 40 punten, maar waarbij de best scorende offerte het maximum van 40 punten krijgt).

Voor het beoordelingselement 'aansprakelijkheidsregeling' bevat het gunningsverslag de volgende beoordelingen:

- met betrekking tot de offerte van de nv Bpost:

“De inschrijver stelt een te beperkte gedifferentieerde aansprakelijkheidsregeling voor al naar gelang de inventarispost. Bovendien ligt de bewijslast bij de gelaedeerde besteller wat een minpunt is. Voor klachten waarbij wegens de aard van de dienst een bewijs niet redelijk kan worden verkregen geeft de inschrijver enkel aan dat er contact kan worden opgenomen met de Key Accountmanager om na te gaan welke compensatie aanvaardbaar kan zijn voor beide partijen. Hier wordt verder geen engagement gegeven door de inschrijver wat een minpunt is. Er is bovendien geen forfait, noch een accumulatie van forfait, aangezien enkel de werkelijke en bewezen schade die aan de inschrijver toerekenbaar is, op de inschrijver kan verhaald worden. De offerte gaat ook niet in op het vraagstuk rond schuldvergelijking waardoor de aansprakelijkheidsregeling eerder beperkt is opgesteld.

De aanbestedende overheid kan in de offerte moeilijk de aanwezigheid vaststellen van ‘doorzichtige, eenvoudige en goedkope procedures voor de behandeling van klachten’ van de gelaedeerde Besteller, waarbij ‘het dienstig is dat deze procedures openstaan’ voor die Besteller met betrekking tot ‘alle diensten, ongeacht of dit universele diensten zijn of niet’, wat een minpunt is”;

- met betrekking tot de offerte van de nv Ipex:

“De inschrijver stelt een beperkte gedifferentieerde aansprakelijkheidsregeling voor al naar gelang de inventarispost.

Hoewel de bewijslast bij de gelaedeerde besteller ligt en niet ingegaan wordt op het vraagstuk rond schuldvergelijking, is de voorgestelde regeling een beperkt pluspunt omdat de regeling eenvoudig en doorzichtig is, met een forfait en een zekere accumulatie van dat forfait, en met een eenvoudige procedure voor de behandeling van klachten”;

- met betrekking tot de offerte van de nv Postalia Belgium:

“De inschrijver stelt in zijn verbeterde offerte een gedifferentieerde aansprakelijkheidsregeling voor die in haar praktische uitwerking echter onvoldoende beantwoordt aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid.

De suggestie van de inschrijver om met gerechtsdeurwaarders te werken gaat in tegen het richtsnoer om ‘doorzichtige, eenvoudige en goedkope procedures voor de behandeling van klachten’ te organiseren wat een minpunt is.

De voorgestelde aansprakelijkheidsregeling is bovendien alleen van toepassing voor het deel van de opdracht dat de inschrijver zelf uitvoert, hetzij buiten de universele dienstverlening, hetzij als onderdeel van de geïntegreerde dienstverlening, waardoor zij beperkt is.

Voor het deel van de opdracht uitgevoerd door de universele dienstverlener moeten – aldus de offerte – klachten van de Besteller bij de inschrijver

gemeld worden die deze ‘zal doorleiden naar de universele dienstverlener’. De inschrijver biedt hierbij geen forfaitaire aansprakelijkheidsregeling aan voor het deel van de opdracht dat hij laat uitvoeren door de universele dienstverlener. Derhalve is de aansprakelijkheidsregeling voor die gevallen beperkt tot de gebruikelijke contractuele regels in geval van wanprestatie, i.e. bewijslast bij gelaedeerde besteller en enkel de werkelijke schade. Dit is een minpunt ten opzichte van de inschrijver Ipex die terzake wel forfaits belooft in zijn plan van aanpak.

Met betrekking tot wat de inschrijver zelf uitvoert, wordt de bewijslast voor wanprestaties buiten de universele dienstverlening enigszins verdeeld tussen de gelaedeerde besteller en de inschrijver. De verbeterde offerte suggereert terzake enkele forfaits en ze combineert de contractuele aansprakelijkheidsregeling in geval van (beweerdelijke) wanprestatie (i.e. de werkelijke en bewezen schade die aan de inschrijver toerekenbaar is) met een aanvullende forfaitaire regeling. De inschrijver past het voorstel evenwel ook toe op foutieve facturatie (zowel (i) het aanrekenen van verkeerde hoeveelheden, (ii) het aanrekenen aan een verkeerde besteller als (iii) het aanrekenen van prijzen in afwijking van de in de offerte neergelegde prijzen). Hoewel dit op het eerste gezicht een positief element kan lijken is de aanbestedende overheid van oordeel dat, gelet op het belang van (i) het aanrekenen van de juiste hoeveelheden, (ii) het aanrekenen aan de juiste besteller en (iii) het aanrekenen van de prijzen van de offerte, zoals vastgelegd in de punten 5.5 facturatie en 5.6 betaling van de uitvoeringsovereenkomst, een dergelijke aansprakelijkheidsregeling voor specifiek deze wanprestaties een ondergraving kan vormen van deze essentiële aspecten van de overeenkomst. Bovendien illustreert dit dat de inschrijver eraan voorbijgaat dat de uitvoeringsovereenkomst ten aanzien van bepaalde prestaties een verificatie voorschrijft. In afwijking van de tienjarige verjaringstermijn van het burgerlijk recht, is de voorgestelde regeling slechts enkele ‘werkdagen/kalenderdagen’ geldig na elk beweerd incident -al dan niet vastgesteld door gerechtsdeurwaarders- wat een zeer sterk minpunt is, aangezien een besteller daardoor zelden een beroep zal kunnen doen op [de] voorgestelde forfaitaire regeling. Ondanks dat de offerte spreekt over ‘compensatie op de factuur’ waardoor de inschrijver het principe van conventionele schuldvergelijking bevestigt, wat een beperkt pluspunt is, kunnen bovenstaande minpunten hierdoor niet worden gecompenseerd”.

De samenvattende conclusies van de beoordeling van de respectieve offertes op het hele criterium ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ luiden als volgt:

- met betrekking tot de offerte van de nv Bpost:

“Op basis van bovenstaande overwegingen krijgt de offerte voor dit gunningscriterium een voorlopige globale score van 26 punten op 40. Samengevat is deze score onder meer ingegeven door het pluspunt inzake

de key accountmanager, de pluspunten met betrekking tot het plan van aanpak inzake duurzaamheid (in de mate [dat] het slaat op ophaling), de pluspunten inzake de voorgestelde rapportering en het pluspunt inzake de kortste doorlooptijd/ruimste lijst soorten poststukken de dag zelf aangeboden en de gedegen methode, afgezet tegen de minpunten inzake de forfaitaire aansprakelijkheidsregeling en een aantal andere minpunten”;

- met betrekking tot de offerte van de nv Ipex:

“Op basis van bovenstaande overwegingen krijgt de offerte voor dit gunningscriterium een voorlopige globale score van 24 punten op 40. Samengevat is deze score onder meer ingegeven door het pluspunt inzake de key accountmanager, het beperkte pluspunt inzake de forfaitaire aansprakelijkheidsregeling, de pluspunten met betrekking tot het plan van aanpak inzake duurzaamheid en flexibiliteit, afgezet tegen de neutrale punten inzake de voorgestelde rapportering, doorlooptijd en methodologie en een beperkt aantal minpunten”;

- met betrekking tot de offerte van de nv Postalia Belgium:

“Op basis van bovenstaande overwegingen krijgt de offerte voor dit gunningscriterium een voorlopige globale score van 20 punten op 40. Samengevat is deze score onder meer ingegeven door het pluspunt inzake de voorgestelde rapportering die bovendien snel beschikbaar kan zijn, het neutrale punt inzake doorlooptijd, het neutrale punt met betrekking tot het plan van aanpak inzake duurzaamheid en de flexibiliteit afgezet tegen het minpunt inzake de forfaitaire aansprakelijkheidsregeling, het grote minpunt inzake de key accountmanager met beperktere postale ervaring, en een aantal andere minpunten”.

3.10.3. De rangschikking na evaluatie van de gunningscriteria is de volgende:

Inschrijver	Prijs	Prijs sensu lato	Plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening	Totaal
Bpost	47,61	4,00	40	91,61
Ipex	48,85	9,00	36,92	94,77
Postalia	50,00	10,00	30,77	90,77

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Ipex.

3.11. Op 19 december 2022 beslist de verwerende partij om perceel A1 te gunnen aan de nv Ipex. De motieven en het besluit van het gunningsverslag worden onderschreven.

Met een schrijven van 22 december 2022, aangetekend verzonden op 3 januari 2023, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat zij niet gekozen is als deelnemer aan de raamovereenkomst.

3.12. Het gunningsverslag voor perceel A2 wordt opgemaakt op 13 november 2022.

3.12.1. Onder punt B ('Onderhandelingen') vermeldt het gunningsverslag onder meer het volgende:

“Er werden voor dit sui generis perceel nieuwe offertes gevraagd met betrekking tot :

- Het kostcriterium sensu stricto
- Het kostcriterium sensu lato meerbepaald wat betreft stap 5
- Het beoordelingselement forfaitaire aansprakelijkheid.”

3.12.2. Onder hetzelfde punt B worden vervolgens ook de offertes besproken, op dezelfde manier als dat gebeurd is voor perceel A1 (zie overweging 3.10.2).

De beoordelingen van de criteria ‘prijs sensu lato’ en ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ zijn identiek aan de overeenkomstige beoordelingen voor perceel A1.

3.12.3. De rangschikking na evaluatie van de gunningscriteria is de volgende:

Inschrijver	Prijs	Prijs sensu lato	Plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening	Totaal
Bpost	49,29	4,00	40,00	93,29
Ipex	45,82	9,00	36,92	91,74
Postalia	50,00	10,00	30,77	90,77

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Bpost.

3.13. Op 19 december 2022 beslist de verwerende partij om perceel A2 te gunnen aan de nv Bpost. De motieven en het besluit van het gunningsverslag worden onderschreven.

Met een schrijven van 22 december 2022, aangetekend verzonden op 3 januari 2023, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat zij niet is gekozen als deelnemer aan de raamovereenkomst.

IV. Tussenkost

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

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Op 8 februari 2023 legt de verzoekende partij een pleitnota neer. Zij legt ook een nieuw stuk neer.

Ter terechtzitting vragen de verwerende partij en de tussenkomende partij om die nota en dat stuk uit het debat te weren.

6. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het auditoraat. In zoverre deze nota de neerslag vormt van het pleidooi ter terechtzitting van de verzoekende partij, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

Hetzelfde geldt voor het nieuwe stuk, waarvan niet blijkt dat de verzoekende partij dat niet reeds bij haar verzoekschrift had kunnen voegen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Samenhang

7. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen in de eerste plaats op dat er geen voldoende samenhang is tussen de verschillende onderdelen van de vordering opdat ze met één verzoekschrift tezamen ingesteld zouden kunnen worden. Zij besluiten dat de vordering slechts ontvankelijk is in zoverre ze gericht is tegen de eerste bestreden beslissing, dit wil zeggen de beslissing over perceel A1.

8. De bestreden beslissingen hebben weliswaar betrekking op twee verschillende percelen, maar die percelen hebben in essentie hetzelfde voorwerp, met dien verstande dat het type gebouwen en de frequentie van de postdiensten voor de twee percelen verschillend zijn. Bovendien voert de verzoekende partij dezelfde middelen aan tegen de beide beslissingen. Zij benadrukt dat de middelen gelden zowel voor perceel A1 als perceel A2 aangezien deze percelen op dezelfde regels inzake het verloop van de gunningsprocedure zijn gestoeld en de inhoudelijke beoordeling voor het gunningscriterium ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ voor deze beide percelen op dezelfde wijze is verlopen en inhoudelijk en letterlijk identiek is.

Gelet op die kenmerken van de bestreden beslissingen en van de voorliggende vordering, neemt de Raad van State voorshands aan dat er samenhang is tussen de verschillende onderdelen van de vordering. De exceptie is derhalve niet ernstig.

Impliciete weigeringsbeslissing

9. Vervolgens werpt de verwerende partij de niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissingen. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift geen uitzonderlijke concrete omstandigheden aan op basis waarvan de verwerende partij de beide percelen aan haar had moeten gunnen.

10. Naar het voorlopig oordeel van de Raad van State maakt de verzoekende partij niet concreet aannemelijk dat er omstandigheden voorhanden zijn die verantwoorden dat de Raad te dezen zou kunnen gebruikmaken van de bijzondere jurisprudentiële techniek waarbij een impliciete weigering nietig wordt verklaard, wat dan tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging van die impliciete weigering met zich zou kunnen meebrengen. Met name zet zij niet uiteen op welke wijze de concreet door haar aangevoerde wettigheidskritieken, indien gegrond bevonden, van aard zouden zijn dat de verwerende partij geen enkele andere mogelijkheid meer heeft dan de opdracht voor de percelen A1 en A2 aan haar te gunnen.

De exceptie is dan ook ernstig.

De vordering lijkt bijgevolg niet ontvankelijk in zoverre ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de percelen A1 en A2 niet aan de verzoekende partij te gunnen.

Onduidelijke middelen

11. De tussenkomenende partij werpt nog op dat de vordering onontvankelijk is op grond dat de verzoekende partij niet heeft voldaan aan de stelplicht. Volgens de tussenkomenende partij wordt in het verzoekschrift niet duidelijk gemaakt welk middel tegen welke bestreden beslissing is gericht. Het is daardoor voor haar niet duidelijk of de middelen betrekking hebben op haar offertes of niet, en of ze betrekking hebben op perceel A1 dan wel op perceel A2.

12. Voor de ontvankelijkheid van een vordering is inderdaad vereist dat de middelen voldoende duidelijk zijn. In een geval van samenhangende vorderingen gericht tegen meer dan één beslissing houdt dit vereiste onder meer in dat uit de middelen moet blijken tegen welke beslissing of beslissingen elk middel gericht is.

Uit het verzoekschrift kan worden afgeleid dat het eerste en het tweede middel gericht zijn tegen de twee bestreden beslissingen, en dat het derde middel enkel gericht is tegen de beslissing over perceel A1 (waarbij de opdracht

voor dat perceel wordt gegund aan de nv Ipex) (zie overweging 37). Het is trouwens ook in die zin dat de tussenkommende partij het verzoekschrift begrepen heeft, nu zij wel geantwoord heeft op de eerste twee middelen, maar niet op het derde.

De exceptie is niet ernstig.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

13. 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 5, § 1, 89 en 90 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de

materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel,

“Doordat de verwerende partij voor de sui generis procedure koos en aldus gehouden was tot de eerbiediging van de principes van transparantie, proportionaliteit en gelijkheid van behandeling van de ondernemers

Doordat zowel in de selectieleidraad als in het gunningsbestek, de verwerende partij een volledige eigen regeling over het verloop van de onderhandelingen in detail heeft uiteengezet, en daarin was aangegeven dat de onderhandelingen tot doel hebben te komen tot een optimalisering van de initiële offertes onder de vorm van een globale prijs-kwaliteitsverbetering, dat in het bijzonder in detail de materies waren opgesomd waarover kon worden onderhandeld,

Terwijl de aanbesteder in het kader van de percelen A1 en A2 geen onderhandelingen heeft gevoerd met verzoekster, doch slechts drie vragen heeft gesteld tot verbetering van de initiële offerte die louter een vraag tot aanvulling van de offerte betrof,

Terwijl verzoekster haar initiële offerte had opgesteld in de gewettigde verwachting dat zij kon onderhandelen over haar offerte op de punten die als onderhandelingspunten waren aangeduid teneinde tot een globale prijs-kwaliteitsverbetering te komen,

Terwijl de opdrachtdocumenten niet voorzagen in [een] verloop van de gunningsprocedure zonder daadwerkelijke onderhandelingen over de inhoud van de offertes teneinde deze af te stemmen op de concrete behoeften van de aanbesteder”.

14.2. De verzoekende partij licht toe dat zij in het licht van de opdrachtdocumenten – meer in het bijzonder de bepalingen in de selectieleidraad en het bestek in verband met het verloop van de onderhandelingen – de gewettigde verwachting had dat er lopende de gunningsprocedure effectieve onderhandelingen zouden plaatsvinden in de vorm van gesprekken tussen de aanbesteder en de inschrijver betreffende de inhoud van de offerte, de plus- en minpunten van de offerte en de behoeften van de aanbesteder, zodat zij haar offerte nader kon aanvullen, preciseren of wijzigen in functie van de concrete behoeften van de aanbesteder. Zij verwijst in het bijzonder naar “het punt van het voorstel inzake de aansprakelijkheidsregeling waarin zij een eerste aanzet had geformuleerd en waarover zij verder wenste te onderhandelen met de aanbesteder om, in het licht van de eerste feedback van de aanbesteder over het initiële voorstel, de aansprakelijkheidsregeling verder te concretiseren en te verfijnen en aan te passen aan de behoeften van de aanbesteder”. Volgens de verzoekende partij

verduidelijkt het bestek niet “welke de concrete verwachtingen van de aanbesteder zijn wat concrete forfaitaire vergoedingsbedragen betreft”.

De verzoekende partij beklagt zich erover dat zij niet de kans kreeg om over dit aspect van haar offerte van gedachten te wisselen. Uit de uitnodiging tot verbetering van de offertes, die slechts drie zaken betrof, blijkt dat de verwerende partij te dezen zelfs uitdrukkelijk aangaf dat zij niet wenste te onderhandelen over de punten die de verzoekende partij had aangeduid als nader te onderhandelen aspecten. Aldus heeft de verwerende partij haar eigen structuur van het verloop van de onderhandelingen niet gevolgd.

De verzoekende partij meent dat ook het transparantiebeginsel is geschonden omwille van het voorbehoud in het bestek om “het verloop van de onderhandelingen of de bestaande instructies bij te sturen”, waardoor de verwerende partij het verloop van de gunningsprocedure on-transparant maakt “door de spelregels plots en zonder reden te kunnen wijzigen en de rechtmatige verwachtingen van de inschrijvers – op basis van de initiële inhoud van de offertes – bij te sturen”.

Zij wijst er ook nog op dat nergens in de gunningsverslagen voor de beide percelen gemotiveerd wordt waarom de verwerende partij beslist heeft om geen onderhandelingen te voeren en om “resoluut af te wijken van het gedetailleerd beschreven patroon van de onderhandelingen”.

De verzoekende partij acht het voorts onzorgvuldig vanwege de verwerende partij om haar offertes op het punt van de forfaitaire aansprakelijkheidsregeling ongunstig te beoordelen “omdat het inhoudelijk voorstel niet zou tegemoet komen aan de verwachtingen van de aanbesteder terwijl deze verwachtingen niet zijn geconcretiseerd in het bestek zelf of niet in een aangekondigd onderhandelingsgesprek zijn besproken en toegelicht”. Een zelfde kritiek doet zij gelden ten aanzien van het eveneens ongunstig beoordeelde beoordelingselement ‘methodologie en organisatie’, waarvan gesteld wordt dat het minder beantwoordt aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid.

Door het niet gebruikmaken van de mogelijkheid tot onderhandelen wordt “de facto [de] gunningsprocedure herleid [...] tot een loutere ‘openbare procedure’ waarbij de inschrijver enkel in de mogelijkheid wordt gesteld om de offerte aan te vullen en te verduidelijken, zonder inhoudelijke negotiatie met de aanbesteder”.

Ten slotte maakt de verzoekende partij nog een voorbehoud om haar middelen aan te vullen, nu zij op basis van het gunningsverslag niet kan nagaan op welke wijze er met de overige inschrijvers is onderhandeld en of alle inschrijvers op gelijke wijze zijn behandeld.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

Belang

15. De tussenkomende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het gebrek aan belang. Zij voert aan dat de verzoekende partij geenszins aantoont op welke wijze het voeren van bijkomende onderhandelingen haar offertes zou hebben beïnvloed, op een zodanige wijze dat zij hierdoor als eerste zou zijn gerangschikt voor perceel 1 of perceel 2. In het bijzonder wat perceel A2 betreft, voert de tussenkomende partij aan dat de verzoekende partij niet aantoont hoe zij, in geval van onderhandelingen, het puntenverschil met zowel de nv Ipex (tweede gerangschikte) als de tussenkomende partij (eerste gerangschikte) zou kunnen overbruggen.

16. In het middel oefent de verzoekende partij kritiek uit op het verloop van de gunningsprocedure. Indien deze kritiek ernstig wordt bevonden, kan dit ertoe leiden dat de verwerende partij de gehele gunningsprocedure moet herbeginnen. Die vaststelling volstaat, op het eerste gezicht, voor het belang van de verzoekende partij bij het middel.

De exceptie is niet ernstig.

Duidelijkheid van het middel

17. De tussenkomende partij werpt een andere exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, in zoverre daarin de schending wordt aangevoerd van de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Volgens de tussenkomende partij maakt de verzoekende partij niet duidelijk waarin de schending van die bepalingen zou bestaan.

18. Op het eerste gezicht kan ingestemd worden met de zienswijze van de tussenkomende partij. In zoverre in het middel de schending van de voornoemde bepalingen wordt aangevoerd, is de exceptie ernstig.

Voor het overige wordt de duidelijkheid van het middel niet betwist. De Raad van State ziet ook geen reden om dat ambtshalve te doen.

Ernst van het middel

19. De artikelen 89 en 90 van de wet overheidsopdrachten 2016 luiden als volgt:

“Art. 89. § 1. In functie van de aard en de kenmerken van de in te vullen behoefte kan de aanbestedende overheid, voor het plaatsen van de in artikel 88 bedoelde opdrachten voor diensten :

1° [...]

2° [...]

3° [...]

4° een beroep doen op een procedure sui generis met voorafgaande bekendmaking waarvan zijzelf de nadere regels bepaalt.

De procedures bedoeld in het eerste lid moeten in ieder geval de principes van transparantie, proportionaliteit en gelijkheid van behandeling van de ondernemers eerbiedigen.

[...]

§ 2. [...]

§ 3. [...]

§ 4. [...]

§ 5. Indien de aanbestedende overheid ervoor kiest om toepassing te maken van paragraaf 1, eerste lid, 4°, is zij ertoe gehouden om tenminste de bepalingen na te leven van titel 1, van hoofdstuk 1 van titel 2, hoofdstuk 1 van titel 5 alsook de artikels 67, 68 en 70.

[...]

Zij is er eveneens toe gehouden de nadere regels toe te passen die zijzelf heeft bepaald. [...]

Art. 90. § 1. Behalve wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, overeenkomstig artikel 89, § 1, eerste lid, 2°, gebruikt de aanbestedende overheid een aankondiging van de opdracht of, in afwijking van artikel 60, tweede lid, een vooraankondiging als oproep tot mededinging en vermeldt hierin welke van de in artikel 89, § 1, eerste lid, 1°, 3° of 4°, vermelde mogelijkheden wordt aangewend.

[...]

In het in artikel 89, § 1, eerste lid, 4°, bedoelde geval, verduidelijkt de aanbestedende overheid, wanneer zij zich laat inspireren door de in deze titel bepaalde plaatsingsprocedures en aankooptechnieken, de concrete regels van de procedure op beknopte wijze in de aankondiging van een opdracht of in de vooraankondiging. Zij verduidelijkt deze regels op meer gedetailleerde wijze in de opdrachtdocumenten.

In het in artikel 89, § 1, eerste lid, 4°, bedoelde geval, verduidelijkt de aanbestedende overheid, wanneer zij gedeeltelijk verwijst naar de in deze titel bepaalde plaatsingsprocedures en aankooptechnieken, de van toepassing zijnde artikelen en, in voorkomend geval, de afwijkingen, in de aankondiging van een opdracht of in de vooraankondiging.

[...].”

20. Met toepassing van de artikelen 89, § 1, eerste lid, 4°, en 90, § 1, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 heeft de verwerende partij in de opdrachtdocumenten de nadere regels van de te volgen procedure *sui generis* bepaald. De verzoekende partij voert aan dat zij uit de gedetailleerde beschrijving van het verloop en het voorwerp van de onderhandelingen en uit de precisering dat het doel van de onderhandelingen erin bestaat te komen tot een optimalisering van de initiële offertes, mocht afleiden dat onderhandelingen effectief zouden plaatsvinden.

Met die gevolgtrekking kan de Raad van State voorshands niet instemmen. Uit verscheidene bepalingen van de selectieleidraad en het bestek lijkt integendeel te volgen dat de onderhandelingen steeds beschouwd werden als een loutere mogelijkheid voor de verwerende partij, niet als een verplicht onderdeel van de procedure. Zo wordt onder punt 2.2.1 van het bestek bepaald dat de aanbestedende overheid, na de controle van de initiële offertes op hun regelmatigheid, “beslist [...] of ze overgaat tot de beoordeling van de offertes en gunning op basis van de initiële offertes”, en dat ze, alvorens te gunnen, “[kan]

overgaan tot onderhandelingen”. Onder punt 2.2.2, onder het opschrift ‘Verloop onderhandelingen’, wordt met betrekking tot de percelen A1, A2 en A3 in de eerste plaats bepaald dat “kan worden onderhandeld met één of meerdere inschrijvers”. Ten onrechte lijkt de verzoekende partij ervan uit te gaan dat onderhandelingen in elk geval gevoerd zouden worden.

Evenmin lijkt uit de voormelde bepalingen van de artikelen 89 en 90 van de wet overheidsopdrachten 2016 te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid verplicht zou zijn om, in het kader van een procedure *sui generis*, onderhandelingen te voeren.

De Raad van State kan de verzoekende partij ook niet volgen waar zij stelt dat de verwerende partij een procedure *sui generis* heeft georganiseerd “die volledig op onderhandelingen is gestoeld”. Zoals de verwerende partij in haar nota uitlegt, is voor een procedure *sui generis* gekozen omwille van de tweede stap in de procedure, namelijk het opvragen bij de kandidaten van hun voorstellen voor een nomenclatuur, welke zij in aanmerking zou nemen om het bestek en de inventaris op te stellen.

De verzoekende partij legt nog een e-mailbericht van de verwerende partij van 4 november 2022 voor, waarin deze het heeft over een latere bespreking met als voorwerp, naast een aantal specifieke punten, “het uitonderhandelen van de opmerkingen die Postalia maakte in het ‘invulformulier contractuele voorwaarden’”. Volgens de verzoekende partij stelde de verwerende partij hiermee onderhandelingen over de aansprakelijkheidsregeling in het vooruitzicht, maar zijn die er niet gekomen. Uit de specifieke punten die in de e-mail vermeld zijn, lijkt echter afgeleid te moeten worden dat deze mededeling betrekking heeft op perceel C3, niet op perceel A1 of A2.

21. Uit het bovenstaande volgt dat, door geen onderhandelingen te voeren, de verwerende partij de spelregels niet “plots en zonder reden” lijkt te hebben gewijzigd. De verzoekende partij lijkt zich dan ook niet met goed gevolg te kunnen beroepen op het transparantiebeginsel.

Omdat de verwerende partij voorts niet “resoluut [lijkt] af te wijken van het gedetailleerd beschreven patroon van de onderhandelingen”, zoals aangevoerd door de verzoekende partij, is op het eerste gezicht evenmin in te zien hoe zij zou tekortschieten in de haar opgelegde motiveringsplicht.

22. Uit het administratief dossier blijkt voorts dat alle inschrijvers werden uitgenodigd om een verbeterde offerte in te dienen en dat met geen enkele inschrijver onderhandelingen zijn gevoerd. Van een schending van het gelijkheidsbeginsel lijkt dus al evenmin sprake, noch van het neerleggen van een onvolledig administratief dossier door de verwerende partij.

23. In de toelichting bij het middel heeft de verzoekende partij nog kritiek op de beoordeling door de verwerende partij van haar offerte, in zoverre deze betrekking heeft op de door haar voorgestelde aansprakelijkheidsregeling en de regeling inzake bereikbare contactpersonen (deze laatste regeling onder het beoordelingselement ‘methodologie en organisatie’). Zij merkt op dat de verwerende partij oordeelt dat die voorstellen “onvoldoende” respectievelijk “minder” beantwoorden aan haar verwachtingen, en voert hiertegen aan dat die verwachtingen niet zijn geconcretiseerd in het bestek of in een onderhandelingsgesprek. De verzoekende partij lijkt echter voorbij te gaan aan het feit dat het bestek bij de respectieve beoordelingselementen uitgebreid toelicht welke punten meer dan andere zullen kunnen rekenen op een positieve beoordeling. Specifiek in verband met de aansprakelijkheidsregeling geeft het bestek zelfs nog een aantal “richtsnoeren” die de verwerende partij bij de beoordeling van de voorstellen zal hanteren.

24. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

25.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5, § 1, 66, § 1, en 81, §§ 3 en 4, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het

bijzonder de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel,

“Doordat het gunningsbestek een beschrijving bevat van de diverse beoordelingselementen aan de hand waarvan het derde gunningscriterium ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ wordt beoordeeld; dat in de beschrijving van de te hanteren beoordelingsmethodiek evenwel niet beschreven wordt hoe het geheel van vastgestelde plus- en minpunten cijfermatig zal worden vertaald, dat in het bijzonder een concordantietabel ontbreekt; dat de concrete beoordeling [die] is uitgebracht zeer vaag en algemeen is en in die vaagheid voor wat het derde gunningscriterium betreft telkens zeer gunstig is voor Ipex zonder veel concretisering en zeer negatief is voor verzoekster waarbij haar offerte op meerdere punten in detail wordt ontsluit voor de andere inschrijvers, Terwijl de aanbesteder de plicht heeft op transparante wijze het gunningsproces te beschrijven en in het bijzonder de beoordelingsmethodiek wanneer deze van aard is om de rechtmatige verwachtingen van de inschrijver te verschalken; het toekennen van een cijfermatige score voor een bepaald geheel van plus- en minpunten zonder enige vooraf vastgelegde concordantietabel zonder redelijke verantwoording is en van aard om de verwachtingen van de inschrijvers te verschalken en de gelijkheid onder de inschrijvers te schenden, Terwijl de aanbesteder de plicht heeft om alle inschrijvers op gelijke wijze te behandelen door op duidelijke en precieze wijze een beoordeling te onderbouwen en dat op gelijke wijze voor iedere inschrijver zorgvuldig te verwoorden, Zodat de verwerende partij de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen schendt”.

25.2. In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij aan dat “de gunningsbeslissing[en] voor [de percelen] A1 en A2 [...] onwettig [zijn] omdat ze gesteund zijn op een inhoudelijk tegenstrijdig bestek dat niet op eenduidige wijze de beoordelingsmethode van het derde gunningscriterium beschrijft en op een niet van tevoren transparant meegedeelde beoordelingsmethodiek die van aard is om het initieel onderling gewicht van de gunningscriteria te wijzigen”.

Het bestek geeft volgens haar vooreerst geen volledige toelichting over de beoordelingsmethodiek die bij de beoordeling van de offertes zou worden gehanteerd: “Het bestek bevat geen puntenschaal die de graduele toekenning van punten aan de inhoudelijke kwaliteitsbeoordeling koppelt. In de mate dat het bestek aangaf dat de offertes aan de hand van hun plus- en minpunten

zouden worden beoordeeld en vervolgens die in woorden uitgedrukte beoordeling in een cijfer zou worden omgezet, is het bestek onvoldoende transparant op het vlak van de concrete omzetting van een bepaalde combinatie in een specifieke cijfermatige score. Er blijkt niet dat – vóór de opening van de offertes – er een concordantietabel zou zijn opgesteld die voor elk mogelijke combinatie van plus- en minpunten een welbepaalde score vastlegt. Te dezen heeft de aanbesteder lukraak een cijfer toegekend aan een bepaalde combinatie van plus- en minpunten en valt niet te ontwaren waarom de laagste score, nl. deze van verzoekster slechts 20 op 40 diende te zijn en de andere scores voor Ipex op 24/40 en bpost op 26/40 dienden te worden bepaald.” Bij gebreke van vastlegging van de beoordelingsmethode vóór de opening van de offertes schenden de bestreden gunningsbeslissingen de artikelen 4, eerste lid, en 81, §§ 1 en 2, 3 en 4, van de wet overheidsopdrachten 2016 en het transparantiebeginsel.

De verzoekende partij voert voorts aan dat de methode voor de berekening van de scores op het gunningscriterium ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ erin bestaat dat vertrokken wordt van voorlopige scores welke dan verrekend worden, waarbij de hoogste score “plots” de maximumscore wordt. Deze werkwijze biedt de aanbesteder de mogelijkheid om willekeurige cijferscores toe te kennen die finaal tot een dermate groot puntenverschil leiden dat dit in redelijkheid niet meer in te halen is. Deze werkwijze verschilt van die voor de twee andere gunningscriteria, die door hun specifieke beoordelingsmethode slechts tot kleine marges van puntenverschil kunnen leiden. Een en ander heeft ook tot gevolg dat “de initiële weging van de gunningscriteria wordt gewijzigd en volkomen onderuit gehaald”. De impact van het verschil tussen de diverse scores op het gunningscriterium ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ leidt ertoe dat dit gunningscriterium disproportioneel doorweegt ten opzichte van de twee andere gunningscriteria die prijscriteria zijn en samen initieel een groter gewicht hadden dan het derde gunningscriterium.

25.3. Ten slotte acht de verzoekende partij zich in het bijzonder gegriefd door de beoordeling van haar voorstel van aansprakelijkheidsregeling.

Zij merkt op dat haar voorstel op grond van een gedetailleerde beschrijving negatief wordt beoordeeld, terwijl het voorstel van de nv Ipex in vage termen positief wordt beoordeeld, zonder dat duidelijk is waarin het kwaliteitsverschil precies ligt. Zo begrijpt de verzoekende partij niet waarom het voorstel van de nv Ipex, volgens de gunningsverslagen gekenmerkt door een “beperkt gedifferentieerde aansprakelijkheidsregeling” en een “beweerde eenvoudige procedure voor behandeling van klachten”, een “beperkt pluspunt” krijgt, terwijl haar eigen voorstel, dat in detail was uitgewerkt, veel differentiatie bevatte en voorzag in een snelle en efficiënte procedure voor de vaststelling van tekortkomingen, zonder daarbij in expertises te moeten vervallen, een “minpunt” is. “In de mate dat de verwachtingen van de aanbesteder nooit inhoudelijk zijn geconcretiseerd in onderhandelingen of nooit inhoudelijk feedback is gegeven op de initiële offerte is het onzorgvuldig om [een] dergelijke beoordeling uit te brengen.”

De verzoekende partij betwist ook de beoordeling volgens welke haar voorstel, met concrete, benoemde tekortkomingen, een ondergraving zou vormen van de essentiële aspecten van de opdracht. Uit de bewoordingen van het bestek bleek duidelijk dat de verwerende partij wenste dat concrete tekortkomingen via een forfaitair systeem zouden worden vergoed, wat voor haar voordelig was. Nergens in het bestek wordt overigens gealludeerd op essentiële en niet-essentiële aspecten van de opdracht, zodat ook op dit punt de aanbesteder de rechtmatige verwachtingen van de inschrijver frustreert.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat zij nooit gesteld heeft dat zij zich zou onttrekken aan de tienjarige verjaringstermijn van het burgerlijk recht. Het minpunt vindt op dat vlak geen steun in haar offerte.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

Belang

26. De tussenkomende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het gebrek aan belang. Zij voert aan dat de verzoekende partij geenszins aantoon op welke wijze een andere beoordelingsmethode zou leiden tot een andere rangschikking van de offertes.

27. In het middel oefent de verzoekende partij kritiek uit op de wijze waarop het bestek de beoordelingsmethode van één van de gunningscriteria beschrijft en op de wijze waarop die beoordelingsmethode is toegepast. Indien deze kritiek ernstig wordt bevonden, kan dit ertoe leiden dat de verwerende partij het bestek moet herzien of de beoordeling op dat criterium moet overdoen. *A priori* is niet uitgesloten dat de offerte van de verzoekende partij aldus als eerste gerangschikt zou worden. Aldus lijkt de verzoekende partij belang te hebben bij het middel.

De exceptie is niet ernstig.

Duidelijkheid van het middel

28. De tussenkomende partij werpt een andere exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, in zoverre daarin de schending wordt aangevoerd van de artikelen 5, § 1, en 66, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel. Volgens de tussenkomende partij maakt de verzoekende partij niet duidelijk waarin de schending van die bepalingen en beginselen zou bestaan.

29. Op het eerste gezicht kan ingestemd worden met de zienswijze van de tussenkomende partij. In zoverre in het middel de schending van de voornoemde bepalingen en beginselen wordt aangevoerd, is de exceptie ernstig.

Voor het overige wordt de duidelijkheid van het middel niet betwist. De Raad van State ziet ook geen reden om dat ambtshalve te doen.

Ernst van het middel

30. De Raad van State herinnert eraan dat een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes elke offerte dient te vergelijken met elk van de andere offertes en tot een rangschikking dient te komen rekening houdend met de voor- en nadelen van elke offerte ten opzichte van en in verhouding tot elk van de andere offertes. De aanbestedende overheid beschikt daarbij over een bepaalde beoordelingsruimte. Bij de toetsing van de offertes dient niet alles op voorhand te worden vastgelegd in rigide schema's, bindende parameters en bepaalde vooraf vastgestelde vermeerderingen en verminderingen in quotering.

31. In zoverre het middel, ten eerste, gericht is tegen de bepalingen van het bestek in verband met de beoordeling van het gunningscriterium 'kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening', dient opgemerkt te worden dat de verwerende partij gekozen heeft voor een beschrijvende evaluatie in woorden, gekoppeld aan een globale score. Dit is een vrij gebruikelijke beoordelingsmethode.

Volgens het bestek dient het door elke inschrijver ingediende plan van aanpak "minstens een gedegen toelichting" op een aantal met name genoemde elementen te bevatten: key account manager, aansprakelijkheidsregeling, duurzaamheid, rapportering, doorlooptijden, en methode en flexibiliteit. Voor elk van die elementen geeft het bestek voorts een aantal kenmerken op waarvan de inschrijver moet aangeven "of hij ingaat op de vraagstelling en zo ja, in welke mate". De inschrijver moet met andere woorden aangeven in welke mate zijn offerte aan de opgegeven kenmerken beantwoordt. Het bestek bepaalt voorts dat "aan de hand van onder meer de [...] aangegeven beoordelingselementen de plus- en minpunten [van elke offerte worden] beoordeeld". Op basis van die plus- en minpunten wordt vervolgens een "voorlopige globale score" voor het gunningscriterium vastgesteld. In het bestek wordt benadrukt dat hierbij geen "louter wiskundige of kwantitatieve optelling van de vastgestelde plus- en minpunten" zal gebeuren, maar dat de verwerende partij, "op basis van een globale beoordeling, haar globale inschatting van de offertes tot uitdrukking [brengt]".

Het bestek lijkt op dit vlak transparant te zijn: de toegepaste beoordelingsmethodiek hanteert geen formule om op grond van eventuele deelscores per beoordelingselement tot een gewogen eindscore te komen, maar beoogt een globale score op basis van de sterke en zwakke punten van de verschillende offertes. Precies omdat een “louter wiskundige of kwantitatieve optelling van de vastgestelde plus- en minpunten” werd afgewezen als beoordelingsmethode, kon en moest geen concordantietabel worden bekendgemaakt.

De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen in haar betoog dat de in het bestek bepaalde werkwijze, gekenmerkt door een globale beoordeling zonder concordantietabel, tot een onbeperkte keuzevrijheid van de aanbestedende overheid leidt. Een globale beoordeling blijft immers onderworpen aan het redelijkheids- en het gelijkheidsbeginsel, en is dus onwettig indien ze de grenzen van de beoordelingsruimte te buiten gaat of de gelijkheid tussen de inschrijvers niet respecteert.

32. Het bestek voorziet voorts in een formule om de “voorlopige globale score[s]” om te zetten naar definitieve globale scores. Volgens die formule verkrijgt het voorstel met de hoogste voorlopige globale score het maximum van de punten voor het gunningscriterium (40 punten). Voor de herberekening van de scores van de andere offertes wordt een regel van drie gehanteerd.

De verzoekende partij voert aan dat de scoreverschillen tussen de inschrijvers daardoor uitvergroot kunnen worden, zelfs in een dergelijke mate dat daardoor het onderling gewicht van de gunningscriteria gewijzigd wordt. Daardoor, zo stelt zij, is het bestek door een interne tegenstrijdigheid aangetast.

De aanbestedende overheid beschikt op het eerste gezicht over een ruime beoordelingsbevoegdheid om de volgens haar meest geschikte beoordelingsmethode vast te stellen. Zij kan dan ook beslissen om het belang van het kwalitatieve criterium in verband met het plan van aanpak te vergroten door de “voorlopige” score voor het beste plan van aanpak te verhogen naar het maximum

en dan aan de andere inschrijvers op proportionele wijze een score toe te kennen in functie van die maximumscore voor het beste voorstel.

Het is weliswaar juist dat door de herberekening het voorlopig globaal puntenverschil kan worden uitvergroot. Dit gegeven lijkt op zich echter niet van aard om te leiden tot de conclusie dat de opdracht gegund wordt aan een inschrijver die niet de economisch meeste voordelige offerte heeft ingediend.

Het is ook juist dat de scores voor de twee andere gunningscriteria niet op dezelfde manier worden berekend en dat de verrekening bij het derde gunningscriterium tot gevolg kan hebben dat de betere scores op die twee andere gunningscriteria niet meer volstaan om het uitvergroete puntenverschil voor het derde gunningscriterium nog in te halen. Dat betekent op het eerste gezicht evenwel niet dat de herberekening het initieel gewicht van de diverse gunningscriteria wijzigt. Ook na de herberekening blijft de verdeling nog steeds: criterium 'prijs': 50 punten; criterium 'prijs sensu lato': 10 punten; criterium 'kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening': 40 punten.

Overigens kan de gevolgde methode ook bekeken worden vanuit het oogpunt van het criterium 'prijs'. Door de herberekening van de scores voor het criterium 'kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening' lijkt te worden vermeden dat aan het zuiver kwantitatieve criterium 'prijs', waarop 50 punten staan, een doorslaggevende invloed wordt gegeven. Te dezen zijn de verschillen tussen de offertes op dat criterium weliswaar niet zo groot, maar dat had eventueel wel anders kunnen zijn.

Ten slotte kan de verzoekende partij niet gevolgd worden in haar betoog dat zij door de verrekening van de voorlopige scores in haar rechtmatige verwachtingen verschalkt is. Die methode was immers op een duidelijke wijze beschreven in het bestek, zodat de verzoekende partij hiermee rekening kon houden bij het opstellen van haar offertes.

33. In zoverre het middel, ten tweede, gericht is tegen de beoordeling in het algemeen van de kwaliteit van de ingediende plannen van aanpak en de aangeboden dienstverlening, stelt de Raad van State vast dat de gunningsverslagen voor elk van de inschrijvers afzonderlijk, aan de hand van de in

het bestek vervatte beoordelingselementen, plus- en minpunten opsommen, om dan per inschrijver in een conclusie de resultaten samen te vatten. Rekening houdend met die beoordelingen worden vervolgens aan de drie offertes “voorlopige” globale scores toegekend.

Wanneer op bepaalde beoordelingselementen meer in detail is ingegaan, lijkt zulks te zijn ingegeven door het feit dat de verwerende partij voor die elementen meer punten heeft vastgesteld waarvan gezegd kan worden dat de betrokken offerte zich in positieve dan wel negatieve zin onderscheidt van de andere offertes. De Raad van State kan voorshands alvast niet tot de conclusie komen dat de verwerende partij de onderscheiden inschrijvers ongelijk behandelt. De verzoekende partij slaagt er met name niet in om *prima facie* aannemelijk te maken dat de verwerende partij de door haar vastgestelde plus- of minpunten ten onrechte gunstiger of strenger zou hebben gewaardeerd ten aanzien van de offerte van de ene inschrijver in vergelijking met de offerte van de andere inschrijvers.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht evenmin aan dat de gegeven totaalscores zich in redelijkheid niet verhouden tot de vastgestelde plus- en minpunten, of – zoals de verzoekende partij het stelt – dat die scores “lukraak” zijn toegekend.

34.1. In zoverre het middel, ten derde, gericht is tegen de specifieke beoordeling van het voorstel van de verzoekende partij inzake een regeling van de aansprakelijkheid in geval van tekortkomingen bij het uitvoeren van de verbintenissen onder een toetredingsovereenkomst, herinnert de Raad van State eraan dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en de toetsing ervan aan de gunningscriteria over een beoordelingsvrijheid beschikt. Het staat aan die overheid om te bepalen wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en om daaraan dienovereenkomstig punten toe te kennen. Het staat niet aan de Raad om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht kan de Raad desgevraagd wel nagaan of de beoordeling door de overheid berust op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, of die motieven

na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand zijn gekomen, en of de overheid de perken van haar beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan.

De Raad van State merkt ook op dat de verzoekende partij met haar kritiek ingaat op één welbepaald beoordelingselement (de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling), terwijl de verwerende partij haar offerte op het criterium ‘kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening’ beoordeeld heeft op grond van zes elementen, waarvoor zij een globale score heeft toegekend. De bedoelde kritiek komt dan ook als selectief voor.

34.2. Wat er ook van zij, uit de vergelijking van de richtsnoeren die de verwerende partij in het bestek met betrekking tot het hier bedoelde beoordelingselement heeft gegeven, enerzijds, en de beoordeling van de offertes van de verzoekende partij in de gunningsverslagen, anderzijds, lijkt afgeleid te kunnen worden dat de verwerende partij bij de beoordeling wel degelijk rekening heeft gehouden met die richtsnoeren. In haar beoordeling wijst zij expliciet op het feit dat de suggestie om met gerechtsdeurwaarders te werken, ingaat tegen het richtsnoer van “doorzichtige, eenvoudige en goedkope procedures voor de behandeling van klachten”, en op het feit dat de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling slechts van toepassing is op het deel van de opdracht dat de inschrijver zelf uitvoert, terwijl volgens één van de richtsnoeren belang gehecht zal worden aan de mate waarin de voorgestelde procedures openstaan met betrekking tot alle diensten. Voorts besteedt de verwerende partij, in overeenstemming met de richtsnoeren, met betrekking tot het deel van de opdracht uitgevoerd door de universele dienstverlener aandacht aan de mate waarin de voorgestelde regeling voorziet in een forfait dan wel in een toepassing van de gemeenrechtelijke regels, die de bewijslast bij de gelaedeerde besteller leggen. Ten slotte, met betrekking tot wat de inschrijver zelf uitvoert, heeft de verwerende partij eveneens aandacht voor de mate waarin de bewijslast voor de werkelijk geleden schade bij de gelaedeerde besteller ligt, dan wel bij de inschrijver zelf, en voor de mate waarin forfaits toegepast worden. Aan de beoordeling lijkt aldus niet verweten te kunnen worden dat ze onvoorzienbaar was.

De gunningsverslagen lijken ook duidelijk te maken waarom de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling als een minpunt beschouwd wordt. Zo

wordt vastgesteld, zoals hiervoor reeds opgemerkt, dat de regeling van de verzoekende partij geen forfaitaire aansprakelijkheidsregeling aanbiedt voor het deel van de opdracht dat zij laat uitvoeren door de universele dienstverlener. Voor het deel van de opdracht dat de verzoekende partij zelf uitvoert, geeft de verwerende partij aan de praktische uitwerking en haalbaarheid van de forfaitaire aansprakelijkheidsregeling een ongunstige beoordeling omwille van de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder, de toepassing van een forfaitaire regeling ook bij foutieve facturatie, en de beperking in de tijd (tot “slechts enkele ‘werkdagen/kalenderdagen’ [...] na elk beweerd incident”) van de forfaitaire aansprakelijkheidsregeling. De feitelijke grondslag voor de vaststellingen door de verwerende partij lijkt door de verzoekende partij niet te worden betwist. Het komt de Raad van State voor dat de verwerende partij uit die vaststellingen in redelijkheid kon concluderen dat het voorstel van de verzoekende partij een minpunt vormde. De Raad van State ziet voorshands ook niet in dat de beoordeling onzorgvuldig zou zijn gebeurd.

De verzoekende partij betwist het oordeel van de verwerende partij volgens welke het door haar voorgestelde systeem “een ondergraving kan vormen van [bepaalde] essentiële aspecten van de overeenkomst”. Deze beoordeling moet in haar context gelezen worden. Uit die context blijkt dat de verwerende partij ervan uitgaat dat het voor de bestellers van groot belang is dat de juiste hoeveelheden worden aangerekend, dat er wordt aangerekend aan de juiste besteller, en dat de aangerekende prijzen overeenstemmen met wat in de uitvoeringsovereenkomst is bepaald. In dat licht bekeken, lijkt het niet onredelijk om te stellen dat de toepassing van de voorgestelde forfaitaire aansprakelijkheidsregeling, specifiek voor een beweerde foutieve facturatie, een “ondergraving” kan vormen van de voornoemde vereisten. Met een forfait wordt immers niet noodzakelijk de werkelijk geleden schade vergoed, terwijl de schade bij een foutieve facturatie eenduidig vaststelbaar lijkt te zijn. De verwerende partij wijst er bovendien op dat omwille van de geldigheidsduur van de voorgestelde regeling bestellers in de praktijk slechts zelden een beroep zullen kunnen doen op de voorgestelde forfaitaire regeling.

De verzoekende partij betwist ook dat zij zich zou onttrekken aan de tienjarige verjaringstermijn. Dit lijkt in de gunningsverslagen echter niet

beweerd te worden door de verwerende partij. Er wordt enkel gesteld dat, in afwijking van de tienjarige verjaringstermijn, voor de voorgestelde regeling slechts een termijn van enkele werkdagen of kalenderdagen geldt. Dat er na afloop van die korte termijn nog ruimte is voor de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling wordt daarmee niet ontkend.

34.3. Ten slotte oefent de verzoekende partij kritiek uit op de betere beoordeling die de nv Ipex voor de door haar voorgestelde aansprakelijkheidsregeling heeft gekregen. Zij begrijpt met name niet waarom dat voorstel een “beperkt pluspunt” vormt, omwille van een “beperkt gedifferentieerde aansprakelijkheidsregeling” en een “eenvoudige procedure voor behandeling van klachten”.

Uit de beoordeling van de offerte van de nv Ipex blijkt dat de verwerende partij van oordeel is dat, ondanks de regeling inzake de bewijslast en het ontbreken van een regeling in verband met schuldvergelijking – aspecten welke kennelijk als minder gunstig worden beoordeeld –, de voorgestelde regeling om de volgende redenen toch een “beperkt pluspunt” vormt: het eenvoudig en doorzichtig karakter ervan; het voorzien in een forfait, met een zekere accumulatie van dat forfait; en de eenvoudige procedure voor de behandeling van klachten.

Met de verwerende partij kan ermee ingestemd worden dat die motivering in de gegeven omstandigheden afdoende is. Afgezet tegen de beoordeling van het voorstel van de verzoekende partij lijkt het trouwens ook duidelijk te zijn waarom het voorstel van de nv Ipex een gunstigere beoordeling kreeg dan dat van de verzoekende partij. De verwerende partij lijkt de eenvoud en de helderheid van het voorstel van de nv Ipex te appreciëren, en daarentegen minder te zien in het voorstel van de verzoekende partij dat, zoals zij zelf schrijft, “in detail was uitgewerkt”, maar mede daardoor, en ook door de tussenkomst van gerechtsdeurwaarders, ingaat tegen de verwachting van “doorzichtige, eenvoudige en goedkope procedures voor de behandeling van klachten”.

De beoordeling van het voorstel van de nv Ipex lijkt daarom noch op zichzelf, noch in vergelijking met de beoordeling van het voorstel van de verzoekende partij, kennelijk onredelijk.

35. Om al deze redenen is het middel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

36.1. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel,

“Doordat voor perceel A1 de offerte aan Ipex wordt gegund terwijl verzoekster op basis van haar marktkennis eraan twijfelt of Ipex over de vereiste middelen beschikt om de opdracht uit te voeren en in het bijzonder de uitgesproken vraag van de aanbesteder tot de digitalisering van het verzendingsproces van gewone zendingen en aangetekende zendingen, Doordat het bestek slaat op een raamovereenkomst ter waarde van 125.000.000 euro en dus correspondeert met grote volumes aan te verwerken poststukken,

Doordat de aanbesteder de selectiebeslissing niet heeft meegedeeld en ook in het gunningsverslag niet transparant is over de onderaannemer op wie Ipex beroept doet voor de uitvoering van de opdracht; dat verzoekster op basis van haar marktkennis ervan uitgaat dat Ipex zal werken met haar gebruikelijke onderaannemer GMS; dat evenwel GMS – naar de marktkennis van verzoekster – niet over de infrastructuur beschikt om de vereiste gedigitaliseerde verwerking van gewone zendingen en aangetekende zendingen conform de technische eisen van het bestek te kunnen verwerken rekening houdende met de grote volumes aan te verwerken poststukken,

Terwijl de aanbesteder de plicht heeft op transparante wijze de aanbiedingen te onderzoeken en objectief en correct de draagkracht van de inschrijvers te toetsen; dat nergens uit het gunningsverslag blijkt dat dit ten aanzien van Ipex op zorgvuldige wijze is gebeurd; dat hierdoor de gelijkheid onder de inschrijvers wordt geschonden,

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

36.2. In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij aan dat GMS, de gebruikelijke onderaannemer van de nv Ipex, niet beschikt over de

capaciteit (structuur, logistiek, machines) om het volume in post van de Vlaamse overheid correct te verwerken. Bovendien zou GMS voor de aangetekende zendingen een verouderde werkwijze hanteren, waarbij de klant een “papieren briefje” moet invullen. Die werkwijze kan tot gevolg hebben dat, indien de zending niet vóór 17 uur in een postkantoor wordt afgegeven, ze een extra leverdag later aan de bestemming bezorgd wordt. Daarmee wordt dan niet aan de technische eis D+1 van het bestek voldaan. Voorts voert de verzoekende partij aan dat de nv Ipex zelf geen uitgebreid logistiek netwerk in Vlaanderen heeft waarmee zij brieven kan ophalen, sorteren en frankeren, zeker niet voor het volume dat de verwerende partij heeft opgegeven voor perceel 1. De verzoekende partij wijst erop dat de nv Ipex gespecialiseerd is in het printen van communicatie voor een klant, het onder omslag steken daarvan (met voorgedrukt PB-label), en het bezorgen van de zendingen aan Bpost.

De verzoekende partij licht vervolgens haar eigen systeem voor de verwerking van aangetekende zendingen toe, waarbij zij onder meer benadrukt dat zij een rechtstreekse verbinding heeft met het digitaal verwerkingssysteem voor aangetekende zendingen bij Bpost en dat zij aan de klant een digitaal afgiftebewijs bezorgt. Zij legt ook uit dat zij voor gewone zendingen een geautomatiseerd systeem heeft, waarbij zij zelf over digitale informatie beschikt.

Volgens de verzoekende partij gaan de bestreden gunningsbeslissingen niet in op deze problematiek en beperken zij zich tot globale, vage en algemene beoordelingen van de beweerde verenigbaarheid van de offerte van de nv Ipex met de technische eisen van het bestek op vlak van digitalisering en behandeling van gewone post en aangetekende zendingen.

Beoordeling

Voorwerp van het middel

37. Uit de formulering van het middel, waarin sprake is van perceel 1 en waarin het specifiek gaat over de draagkracht en de infrastructuur van de nv Ipex, de inschrijver die voor dat perceel gekozen is, leidt de Raad van State af

dat het middel enkel gericht is tegen de gunningsbeslissing in verband met dat perceel 1 (zie overweging 12, hiervoor).

Ontvankelijkheid

38. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het feit dat de verzoekende partij niet aangeeft waarin de schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zou bestaan. Volgens de verwerende partij beperkt het middel zich tot het uitdrukken van twijfel of de nv Ipex wel over de nodige capaciteit beschikt, en beperkt de toelichting zich tot een louter technische uiteenzetting. Het middel is aldus onvoldoende duidelijk.

39. Op het eerste gezicht kan uit het middel afgeleid worden dat de verzoekende partij kritiek uitoefent op de wijze waarop de verwerende partij de offerte van de nv Ipex heeft beoordeeld, met name door geen of onvoldoende aandacht te besteden aan de capaciteit van die inschrijver om de opdracht uit te voeren als bepaald in het bestek.

Voorshands gaat de Raad van State ervan uit dat de verzoekende partij aan de bestreden gunningsbeslissing verwijt dat ze de offerte van de nv Ipex regelmatig heeft verklaard, op grond dat die offerte niet zou voldoen aan de technische eisen die in het bestek zijn bepaald, in het bijzonder op het vlak van de digitalisering.

Mits het middel aldus wordt geïnterpreteerd, is de exceptie niet ernstig.

Ernst van het middel

40. Het staat aan de aanbestedende overheid om de voorstellen te waarderen, zoals ze voorliggen. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij de offerte van de nv Ipex heeft beoordeeld, onder meer in het licht van het gunningscriterium 'kwaliteit van het plan van aanpak en de aangeboden dienstverlening'. Daarbij heeft zij onder meer aandacht besteed aan de

doorlooptijden en aan de methodologie en organisatie. Voor beide punten noteert zij een aantal minpunten naast een aantal pluspunten, wat resulteert in de conclusie dat beide punten “neutrale punten” zijn. De Raad van State ziet in de betrokken beoordelingen geen redenen om *prima facie* te twijfelen aan de zorgvuldigheid waarmee zij zijn gebeurd.

De verwerende partij licht in haar nota toe, met verwijzing naar bepaalde pagina's uit de offerte van de nv Ipex, dat zij over geen enkele indicatie beschikt “dat Ipex de opdracht niet zou kunnen uitvoeren in overeenstemming met de bestekseisen (incl. eventuele uitvoeringsvoorwaarden met betrekking tot digitalisering)”. Voorts benadrukt zij dat “Ipex [...] een goede kwalitatieve offerte [heeft] ingediend waarin de vragen van de aanbestedende overheid beantwoord zijn. Bij de uitvoering van de opdracht kan Ipex beroep doen op onderaannemers, welke naargelang het geval ook entiteiten zijn op [wier] draagkracht zij beroep heeft gedaan in het kader van de selectie”.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de nv Ipex en haar onderaannemer GMS niet in staat zijn om de opdracht naar behoren uit te voeren, oefenen zij in essentie een kritiek uit op de opportuniteit van de bestreden beslissing, welke de bevoegdheid van de Raad van State als rechter over de wettigheid van overheidsbeslissingen te buiten gaat. Met betrekking tot de wettigheid van de bestreden gunningsbeslissing volstaat het, zeker in het kader van de voorliggende schorsingsprocedure, om vast te stellen dat uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij zicht heeft op de onderaannemers waarop de nv Ipex verklaart een beroep te zullen doen. Het feit dat de verwerende partij in het gunningsverslag niet beschrijft welke de concrete inbreng van die onderaannemers zal zijn, kan op het eerste gezicht niet tot de conclusie leiden dat het onderzoek van de offertes niet zorgvuldig zou zijn gebeurd of dat de belangen van de verzoekende partij zouden zijn geschaad. Ter terechtzitting wijst de verwerende partij er overigens op dat het besluitvormingsproces met betrekking tot andere percelen van de voorliggende opdracht nog bezig is, zodat zij beperkt is in wat zij in het kader van de huidige procedure over de samenwerking tussen de nv Ipex en andere ondernemingen kan bekendmaken.

41. Het middel is niet ernstig.

IX. Besluit

42. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 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 achtentwintig februari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens