RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.113 van 25 november 2022
in de zaak A. 237.541/XII-9280

In zake: de NV SYMETA HYBRID
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de RIJKSDIENST VOOR JAARLIJKSE VAKANTIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaelle Kiekens, Ian Arnouts en Elise Myin
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV SPEOS BELGIUM
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 21 oktober 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e gemotiveerde gunningsbeslissing van 5 oktober 2022 van de Rijksdienst voor de Jaarlijkse Vakantie inzake de overheidsopdracht genaamd 'openbare procedure met Europese bekendmaking voor het afsluiten van een dienst voor het printen, onder omslag steken, verzendklaar maken en de afgifte van de briefwisseling aan bpost en frankering van de briefwisseling voor rekening van

de Rijksdienst voor Jaarlijkse Vakantie', waarin de opdracht aan Speos Belgium NV wordt gegund".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 november 2022 heeft de nv Speos Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 november 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Louise Galot, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Ian Arnouts en Elise Myin, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De Rijksdienst voor Jaarlijkse Vakantie (RJV) schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp "het printen, onder omslag steken, verzendklaar maken en de afgifte van de briefwisseling aan bpost en de frankering van de briefwisseling", voor de periode van 1 januari 2023 tot 31december 2025.

De opdracht wordt op 6 juli 2022 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 11 juli 2022 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure.

3.2. In deel B. ‘Algemene en technische bepalingen’ van het toepasselijk bestek wordt onder punt 7. ‘Beschrijving van de te presteren diensten en technische minimumeisen’ bepaald dat de te presteren diensten twee elementen omvatten: “enerzijds, het printen, onder omslag steken, verzendklaar maken en de afgifte van de briefwisseling aan bpost en anderzijds, de frankering van de briefwisseling van de RJV die op zijn minst aan de beschreven technische minimumeisen beantwoorden”.

In punt 10. ‘Prijs’ wordt de volgende toelichting gegeven:

“10.1. Prijs

Alle prijzen vermeld in het offerteformulier worden verplicht uitgedrukt in EURO.
[…]
Deze opdracht is volgens prijslijst, hetgeen betekent dat de eenheidsprijzen, afgerond op vijf decimalen (excl. BTW) forfaitair zijn, behalve voor het deel ‘globale prijs voor het administratief beheer’, die tegen een globale, maandelijkse prijs is.

De prijsbepaling omvat voor twee elementen:

Gedeelte	Prijsbepaling
het printen, onder omslag steken, verzendklaar maken en de afgifte van de briefwisseling aan bpost	4 elementen • Fe = de forfaitaire eenheidsprijs per enveloppe • Fp = de forfaitaire eenheidsprijs per blad papier • Fm = de forfaitaire eenheidsprijs voor het printen, onder omslag steken, verzendklaar maken en de afgifte van de briefwisseling aan bpost – per zending • G= de globale, maandelijkse prijs voor het administratief beheer
de frankering van de zendingen	4 elementen, inclusief operationele en/of andere kortingen: • Fbn20 = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde zendingen in België met een gewicht tot 20 gr • Fbn50 = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde zendingen in België met een gewicht van 21 tot 50 gr

	• Fbr = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de aangetekende zendingen in België • Fin = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde internationale zendingen in Europa met een gewicht tot 50 gr *Ter info: het aantal genormaliseerde, internationale zendingen buiten Europa en de internationale, aangetekende zendingen is niet hoog genoeg om een forfaitaire eenheidsprijs te vragen. Het gaat om ongeveer 180 exemplaren per jaar. Tijdens de uitvoering van de opdracht zal de facturatie rekening moeten houden met de reële kost die bpost factureert.*

De prijsverantwoordingsnota

De inschrijver voegt aan het offerteformulier (bijlage ADM1) een nota toe met betrekking tot de prijsbepaling, met als titel 'Prijsverantwoordingsnota' (maximum 20 A4-pagina's), die strikt vertrouwelijk door de aanbesteder behandeld zal worden.
De prijsverantwoordingsnota bevat, in afzonderlijke rubrieken voor elk van de 8 elementen van de prijsbepaling, een becijferd en gedetailleerd overzicht van de berekening van dit element.

De inschrijver vermeldt, voor elk van de 8 elementen van de prijsbepaling apart, welke operationele en/of andere kortingen zullen worden toegepast, verklaart het percentage van deze korting en voegt de nodige stavingsstukken toe.
[…]
Opgelet: Elk voorbehoud of het niet communiceren van de details (inclusief stavingsstukken) van de berekening van de prijszetting, betekent een kwalificatie van substantiële onregelmatigheid van de ingediende offerte, hetgeen in toepassing van artikel 76 KB Plaatsing de nietigheid van de ingediende offerte tot gevolg heeft."

In punt 11.3 'Gunningscriteria' van het bestek worden de volgende gunningscriteria vermeld:

"Twee gunningscriteria (op 100 punten)
• De prijs (80 punten).
• De kwaliteit (20 punten).
Een offerte die minder dan de helft van de punten krijgt voor minstens één van de gunningscriteria, zal uitgesloten worden uit het verdere verloop van de procedure."

Wat de beoordeling van het prijscriterium betreft, bevat het voormelde punt 11.3. van het bestek vervolgens de volgende toelichting:

> "Evaluatie van het gunningscriterium Prijs
>
> a) Prijsvermelding in het offerteformulier (zie 10.1) – bijlage ADM 1)
>
> De inschrijver vermeldt in zijn offerte de prijslijst die de forfaitaire eenheidsprijzen op vijf decimalen (excl. BTW) omvat voor:
>
> • Fe = de forfaitaire eenheidsprijs per enveloppe
> • Fp = de forfaitaire eenheidsprijs per blad papier
> • Fm = de forfaitaire eenheidsprijs voor het printen, onder omslag steken en de voorbereiding voor verzending van de brieven – per zending
> • Fbn20 = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde zendingen in België met een gewicht tot 20 gr
> • Fbn50 = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde zendingen in België met een gewicht van 21 tot 50 gr
> • Fbr = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de aangetekende zendingen in België
> • Fin = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde internationale zendingen in Europa met een gewicht tot 50 gr
>
> en de globale maandelijkse prijs op twee decimalen (excl. BTW), voor:
> • G = de globale, maandelijkse prijs voor het administratief beheer
>
> b) Definitie van Po (= de te evalueren offerteprijs)
> […]."

3.3. Er worden vier offertes ingediend, namelijk door de nv Acto Print en Mailservices, de bvba Postalia Belgium, de nv Speos Belgium, en de nv Symeta Hybrid, zijnde de verzoekende partij.

3.4. De verwerende partij vraagt aan de verzoekende partij, aan de nv Speos Belgium en aan de nv Acto Print en Mailservices op 25 augustus 2022 een verduidelijking van de offerte, omdat bepaalde informatie of documentatie onvolledig is of lijkt te zijn of omdat specifieke documenten ontbreken. De drie voormelde inschrijvers bezorgen de gevraagde informatie.

Vervolgens – op 7 september 2022 – wordt aan de vierinschrijvers “met betrekking tot het prijsonderzoek en de regelmatigheid van de offerte” om verduidelijkingen en/of aanvullingen verzocht, welke zij allen bezorgen.

Aan de nv Speos Belgium wordt met een brief van 16 september 2022 nog om een bijkomende verduidelijking gevraagd “met betrekking tot het prijsonderzoek en de regelmatigheid van de offerte”, welke zij bezorgt met een brief van 21 september 2022.

3.5. Blijkens de “gemotiveerde gunningsbeslissing” van 5 oktober 2022 wordt in het kader van het regelmatigheidsonderzoek “uit de analyse van de offertes en van de antwoorden inzake de bevragingen […] vastgesteld dat de betreffende offertes niet substantieel onregelmatig zijn, behoudens de […] offerte [van Postalia Belgium bvba]”.

De beoordeling van de regelmatige offertes aan de hand van de toetsing aan de gunningscriteria, leidt tot de volgende vaststellingen:

> “5. Bepaling van de economisch meest voordelige offerte in het raam van de gunningscriteria
> De twee gunningscriteria (op 100 punten) worden in het bestek (zie rubriek 11.3.) als volgt omschreven:
> […]
> Na analyse en verbetering van de rekenfouten in de offertes, die gebeurde na bevraging van de inschrijvers, is de te evalueren prijs van de regelmatig bevonden offertes (Po) gelijk aan:

Nr	Inschrijver	Po
1	Acto Print en Mailservices nv	€923.471,42
3	Speos Belgium nv	€892.629,52
4	Symeta Hybrid nv	€1.000.866,99

> Het onderzoek van de regelmatig bevonden offertes heeft de volgende resultaten opgeleverd (conform art. 81 §2, 3° Wet):

Gunningscriterium	Weging punten	Inschrijver 1 Acto Print en Mailservices nv	Inschrijver 3 Speos Belgium nv	Inschrijver 4 Symeta Hybrid nv

Prijs	80	77,33	80,00	71,35
Kwaliteit A_1 plan van aanpak Integriteitscontrole	5	4,00	4,00	4,00
Kwaliteit A_2 plan van aanpak volledigheidscontrole	5	4,00	4,00	4,00
Kwaliteit B_1 plan van aanpak incidentenbeheer proactieve procedure	5	4,00	4,00	4,00
Kwaliteit B_2 plan van aanpak incidentenbeheer reactieve procedure	5	4,00	4,00	4,00
Totaal kwaliteit	20	16,00	16,00	16,00
Totaal	100	93,33	96,00	87,35

De toegekende quotering wordt als volgt gemotiveerd:
[…]”

“Gelet op bovenstaande motieven” beslist de verwerende partij om de opdracht aan de nv Speos Belgium te gunnen.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De nv Speos Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen als exceptie op dat de vordering niet ontvankelijk zou zijn omdat de wettigheidskritieken enkel betrekking hebben op de als eerste gerangschikte inschrijver, terwijl de verzoekende partij pas als derde is gerangschikt.

Voorts stelt de verwerende partij dat het verzoekschrift niet ontvankelijk is omdat het niet zou voldoen aan de verplichting gesteld bij artikel

16, § 1, 5°, van het procedurereglement in kort geding om naast een uiteenzetting van de feiten ook een uiteenzetting te geven van de middelen, zijnde de wijze waarop de aangevoerde rechtsregel of rechtsbeginsel door de bestreden beslissing werd geschonden. De verzoekende partij zou zich immers in beide middelen beperken tot een opsomming van vermoedens, aannames, hypotheses en mogelijkheden, zonder daadwerkelijk enige schending aan te tonen.

Het onderzoek naar deze excepties hangt te dezen samen met het onderzoek van de middelen. Onder voorbehoud van wat volgt, worden de excepties dus verworpen.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

7. Het is wenselijk het tweede middel eerst te behandelen en pas nadien het eerste middel.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’

(hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel, van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en meer bepaald het gelijkheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat […] wat betreft internationale zendingen in het bestek de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde internationale zendingen in Europa met een gewicht tot 50 gr werd gevraagd en dat daarvoor één specifiek tarief is voorzien door bpost, met name 2,10 EUR.
> Terwijl de andere inschrijvers klaarblijkelijk een lager tarief hebben opgegeven, hetgeen de regelmatigheid van die offertes aantast en alleszins de gelijkheid van de inschrijvers schendt."

De verzoekende partij licht toe dat de andere inschrijvers mogelijkerwijze prijzen hebben opgegeven op grond van de zogenaamde "BPI-tarieven". Zij meent dat dergelijke tarieven echter niet konden worden opgegeven omdat het bestek niet de nodige informatie hiervoor verschafte. Om dergelijke "BPI-tarieven" te kunnen opgeven, moeten de inschrijvers volgens de verzoekende partij weten naar welke landen de zendingen worden verstuurd, welke aantallen naar welk land en de gewichten van de zendingen. Al deze informatie is echter niet opgenomen in het bestek. Het komt aan de Raad van State toe kennis te nemen van de door de andere inschrijvers opgegeven frankeringskosten en vast te stellen of die inderdaad verschillen van het tarief van 2,10 euro, volgens de verzoekende partij het enige geldige tarief dat kon worden opgegeven "op basis van het prijselement 'Fin' in het bestek".

Beoordeling

9. Aangezien de verzoekende partij in dit middel haar kritiek richt op de prijszetting van alle andere inschrijvers, en niet enkel op die van de tweede gerangschikte inschrijver, lijkt zij op het eerste gezicht wel degelijk belang te hebben bij het middel.

10. De verzoekende partij voert aan dat overeenkomstig het bestek geen prijs onder 2,10 euro voor “een genormaliseerde internationale zending in Europa met een gewicht tot 50 gr” mocht worden aangeboden. Voor het tarief van 2,10 euro steunt zij op het door bpost gepubliceerd overzicht van frankeringstarieven met frankeermachine. Zij verwijst daarbij zelf naar de mogelijkheid van “BPI-tarieven” maar stelt dat het bestek onvoldoende informatie bevatte om deze tarieven toe te passen.

11. Luidens het bestek vermeldt de inschrijver in zijn offerte de prijslijst voor “Fin = de forfaitaire eenheidsprijs voor de frankering van de genormaliseerde internationale zendingen in Europa met een gewicht tot 50 gr”.

De verwerende partij licht toe dat “BPI” staat voor “b(elgian) post international” en “BPI-tarieven” aldus verwijzen naar de tarieven die gelden voor internationale verzendingen via bpost. Zij verwijst naar de informatiebrochure van bpost die haar tarieven voor bedrijven van 2022 bevat en waaruit blijkt dat voor de betrokken zendingen een onderscheid wordt gemaakt tussen twee systemen: enerzijds het zogenaamd “niet-contractueel tarief” aan 2,10 euro, en anderzijds de specifieke oplossing “Volumail” aangeboden door haar internationale afdeling “Landmark Global” die (in een contractueel kader) zendingen in grote hoeveelheden verwerkt tegen “een bijzonder scherp tarief”. Zo is in de voormelde tarieflijst voor bedrijven opgenomen: “Onze internationale afdeling Landmark Global biedt aan bedrijven die regelmatig grote volumes administratieve post verzenden, Volumail aan. Met deze oplossing worden zelfs uw zendingen in grote hoeveelheden eenvoudig en snel verwerkt tegen een bijzonder scherp tarief.”

Uit de offertes van de andere inschrijvers en uit hun antwoorden op de vraag van de verwerende partij om bijkomende toelichting, en in het bijzonder uit het stuk ‘Excel-bestand met de prijsvergelijking’, stukken die als vertrouwelijk zijn neergelegd en die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat alle andere inschrijvers voor de frankering van deze zendingen inderdaad een beduidend lagere prijs hebben opgegeven dan 2,10 euro, en hiervoor een beroep hebben gedaan op de “BPI-tarieven”.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat het bestek een inschrijver niet zou toelaten om deze voordelige “BPI-tarieven” op te geven en daarbij een gemiddelde prijs van deze tarieven als forfaitaire eenheidsprijs op te geven, zoals de andere inschrijvers – ondanks het ontbreken in het bestek van parameters voor de berekening van dit gemiddelde – wel hebben gedaan. De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat het gebruik van een gemiddelde eenheidsprijs een veel gehanteerde methode van prijszetting is. Zij overtuigt op het eerste gezicht ook waar zij stelt dat de verzoekende partij als zittende dienstverlener bij uitstek over voldoende informatie beschikte om een gemiddelde eenheidsprijs te berekenen en thans een aanzienlijk lager tarief dan 2,10 euro toepast; voorts dat het bevreemdend is dat de verzoekende partij, die in haar offerte zelf erkent dat er voordeligere “BPI-tarieven” bestaan, hierover dan geen vraag heeft gesteld, zelfs niet op het online forum dat ter beschikking stond.

De verzoekende partij antwoordt ter zitting dat, anders dan voor de lopende opdracht waar zij op grond van een postovereenkomst met PostNL een beduidend lager bedrag dient te betalen, er voor deze opdracht geen gebruik kon worden gemaakt van de “BPI-tarieven” omdat overeenkomstig het bestek de zendingen enkel “bij bpost” kunnen worden afgeleverd. Daargelaten of het bestek ook het gebruik van een andere postdienstverlener dan bpost toelaat – zoals volgens de verwerende partij zou kunnen worden afgeleid uit het gebruik van de woorden “of een andere postdienstverlener” in twee bepalingen van het bestek – lijkt de verzoekende partij eraan voorbij te gaan dat precies in het geval de internationale zendingen verplicht dienen te worden afgegeven aan bpost, toepassing kan worden gemaakt van de voordelige “BPI-tarieven”.

12. Het uitgangspunt van het middel, namelijk dat het niet-contractueel, door bpost gepubliceerd tarief voor de betrokken zendingen, het enige geldige tarief is en het aanbod van een lager tarief de regelmatigheid van de offertes aantast en alleszins de gelijkheid onder de inschrijvers schendt, kan bijgevolg niet worden bijgevallen.

De verzoekende partij maakt voorshands dan ook niet aannemelijk dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zouden zijn geschonden.

13. Het tweede middel is niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 5 en 6 van de wet overheidsopdrachten 2016, van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel, alsmede van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij acht het “fundamenteel problematisch” dat de gekozen inschrijver, de nv Speos Belgium, een dochteronderneming is van bpost, met wie verplicht moet worden samengewerkt en die de door de inschrijvers op te geven frankeringskosten bepaalt. Die frankeringskosten bepalen bovendien in zeer grote mate de door de inschrijvers op te geven prijs, en aldus de scores op het gunningscriterium ‘prijs’.

14.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan:

> “(1) dat de aanbesteder […] de gelijkheid tussen de inschrijvers had moeten waarborgen, hetgeen niet gebeurd is,
> (2) dat prijsafspraken tussen Speos Belgium nv en bpost verboden zijn in toepassing van artikel 5 van [de] wet [overheidsopdrachten 2016] en tot de uitsluiting van Speos Belgium nv hadden moeten leiden, en […]
> (3) [dat] bpost, die zich in een situatie van belangenconflict bevindt in de zin van artikel 6 van genoemde wet, zulks aan de verwerende partij had moeten melden, en de verwerende partij in toepassing van genoemd artikel 6 hoe dan ook alle nodige maatregelen had moeten nemen om het mogelijk voordeel dat Speos Belgium nv als dochteronderneming had bij haar prijszetting, te vermijden, hetgeen niet gebeurd is.”

Zij licht toe dat bpost in beginsel, wat de frankeringskosten voor de gewone briefwisseling in België en voor de aangetekende zendingen in België betreft, aan alle partijen dezelfde voorwaarden inzake de basistarieven en de kortingenprogramma’s dient toe te kennen, terwijl bpost hiertoe niet verplicht zou zijn voor internationale zendingen binnen Europa. Zij stelt dat met bpost

weliswaar contracten kunnen worden afgesloten om bepaalde kortingen te genieten onder bepaalde voorwaarden (de zogenaamde “BPI-tarieven”), maar zij sluit niet uit – en op grond van de totaalprijs die de nv Speos Belgium heeft aangeboden, gaat zij daarvan uit – dat bpost aan haar dochter, de nv Speos Belgium, voordeligere tarieven heeft toegekend. Zij vervolgt dat het vanzelfsprekend problematisch is voor de faire mededinging dat een onderneming inschrijft op een opdracht waarvan de uitvoering, en aldus de prijszetting, voor het grootste deel afhangt van de prijzen die de moederonderneming van een van de inschrijvers aan alle inschrijvers aanbiedt. Zij merkt ook op dat het niet is uit te sluiten dat bpost en de nv Speos Belgium in functie van onder meer de onderhavige opdracht prijsafspraken hebben gemaakt met het oog op een lagere prijszetting door de nv Speos Belgium. Daarbij valt op te merken dat bpost eveneens precies weet welke frankeringskosten elke inschrijver zal dienen op te geven aan de verwerende partij, en de voorafgaande kennis van de prijzen die de concurrent zal opgeven een voordeel verschaft aan de nv Speos Belgium bij haar prijsopgave.

Voorts stelt de verzoekende partij dat bpost zich in een situatie van belangenconflict bevindt en beantwoordt aan de omschrijving van dat begrip in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, namelijk “elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, […] indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft”. Zij stelt dat bpost betrokken is bij de uitvoering van de opdracht en haar prijszetting naar de inschrijvers toe een directe invloed heeft op hun inschrijvingsprijs en aldus op het resultaat van de gunningsprocedure. Bijgevolg had bpost, als moederonderneming van de nv Speos Belgium, een melding moeten doen conform artikel 6, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016. Zelfs indien zij geen melding had moeten doen, of indien zij die heeft gedaan, had de verwerende partij zich bewust moeten zijn van deze delicate situatie, en had zij artikel 6, § 1, moeten toepassen, namelijk de nodige maatregelen treffen om die situatie te neutraliseren. Het komt aan de verwerende partij toe om aan de hand van het administratief dossier aan te tonen dat zij deze problematiek heeft bestudeerd.

14.2. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat zij vermoedt, gelet op het grote verschil in de totaalprijs tussen haar offerte en die

van de nv Speos Belgium, dat de door deze laatste opgegeven frankeringskosten voor de genormaliseerde internationale zendingen in Europa met een gewicht tot 50 gr. (Fin) lager liggen dan het officiële tarief van “2,10 EURO PRIOR” van bpost. Zij heeft daarover vragen gesteld met een brief van 11 oktober 2022, waarop de verwerende partij vaag bleef in haar brief van 17 oktober 2022, maar waaruit de verzoekende partij afleidt dat de nv Speos Belgium lagere prijzen heeft aangeboden. Zij vraagt aan de Raad van State dit vast te stellen, en stelt dat, indien dit het geval zou zijn, de nv Speos Belgium dankzij haar moeder-dochterrelatie met bpost een voordeel heeft verkregen dat de normale concurrentie vertekent. In dat geval had haar offerte moeten worden geweerd met toepassing van artikel 5, § 2, 1°, van de wet overheidsopdrachten 2016.

14.3. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat, indien één of meer van de andere inschrijvers in hun offerte frankeringskosten hebben opgenomen die onder de “algemeen geldende frankeringskosten” van bpost liggen, de verwerende partij die had moeten beschouwen als schijnbaar abnormale prijzen die nader hadden moeten worden onderzocht in het kader van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Beoordeling

Vooraf

15. Artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

> “De aanbesteders behandelen de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.”

Artikel 5, § 1, van de voormelde wet bepaalt:

> “Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is

ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.”

Artikel 6, § 1, van die wet luidt:

> “De aanbesteder treft de nodige maatregelen om tijdens de plaatsing en de uitvoering belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.
>
> Het begrip belangenconflict beoogt ten minste iedere situatie waarin een bij de plaatsing of de uitvoering betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.
>
> De Koning kan ook andere situaties benoemen als belangenconflicten.”

16. Voor zover de verzoekende partij betoogt dat de nv bpost een belangrijke rol speelt in de prijszetting van de frankeringskosten voor de internationale zendingen binnen Europa van alle inschrijvers, dat deze kosten het grootste deel uitmaken van het eerste gunningscriterium ‘prijs’, en dat dit criterium preponderant is in de beoordeling (80 van de 100 te verdienen punten), lijkt haar op het eerste gezicht niet te kunnen worden tegengeworpen dat zij pas de derde gerangschikte inschrijver is. Mocht haar kritiek terecht zijn, lijkt dit immers de wettigheid van de gehele procedure aan te tasten.

In die mate kan aan de verzoekende partij het belang bij het middel niet worden ontzegd.

Eerste onderdeel

17. De gekozen inschrijver en de nv bpost zijn volgens de verzoekende partij verbonden ondernemingen in die zin dat de gekozen inschrijver een dochteronderneming zou zijn van bpost.

Dit wordt op zich door de verwerende partij niet ontkend.

18. Voor zover de verzoekende partij op grond van de totaalprijs van de nv Speos Belgium “[er] vanuit [gaat]” dat bpost aan haar dochter voordeligere tarieven heeft toegekend, lijkt dit uitgangspunt op het eerste gezicht niet te worden bevestigd na inzage van de offertes van de andere inschrijvers en in het bijzonder het stuk ‘Excel-bestand met de prijsvergelijking’.

Daaruit blijkt immers op het eerste gezicht dat, wat de zendingen in België betreft, bpost voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden toepast wat de basistarieven en de operationele kortingen betreft – zoals overigens door de verzoekende partij zelf wordt erkend – zodat het prijsverschil tussen de offertes zou kunnen worden verklaard door de mate waarin de inschrijvers die kortingen al dan niet maximaal aanbieden, en dat, wat de internationale zendingen binnen Europa betreft, de gemiddelde eenheidsprijzen aangeboden door de drie andere inschrijvers niet ver uit elkaar liggen.

Voor zover de verzoekende partij alsdan stelt “dat het niet uit te sluiten is” dat bpost en de nv Speos Belgium prijsafspraken hebben gemaakt met betrekking tot de frankeringskosten met het oog op een lagere prijszetting door de nv Speos Belgium dan de concurrentie “omdat bpost [en de nv Speos Belgium] precies weten welke frankeringskosten verzoekende partij zal dienen op te geven”, wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat de verboden prijsafspraken in de zin van artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten doelen op de prijsafspraken tussen inschrijvers onderling.

In ieder geval lijken de verwerende en de tussenkomende partijen te moeten worden bijgevallen waar zij stellen dat er sprake is van louter speculatieve kritiek zonder concreet bewijs. In het bijzonder toont de verzoekende partij niet aan dat de voorafgaande kennis van de betrokken frankeringskosten (inclusief de kortingen) die bpost aanrekent aan de inschrijvers impliceert dat bpost ook voorkennis zou hebben van de prijzen die de inschrijvers uiteindelijk in hun offertes zullen opgeven, laat staan dat de nv Speos Belgium gebruik zou hebben kunnen maken van die voorkennis. Overigens, zoals hoger vastgesteld, lijkt het prijsverschil tussen de frankeringskosten voor de betrokken internationale zendingen opgegeven door de drie andere inschrijvers en deze opgegeven door de verzoekende partij te worden verklaard door het feit dat deze

laatste de mogelijkheid om de voordelige “BPI-tarieven” toe te passen niet heeft benut.

Van een verzoekende partij die van de Raad van State verlangt dat deze zich in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid buigt over een grief inzake het bestaan van een prijsafspraak, mag worden verwacht dat zij met een voldoende helderheid de aanknopingspunten uiteenzet op grond waarvan tot een schending van de aangevoerde bepalingen en beginselen kan worden besloten.

Bij gebrek aan een onderbouwde uiteenzetting van haar stelling, moet in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat de aangevoerde kritiek niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

19. Daarnaast lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht evenmin aan te tonen dat in het voorliggende geval sprake zou zijn van een belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

De verzoekende partij voert niet aan dat de aanbestedende overheid zelf zich *in casu* in een situatie van een belangenconflict met een inschrijver zou bevinden, maar wel een derde dienstverlener die de prijszetting van de inschrijvers zou kunnen bepalen. Anders dan zij stelt, lijkt bpost op het eerste gezicht evenwel niet te beantwoorden aan de kwalificatie als “andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is […] alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben” in voornoemd artikel 6, § 1, tweede lid. Bpost lijkt immers louter als derde betrokken te zijn bij de uitvoering van de opdracht, in de mate dat in het bestek is voorzien in de “afgifte van de briefwisseling aan bpost”, en geen invloed te hebben op de plaatsingsprocedure of het resultaat ervan.

Voorts, zoals hoger vastgesteld, maakt de verzoekende partij voorshands evenmin aannemelijk dat bpost met “haar prijszetting naar de inschrijvers toe […] een directe invloed [heeft] op hun inschrijvingsprijs”,

daargelaten of deze situatie alsdan zou vallen onder de “situatie” zoals omschreven in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Zij toont evenmin concreet aan in welk opzicht hierbij dan sprake zou zijn van “financiële, economische of andere persoonlijke belangen die geacht kunnen worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering” in het gedrang te brengen.

De verwerende partij lijkt integendeel te kunnen worden bijgevallen waar zij stelt dat zij geen indicatie heeft gekregen dat de mededinging zou worden verstoord en bpost de kandidaten ongelijk zou hebben behandeld, zodat er geen noodzaak bestond om maatregelen te treffen.

20. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

21. Voor zover de verzoekende partij in dit tweede onderdeel opnieuw ervan uitgaat dat een inschrijver geen lager tarief dan 2,10 euro mocht opgeven voor een internationale verzending binnen Europa, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede middel om ook dit tweede onderdeel van het eerste middel te verwerpen.

22. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

23. De verzoekende partij betoogt dat indien de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers frankeringskosten hebben opgenomen die onder de “algemeen geldende frankeringskosten” liggen, de verwerende partij die had moeten beschouwen als schijnbaar abnormale prijzen.

24. Zoals weergegeven *sub* 3.2., wordt in het bestek gevraagd dat de inschrijver aan het offerteformulier een nota toevoegt met betrekking tot de prijsbepaling, met als titel ‘Prijsverantwoordingsnota’. In deze nota dient in afzonderlijke rubrieken voor elk van de acht elementen van de prijsbepaling een

becijferd en gedetailleerd overzicht van de berekening te worden gegeven, alsook te worden vermeld welke operationele en/of andere kortingen zullen worden toegepast, en het percentage van deze korting te worden verklaard, met de nodige stavingsstukken.

Uit het administratief dossier blijkt dat elke inschrijver een dergelijke prijsverantwoordingsnota heeft bezorgd, en dat de verwerende partij de prijzen heeft onderzocht, waarbij onder meer de gekozen inschrijver om een bijkomende verantwoording en verduidelijking werd verzocht.

De verwerende partij beschikt in het kader van dat algemeen prijsonderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een onderzoek naar de aanwezigheid van abnormale prijzen in te zetten.

Er weze herhaald dat uit het administratief dossier op het eerste gezicht blijkt, wat de zendingen in België betreft, dat de prijsverschillen lijken te kunnen worden verklaard door de mate waarin de inschrijvers de kortingen van bpost al dan niet maximaal in hun offerte aanbieden; voorts dat de frankeringskosten die de drie andere inschrijvers in hun offerte hebben aangeboden voor de internationale zendingen binnen Europa in elkaars buurt liggen, en gesteund zijn op de voornoemde “BPI-tarieven”, die voordeliger zijn dan de “algemeen geldende frankeringskosten” die de verzoekende partij heeft opgegeven.

In die omstandigheden maakt de verzoekende partij voorshands niet aannemelijk dat de verwerende partij de door de andere inschrijvers aangeboden eenheidsprijzen als abnormaal laag had dienen te beschouwen. Een bevraging met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt zich op dat vlak bijgevolg niet te hebben opgedrongen, net zomin als enige bijkomende motivering dan die welke is opgenomen in de bestreden beslissing.

25. Het derde onderdeel is niet ernstig.

26. Het eerste middel is in geen van haar onderdelen ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Speos Belgium 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 vijfentwintig november tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Patricia De Somere**