

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.954 van 28 juni 2023
in de zaak A. 230.303/XII-8871**

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

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 februari 2020, strekt tot de
nietigverklaring van:

- “- De beslissing van ongekende datum van de Belgische Staat, Defensie [...], meegedeeld bij brief van 23 december 2019 [...], tot wering wegens ‘niet regelmatig’ van de offerte van Postalia Belgium bv in het kader van de overheidsopdracht voor het afsluiten van een meerjarig open contract, van bepaalde duur (4 jaar), voor nationale en internationale universele en niet-universele postdiensten [...];
- De beslissing van ongekende datum van de Belgische Staat, Defensie [...], waarbij de overheidsopdracht voor het afsluiten van een meerjarig open contract, van bepaalde duur (4 jaar) voor nationale en internationale universele en niet-universele postdiensten [...] aan een concurrent van Postalia Belgium bv wordt toegewezen;
- De impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan Postalia Belgium bv te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 mei 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die *loco* advocaat George Dobbelaere verschijnt voor de verzoekende partij, en onderluitenant Marie-Sofie Thiriaux, die verschijnt voor de verwerende 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 voor diensten uit met als voorwerp ‘Meerjarige overeenkomst tegen prijslijst van

diensten betreffende nationale en internationale universele en niet-universele postdiensten’.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor de openbare procedure.

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, zijn de volgende bepalingen in deze zaak relevant:

“3. De overheidsopdracht

[...]

i. Technische en logistieke specificaties

(1) Conformiteit

De dienstprestaties zullen conform zijn aan de specificaties vermeld in Bijl C en zijn aanhangsels.

(2) Types specificaties

- [I] Onontbeerlijke eis waaraan de offerte vanaf de indiening moet voldoen op straffe van niet conform te worden verklaard en uitgesloten te worden voor de opdracht.
- [S]: Wenselijke eis, die leidt tot een meerwaarde bij de evaluatie van de offertes.
- [D]: Eis met als doel de conformiteit aan een [I] of [S] eis aan te tonen op het moment van het indienen van de offerte. Aan een [D] eis is voldaan door het voorleggen van overtuigende documenten en/of gegevens. Voor elke [D] eis wordt in het bestek duidelijk gepreciseerd welke de minimum inhoud moet zijn, zowel op kwalitatief als op kwantitatief vlak. Het indienen van onvolledige documenten en/of gegevens heeft tot gevolg dat:
 - Voor een [I] eis, de offerte substantieel onregelmatig zal worden verklaard.
 - Voor een [S] eis, er geen meerwaarde aan de offerte zal worden toegekend.
- [-]: Specificatie vermeld ter informatie.

[...]

6. Offertes

[...]

l. Onderaanneming

In onderaanneming gaan is toegelaten onder de eigen en volledige aansprakelijkheid van de inschrijvers.

De inschrijver dient in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

De offerte dient de identiteit van de eventuele onderaannemers te vermelden. Indien zij op dat ogenblik nog niet gekend zijn, dient hun identiteit schriftelijk te worden meegedeeld aan de leidende dienst

vooraleer deze onderaannemer enige prestatie levert en dit ten laatste de dag voor de aanvang van de betrokken diensten.

Er is echter geen vrije keuze van onderaanneming indien:

- De inschrijver voor zijn kwalitatieve selectie in verband met de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties of inzake de relevante beroepservaring, gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van vooraf bepaalde onderaannemers.
- De aanbestedende overheid het inzetten van bepaalde onderaannemers heeft opgelegd aan de inschrijver.

In deze gevallen dient de inschrijver de identiteit van de onderaannemer(s) per definitie steeds bekend te maken in zijn offerte. Het inzetten van andere onderaannemers, is onderworpen aan de voorafgaande toestemming van de aanbestedende overheid.

In alle gevallen zal de opdrachtnemer, ten laatste bij de aanvang van de uitvoering van de opdracht, de volgende gegevens moeten overmaken aan de aanbestedende overheid:

- Naam van de onderaannemers.
- Contactgegevens van de onderaannemers.
- Wettelijke vertegenwoordigers van de onderaannemers.

Deze gegevens dienen te worden verstrekt onder de vorm van het UEA.

Voormelde informatieverplichting geldt ongeacht het aandeel van de onderaannemers of hun plaats in de keten van onderaanneming. Hetzelfde geldt bij opdrachten die ter plaatse onder rechtstreeks toezicht van de aanbesteder moeten worden uitgevoerd.

De opdrachtnemer is ertoe gehouden de aanbestedende overheid onverwijld in kennis te stellen van alle wijzigingen inzake de voormelde gegevens alsmede van eventuele nieuwe onderaannemers die hij bij de uitvoering van de diensten wenst te betrekken.

De aanbestedende overheid kan nagaan of er in hoofde van de onderaannemers, ongeacht hun plaats in de onderaannemingsketen, gronden tot uitsluiting voorhanden zijn en desgevallend de opdrachtnemer verzoeken om over te gaan tot vervanging van één of meerdere onderaannemers. Het is verboden voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven. Hieronder wordt eveneens begrepen de onderaannemer die enkel de coördinatie van de opdracht behoudt.”

“[Bijlage A. ‘Model van offerte en inventaris’]

[...]

Vak 9 - Bijlagen

a. In bijlage aan deze offerte zijn gevoegd:

[...]

- (7) Nodige licentie inzake het geheel van dienstverlening voor de behandeling van universele post volgens de richtlijnen van het BIPT (Bijl. ...)

[...]

[Bijlage C. ‘Logistieke en technische specificaties’]

Post	Eis	Kenmerken	[...]
1	[-]	Postmarkt, wettelijke basis en vocabularium	
1.1	[-]	Het voorwerp van deze opdracht betreft een meerjarige overeenkomst voor de verwerving van de universele en niet-universele postdiensten	

1.2	[I]	De inschrijver voldoet aan de wettelijke voorwaarden en beschikt over de nodige licentie inzake het geheel van dienstverlening voor de behandeling van universele post volgens de richtlijnen van het BIPT	
-----	-----	--	--

.”

3.3. Twee inschrijvers hebben een offerte ingediend, namelijk de verzoekende partij en de nv Bpost.

3.4. Op 29 november 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Met betrekking tot de selectie en de regelmatigheid van de offertes wordt het volgende gesteld:

“2. Analyse van de offertes

a. Selectie

(1) Uitsluitingscriteria

[...]

c) Inschrijvers die verondersteld worden niet uitgesloten te zijn, op basis van het ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) of de impliciete verklaring op eer:

- Bpost N.V.
- Postalia Belgium bvba

(2) Besluit m.b.t. de selectie

De volgende inschrijvers zijn geselecteerd op basis van de analyse van de selectiecriteria:

Bpost N.V.

Postalia Belgium bvba

b. Regelmatigheid

(1) Bpost N.V.

[...]

(2) Postalia Belgium bvba

- Analyse

De offerte van de inschrijver vertoont vormelijke en administratieve onregelmatigheden.

- Gevraagde verduidelijkingen

Nihil

- Besluit

Onregelmatige offerte

Motivering van de onregelmatigheid:

Postalia Belgium bvba heeft geen vergunning van het BIPT om universele post te verzenden

(3) Besluit

Slechts de offerte van Bpost NV is regelmatig op formeel en administratief vlak

c. Voldoen aan de technische en/of logistieke essentiële eisen

(1) Bpost N.V.

- [...]
- (2) Postalia Belgium bvba
- Analyse
De offerte van Postalia Belgium bvba voldoet niet aan de technische eisen van Defensie
 - Gevraagde verduidelijkingen
Nihil
 - Besluit
Onregelmatige offerte:
Motivering van de onregelmatigheid:
Postalia Belgium bvba beschikt niet over de nodige vergunning inzake het geheel van dienstverlening voor de behandeling van universele post (zie Bijlage C — punt 1.2. van de offerte van Postalia Belgium bvba)
- (3) Besluit
Slechts de offerte van Bpost N.V. is regelmatig op technisch en logistiek vlak.”

In het gunningsverslag wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver met de enige regelmatig bevonden offerte, de nv Bpost.

3.5. Op 13 december 2019 beslist de minister van Defensie om de opdracht te gunnen aan de nv Bpost. De offerte van de verzoekende partij wordt als onregelmatig beschouwd, op grond van dezelfde motieven als opgenomen in het gunningsverslag.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Bij ter post aangetekende brief van 23 december 2019 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte als niet-regelmatig wordt beschouwd en dienvolgens geweerd wordt. De weringsbeslissing wordt in een bijlage bij voormeld schrijven als volgt gemotiveerd:

- “• Art 66 § 1, 1° van de wet van 17 juni 2016: voldoening aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van een opdracht.
- U beschikt niet over de vereiste vergunning volgens de richtlijnen van het BIPT zoals gevraagd in Bijlage A van het bestek MRMP-C/S/C 19CSC02.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Excepties

4. De verwerende partij werpt vooreerst een exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit een gebrek aan belang. Zij verwijst naar rechtspraak van de Raad van State luidens welke een verzoekende partij de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang mist bij een beroep wanneer een van de leden van een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid alleen optreedt. Zij wijst erop dat de verzoekende partij een samenwerkingsverband met de nv Bpost naar voren schuift en uitdrukkelijk erkent niet in staat te zijn de betrokken overheidsopdracht uit te voeren zonder zich te kunnen beroepen op de BIPT-vergunning van de nv Bpost.

De verwerende partij werpt voorts op dat de verzoekende partij niet aantoont dat er te dezen een uitzonderlijk geval voorligt dat de Raad van State ertoe zou moeten doen besluiten om ook de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, nietig te verklaren.

Beoordeling

5. Te dezen is de offerte enkel en alleen door de verzoekende partij ingediend en ondertekend. Blijkens het ingediende offerteformulier (bijlage A) is zij voornemens het gedeelte “Distributie” in onderaanneming aan de nv Bpost te geven, wat niet gelijk te stellen is met het indienen van een offerte door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. De exceptie dat het annulatieberoep slechts ontvankelijk kon worden ingesteld door alle ondernemingen die samen de offerte hebben ingediend, faalt.

De exceptie wordt verworpen.

6. De middelen die de verzoekende partij aanvoert, kunnen enkel

ertoe leiden dat, indien gegrond, de verwerende partij ertoe gehouden zou zijn het regelmatigheidsonderzoek van de offerte van de verzoekende partij te herdoen, doch niet dat de opdracht onafwendbaar aan de verzoekende partij dient te worden gegund.

De vordering wordt dan ook als niet ontvankelijk verworpen in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Deze exceptie is gegrond.

V. Onderzoek van het eerste en het tweede middel, samengenomen

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 4 en 5, § 1, 66, § 1, 71 en 78 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 65, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij licht toe dat noch in het bestek, noch in de aankondiging een specifieke selectie-eis wordt gesteld dat de inschrijver zelf een vergunning volgens de richtlijnen van het Belgisch Instituut voor Post en Telecommunicatie (BIPT) dient voor te leggen. Het beweerdelijk vereist zijn van een BIPT-vergunning in hoofde van de inschrijver zélf is hoe dan ook strijdig met de wetgeving inzake overheidsopdrachten omdat dit niet in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. In het licht van de mogelijkheid beroep te doen op de draagkracht van een derde om te voldoen aan een selectievereiste, bepaald in artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, kan niet geëist worden dat de inschrijver zélf over een

BIPT-vergunning moet beschikken. Dit zou ertoe leiden dat slechts drie ondernemingen kunnen inschrijven voor de opdracht, en bijgevolg tot een ongeoorloofde beperking van de mededinging. De verzoekende partij heeft in haar offerte het bewijs van samenwerking met de nv Bpost geleverd, wat geldt als bewijs van het beschikken over een BIPT-vergunning.

In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 66, § 3, en 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de formele- en de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij herhaalt dat noch in het bestek, noch in de aankondiging een specifieke selectie-eis wordt gesteld dat de inschrijver zélf dient te beschikken over een BIPT-vergunning, en dat haar offerte bijgevolg niet onregelmatig kon worden verklaard wegens het niet voldaan zijn aan die selectievereiste, zoals bepaald in artikel 66, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016. Indien aangenomen zou worden dat een selectie-eis inzake de BIPT-vergunning is opgenomen in het offerteformulier, dan blijkt dat de verzoekende partij eraan heeft voldaan doordat zij beroep doet op de draagkracht van de nv Bpost, die wel over een BIPT-vergunning beschikt.

Het onderzoek van haar offerte is bijgevolg onzorgvuldig verlopen, en de motivering voor de onregelmatigverklaring ervan is niet draagkrachtig en mist feitelijke grondslag. Minstens had de verwerende partij een vraag om toelichting moeten stellen.

8. De verwerende partij werpt vooreerst een exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit een gebrek aan belang bij het eerste middel. Door bij de indiening van haar offerte geen voorbehoud te maken bij de technische specificatie van het beschikken over een BIPT-vergunning, heeft de verzoekende partij aan haar recht verzaakt om in rechte op te komen tegen die vermeend

onwettige bestekvereiste. Minstens blijkt dat de verzoekende partij op het ogenblik van het indienen van haar offerte niet uitgesloten had dat de vereiste van een BIPT-vergunning ook de conformiteit van de offerte betreft rekening houdend met de logistieke en technische specificaties van bijlage C, “meer dan de algemene geschiktheid van de inschrijver”.

8.1. Wat het eerste middel betreft, stelt de verwerende partij dat dit middel berust op een onjuist feitelijk uitgangspunt, in zoverre het ervan uitgaat dat het beschikken over een BIPT-vergunning in het bestek, in het bijzonder in bijlage A ‘Model van offerte en inventaris’, als een selectie-eis zou zijn bepaald, alsook dat dit in hoofde van de inschrijver zelf zou zijn opgelegd. Het beschikken over een BIPT-vergunning is als een [I]-specificatie gekwalificeerd in bijlage C en betreft bijgevolg de regelmatigheid van de offerte. Daarnaast bepaalt het bestek dat onderaanneming is toegelaten en zowel in het UEA als in bijlage A ‘Model van offerte en inventaris’ wordt de vraag gesteld of de inschrijver van plan is een gedeelte van de opdracht in onderaanneming aan derden te geven, waarmee dan rekening wordt gehouden bij het beoordelen van de conformiteit van de offerte met de technische en logistieke specificaties van bijlage C.

Zo lijkt de verzoekende partij het ook begrepen te hebben, aangezien zij in haar offerteformulier stelt dat het gedeelte “Distributie” van de opdracht wordt toevertrouwd aan de nv Bpost. Op de vraag in het UEA of de inschrijver beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten “om te voldoen aan de selectiecriteria van deel IV”, antwoordt de verzoekende partij evenwel negatief. Op de vraag in het UEA of de inschrijver voldoet aan de voorgeschreven selectiecriteria antwoordt de verzoekende partij positief. Bovendien voegt de verzoekende partij een UEA voor de nv Bpost bij, dat niet is ondertekend. De verwerende partij besluit dat de verzoekende partij de nv Bpost nooit naar voren heeft geschoven als een derde entiteit op wier draagkracht zij beroep zou doen om te voldoen aan de selectiecriteria, zodat zij niet de schending van artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 kan aanvoeren. De samenwerking met de nv Bpost in het kader van het voornoemde artikel 78 had de verzoekende partij enkel

aannemelijk kunnen maken door het correct invullen van haar eigen UEA en het bijvoegen van een ondertekende versie daarvan in hoofde van de nv Bpost.

De verwerende partij benadrukt dat het beschikken over een BIPT-vergunning onontbeerlijk is voor de goede uitvoering van de opdracht, en dat de verzoekende partij zelf, als aanbieder van “routage-activiteiten”, zonder samenwerking met de nv Bpost geen diensten kan leveren die voldoen aan de technische en logistieke specificaties van de betrokken overheidsopdracht; dat het overgrote deel van de gevraagde postdiensten onder de wettelijke definitie van de universele postdienst vallen, en dus heel wat I-specificaties in het verlengde liggen van de I-specificatie van het beschikken over een BIPT-vergunning. Het al dan niet beschikken over een BIPT-vergunning heeft aldus betrekking op de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte. Het kwam aan de verzoekende partij toe aannemelijk te maken dat de nv Bpost als onderaannemer zou optreden. Zij heeft evenwel een UEA in naam van de nv Bpost voorgelegd waarvan het authentieke en oprechte karakter in twijfel kan worden getrokken. Dit UEA en het UEA ingediend door de nv Bpost zelf voor eigen inschrijving spreken elkaar op meerdere punten tegen. De verwerende partij somt die op. De twee bijlagen die de verzoekende partij bij haar offerte had gevoegd, om aan te tonen dat de nv Bpost ermee instemde de opdracht voor haar als onderaannemer uit te voeren, kunnen evenmin om meerdere redenen, die de verwerende partij opsomt, niet overtuigen. Gelet op het weinig overtuigende karakter van deze “bewijsmiddelen” aangaande de vermeende samenwerking met de nv Bpost, kon de verwerende partij ervan uitgaan dat er geen sprake was van een oprechte samenwerking tussen de betrokken ondernemingen.

8.2. Wat het tweede middel betreft, verwijst de verwerende partij naar haar bespreking van het eerste middel, in zoverre de verzoekende partij herhaalt dat de vermeende selectie-eis onwettig is.

Wat de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht betreft, stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij ervan op de hoogte is gebracht dat haar offerte als niet-regelmatig werd beschouwd “omwille van het

niet beschikken over de vergunning volgens de richtlijn van het BIPT”. Bijgevolg is het normdoel van de formelemotiveringsplicht bereikt.

Wat de schending van de materiële motiveringplicht en artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft, stelt de verwerende partij dat zij het samenwerkingsverband met de nv Bpost enkel diende te betrekken bij de beoordeling van de conformiteit van de offerte met de logistieke en technische specificaties, en niet op het ogenblik van de selectie van de inschrijvers. De verzoekende partij had immers zelf in haar UEA aangegeven geen beroep te zullen doen op de draagkracht van een andere entiteit “om te voldoen aan de selectiecriteria van deel IV” (van het UEA).

Wat de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft, rijst de vraag in welke mate deze laatste bepaling relevant is, aangezien ze betrekking heeft op onvolledige of ontbrekende informatie en niet kan remediëren aan het ongeloofwaardig karakter van de offerte. Hoe dan ook volgt uit artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 niet de verplichting tot contactname voor de aanbestedende overheid. Het komt in de eerste plaats aan de inschrijver toe zijn offerte met de nodige zorgvuldigheid op te stellen. Ook vermeldt deze bepaling dat de contactname geen aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte, terwijl de vereiste van een BIPT-vergunning is gekwalificeerd als een I-specificatie.

9. In haar laatste memorie, na een voor haar ongunstig uitvallend auditorsverslag, volhardt de verwerende partij in haar exceptie gesteund op het gebrek aan belang bij het eerste middel. De vereiste van de BIPT-vergunning wordt als een essentiële eis gesteld in het bestek, zowel in bijlage A ‘Model van offerte en inventaris’ als in bijlage C ‘Logistieke en technische specificaties’, waar ze vermeld is als I-eis. Hoewel deze vereiste niet belet heeft dat de verzoekende partij een offerte heeft ingediend, heeft ze wel tot gevolg dat haar offerte onregelmatig werd verklaard. De betrokken bestekbepaling heeft het de verzoekende partij dus moeilijk gemaakt op zinvolle wijze aan de opdracht deel te

nemen. Ze had aldus meteen het voorwerp moeten uitmaken van een wettigheidsbezwaar.

Ten gronde stelt de verwerende partij dat de interpretatie, als zou in bijlage C de vereiste van het beschikken over een BIPT-vergunning verbonden worden aan de inschrijver, niet te verenigen is met de mogelijkheid vermeld in het bestek (onder punt 6. ‘Offertes’, l. ‘Onderaanneming’) om een gedeelte van de opdracht in onderaanneming aan derden te geven. Deze mogelijkheid is te vinden zowel in het UEA als in bijlage A ‘Model van offerte en inventaris’. Deze vereiste kan worden beschouwd als voldaan bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte met de technische en logistieke specificaties van bijlage C. De verwerende partij herhaalt dat het door de verzoekende partij bijgevoegde UEA van de nv Bpost niet aan de voorwaarden voldoet aangezien het niet ondertekend werd. De vereiste van de BIPT-vergunning is een kenmerk dat verband houdt met het specifieke proces van uitvoering van de gevraagde diensten, namelijk de universele dienstverlening. Gezien het essentiële karakter van deze vereiste en de kwalificatie als I-eis in bijlage C ‘Logistieke en technische specificaties’, kon de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij overeenkomstig artikel 76, §1, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 enkel als substantieel onregelmatig beschouwen. Zij besluit dat de vereiste van de BIPT-vergunning wel degelijk naar de offerte van de inschrijver refereert, en niet naar de inschrijver zelf, en de kwalificatie van deze vereiste door de verzoekende partij als selectie criterium bijgevolg feitelijk onjuist is.

De verwerende partij betwist dat de argumentatie in haar memorie van antwoord, volgens welke niet kon worden uitgegaan van een samenwerkingsverband met de nv Bpost en de offerte om die reden onregelmatig werd verklaard, een motivering *post factum* zou uitmaken. Zij had geen andere optie dan de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren, aangezien in de offerte niet op regelmatige wijze werd aangetoond dat de verzoekende partij een BIPT-vergunning zou garanderen conform de I-eisen opgesomd in bijlage C, noch door haarzelf noch via een samenwerking met de nv Bpost als onderaannemer. De vaststelling dat er geen “vereiste vergunning volgens de

richtlijnen van het BIPT zoals gevraagd in Bijlage A van het bestek MRMP-C/S/C 19CSC02” voorhanden was, volgt op een onderzoek van de authenticiteit en de oprechtheid van het door de verzoekende partij aangegeven samenwerkingsverband met de nv Bpost. De verwerende partij benadrukt nog dat zij nooit heeft beweerd dat een samenwerkingsverband met een vergunninghouder als onderaannemer niet zou zijn toegestaan, hetgeen inderdaad tot een onaanvaardbare beperking van de mededinging zou leiden. Het bestek voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een dergelijk samenwerkingsverband mits hiertoe de correcte documenten neergelegd worden, wat te dezen niet het geval was.

Beoordeling

10. In bijlage C ‘Logistieke en technische specificaties’ van het bestek staat vermeld als “[I]”-eis – zijnde een “[o]nontbeerlijke eis waaraan de offerte vanaf de indiening moet voldoen op straffe van niet conform te worden verklaard en uitgesloten te worden voor de opdracht” – dat de inschrijver dient te beschikken “over de nodige licentie inzake het geheel van dienstverlening voor de behandeling van universele post volgens de richtlijnen van het BIPT” (hierna: de BIPT-vergunning). In bijlage A ‘Model van offerte en inventaris’ wordt gevraagd deze BIPT-vergunning als bijlage bij de offerte te voegen.

Los van de vraag of het beschikken over een BIPT-vergunning te beschouwen is als een selectie-eis waaraan de inschrijver dient te voldoen, dan wel als een technische specificatie waaraan de offerte dient te voldoen, stelt de Raad van State vast dat het bestek niet vereist dat de inschrijver zélf over een BIPT-vergunning dient te beschikken, en dus niet uitsluit dat hij een beroep zou doen op de draagkracht van een derde teneinde aan die vereiste te voldoen. In punt 6 ‘Offertes’, ‘1. Onderaanneming’ wordt integendeel bepaald dat “[i]n onderaanneming gaan” is toegelaten en dat de inschrijver in zijn offerte dient te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

In zoverre het eerste middel uitgaat van een andere lezing van het bestek, faalt het in rechte. In die omstandigheid dient de exceptie van de verwerende partij aangaande het gebrek aan diligentie van de verzoekende partij om reeds eerder tegen de beweerd onwettige bestekeis op te treden, niet te worden onderzocht.

11. Het enig motief om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen, dat aan de verzoekende partij kenbaar is gemaakt in de brief van 23 december 2019, luidt: “U beschikt niet over de vereiste vergunning [...]”. Ook in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing wordt als motivering van de onregelmatigheid gesteld: “Postalia Belgium bvba heeft geen vergunning van het BIPT om universele post te verzenden” (onder punt b ‘Regelmatigheid’), alsook “Postalia Belgium bvba beschikt niet over de nodige vergunning inzake het geheel van dienstverlening voor de behandeling van universele post (zie bijlage C – punt 1.2. van de offerte van Postalia Belgium bvba)” (onder punt c ‘Voldoen aan de technische en/of logistieke essentiële eisen’).

Noch in het gunningsverslag, noch in de bestreden beslissing wordt gewag gemaakt van het beroep dat de verzoekende partij doet op de draagkracht van de nv Bpost teneinde aan de vereiste van de BIPT-vergunning te voldoen. Dit blijkt nochtans uit haar offerte, namelijk uit het door haar ingevulde offerteformulier (bijlage A), uit de commentaar bij post 1.2 van bijlage C, en uit het ingevulde – zij het niet-ondertekende – UEA voor de nv Bpost als onderaannemer, met bijlagen.

In zoverre de verzoekende partij in het eerste en het tweede middel aanvoert dat haar offerte niet zorgvuldig is onderzocht en dat het motief om haar offerte als onregelmatig te beschouwen – zoals ter kennis gebracht in de brief van 23 december 2019 – niet draagkrachtig is, zijn die middelen gegrond.

12. De motieven opgegeven door de verwerende partij in haar memorie van antwoord betreffende het ongeloofwaardig karakter van het

samenwerkingsverband met de nv Bpost, kunnen dit gebrek aan een afdoende motivering niet remediëren, op het gevaar af de formelemotiveringsplicht volledig uit te hollen. Deze motieven zijn immers niet terug te vinden in enig stuk van het administratief dossier en de verwerende partij toont niet aan dat ze enige rol hebben gespeeld bij het nemen van de bestreden beslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 13 december 2019 van de minister van Defensie waarbij de overheidsopdracht voor het afsluiten van een meerjarig open contract, van bepaalde duur (4 jaar), voor nationale en internationale universele en niet-universele postdiensten wordt gegund aan de nv Bpost, en waarbij de offerte van de bv Postalia Belgium als onregelmatig wordt beschouwd.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig juni tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens