

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 192.276 van 9 april 2009
in de zaak A. 191.866/XII-5758.**

In zake : de NV IMTECH TELECOM,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Van Raemdonck en J. Ghysels,
kantoor houdende te 1170 Brussel,
Terhulpesteenweg 187

tegen :

de FLANDERS INVESTMENT & TRADE (FIT),
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Devers,
kantoor houdende te Gent,
Kouter 71-72.

tussenkommende partij :

de NV BELGACOM,
die woonplaats kiest bij
advocaten K. Wauters en K. Geelen,
kantoor houdende te Hasselt,
Gouverneur Roppesingel 131.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Imtech Telecom op 20 maart 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van

- “- de beslissing van het FIT van niet gekende datum om de opdracht voor de aanneming van diensten met betrekking tot het implementeren en beheren van een internationaal IP-based WAN-netwerk. volgens bestek ‘WAN-NET/2007/08’, toe te wijzen aan Belgacom,
- de beslissing van het FIT van niet gekende datum om de NV Belgacom te selecteren op de shortlist,”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 23 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 april 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 30 maart 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Belgacom vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Ghysels, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat H. Vermeire, die loco advocaat P. Devers verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat K. Wauters, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

De gegevens van de zaak

1. Flanders Investment & Trade (FIT), het Vlaams Agentschap voor Internationaal Ondernemen, extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, heeft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uitgeschreven voor het toewijzen van een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten met betrekking tot het implementeren en beheren van een internationaal IP-based WAN-netwerk.

Volgens het toepasselijke bestek is het doel van de opdracht

“de nodige informatie en oplossingen te verschaffen aan Flanders Investment & Trade teneinde een passende internationaal-georiënteerde Wide Area Network (WAN) oplossing te kunnen selecteren en een samenwerking af te sluiten met de leverancier van dit volledig beheerd “site-to-site Wide Area Network (WAN)”.

Het doel van de voorgestelde netwerkoplossing is een optimalisering te verkrijgen van de uitwisseling van informatie tussen de centrale (“Vlaamse”) sites van Flanders Investment & trade en zijn internationale sites.

Daarnaast dienen de internationale sites op een transparante en performante wijze toegang te kunnen verkrijgen tot de, “centraal gehoste”, business kritische applicaties en informatiebronnen”.

De opdracht werd bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en het Europees Publicatieblad op 8 november 2007. Het betreft een opdracht voor een periode van drie jaar, die bij overwegend positieve evaluatie verlengd wordt met twee jaar.

2. Het bestek bepaalt dat van de geselecteerde inschrijvers een gedetailleerd en volledig uitgewerkt voorstel wordt verwacht, dat vervolgens op grond van de gunningscriteria een shortlist zal worden opgesteld met 1 of 2 dienstverleners, dat enkel met deze kandidaten onderhandelingen zullen worden gevoerd waarna zij zullen gevraagd worden om een Best and Final Offer (BAFO) in te dienen.

3. Vijf kandidaten dienen zich aan, die allen worden geselecteerd en een offerte indienen. De offertes worden geopend op 3 maart 2008.

Na een mondelinge presentatie van alle offertes wordt aan de vijf kandidaten een identieke, schriftelijke vragenlijst toegezonden die door de kandidaten wordt beantwoord.

4. Op 30 juli 2008 beslist de gedelegeerd bestuurder van het FIT dat de NV Imtech Telecom en de NV Belgacom op grond van de gunningscriteria de economisch meest voordelige oplossingen aanbieden en dat beide inschrijvers worden opgenomen op de shortlist. Imtech Telecom behaalt een totaalscore van 88,15/100 punten en Belgacom van 83,30/100 punten.

5. Met beide inschrijvers worden nadere onderhandelingen gevoerd waarna zij worden uitgenodigd om een BAFO in te dienen.

6. Beiden dienen op 17 oktober 2008 hun BAFO in.

7. In het gunningsverslag van 25 februari 2009 wordt aan Belgacom een eindscore toegekend van 92,00/100 en aan Imtech Telecom van 90,54/100 punten.

8. Eveneens op 25 februari 2009 wordt beslist om de opdracht toe te wijzen aan de nv Belgacom.

9. Bij brief van 10 maart 2009 wordt aan de nv Imtech Telecom meegedeeld dat de opdracht niet aan haar wordt toegewezen. Tevens wordt in de brief een wachttermijn toegekend van 10 kalenderdagen.

10. Bij brief van 12 maart 2009 wordt het gunningsverslag meegedeeld aan de nv Imtech Telecom aangezien dit per vergissing niet zou zijn meegestuurd met de brief van 10 maart 2009.

De korte debatten

11. Op de vraag van verzoekende partij om de bestreden beslissingen omwille van het beweerd kennelijk gegrond karakter van het beroep onmiddellijk nietig te verklaren wordt niet ingegaan, aangezien de middelen zich op het eerste gezicht niet lenen tot korte debatten.

De vertrouwelijkheid van stukken

12. Tussenkomen de partij verwijst op bladzijde 5 van haar verzoekschrift naar artikel 21bis, § 3 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en vraagt “dat een aantal als vertrouwelijk te beschouwen gegevens in haar offerte met name prijsgegevens, vertrouwelijke technische commerciële gegevens, ... niet worden meegedeeld aan concurrenten.” De aanbestedende overheid heeft echter de offertes van verzoekende en tussenkomen de partij integraal neergelegd als stuk zonder de Raad van State om een vertrouwelijke behandeling van deze stukken of onderdelen ervan te vragen. Aldus werd de vertrouwelijkheid ervan reeds gelicht door de verwerende partij en dit onder haar verantwoordelijkheid. Het verzoek heeft dus geen grondslag.

Ten overvloede dient te worden vastgesteld dat tussenkomen de partij haar verzoek slechts summier formuleert in het midden van haar verzoekschrift en niet in haar begeleidend schrijven. Bovendien laat zij na op concrete wijze aan te geven welke onderdelen van haar offerte precies vertrouwelijk zouden zijn zodat niet valt in te zien hoe de Raad van State dit in haar plaats zou kunnen doen.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

13. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

De middelen

14. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekende partij in een eerste middel, gericht tegen de eerste en tweede bestreden beslissing, de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie, zoals opgenomen in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel patere legem quam ipse fecisti en de motiveringsverplichting.

Zij betoogt daartoe in essentie dat het voorzien in een internetbreakout en de beveiliging ervan een harde eis vormt die opgelegd is in het bestek. Volgens verzoekende partij is de initiële offerte van tussenkomende partij niet conform met het bestek aangezien deze in haar offerte niet in een internetbreakout heeft voorzien en daarin ook in haar antwoorden op de vragenlijst nog steeds niet voorziet. Aldus kon volgens haar onmogelijk aan tussenkomende partij in de scoretabel voor de bepaling van de shortlist een score van 7 worden toegekend voor het onderdeel internetbreakout. Aangezien de offerte van tussenkomende partij substantieel onregelmatig was, kon zij volgens verzoekende partij niet worden opgenomen op de shortlist. Bovendien zou het feit dat tussenkomende partij niet in een internetbreakout voorziet een vertekening geven van de prijs: waar tussenkomende partij geen prijs opgeeft, vertegenwoordigt dit in de BAFO-offerte van verzoekende partij een bedrag van 99.778,41 euro. Ook de BAFO-offerte van tussenkomende partij zou op ditzelfde punt niet beantwoorden aan het bestek. De motiveringsverplichting zou zijn geschonden omdat er geen enkel motief wordt aangevoerd waarom in de beoordeling van de offerte van tussenkomende partij mag worden voorbijgegaan aan het criterium internetbreakout.

15. In een tweede middel, uitsluitend gericht tegen de eerste bestreden beslissing, voert verzoekende partij eveneens de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie, zoals opgenomen in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de motiveringsverplichting.

Verzoekende partij stelt in essentie dat de opdracht ten onrechte werd toegewezen aan tussenkomende partij niettegenstaande deze geen internetbreakout heeft aangeboden en daarmee een harde eis van het bestek zou hebben geschonden. Zelfs indien de offerte toch besteksconform zou worden geacht, kon voor wat betreft de internetbreakout dan enkel een score 0 worden gegeven, zodat verzoekende partij de hoogste score zou hebben behaald. Zij wijst er ook hier opnieuw op dat door niet in een internetbreakout te voorzien de prijs van tussenkomende partij ook lager is, wat ten onrechte tot een hogere score voor tussenkomende partij op het criterium prijs zou hebben geleid. Bijgevolg zou ofwel de prijs in de offerte van tussenkomende partij moeten zijn verhoogd met de prijs voor een internetbreakout, ofwel de prijs in de offerte van verzoekende partij moeten zijn verlaagd met de door haar opgegeven prijs voor een internetbreakout. In beide gevallen zou de offerte van verzoekende partij goedkoper zijn dan die van tussenkomende partij.

Beoordeling

16. Het bestek vermeldt bij het eerste gunningscriterium inzake de technische inhoud van het voorstel onder meer “de mogelijkheid tot ‘internetbreakout’”.

Het bestek bevat hieromtrent onder meer de volgende technische bepalingen :

“2.4.4. Internetarchitectuur

Internettoegang voor de internationale FIT-sites kan via de bestaande internetconnectiviteit en internettoegang op de hoofdzetel (Brussel) aangeboden worden (momenteel 10 mbps-verbinding via BELNET).

Daarnaast dient echter een volledig beveiligde centrale en/of decentrale ‘rechtstreekse internetbreakout’ (dus niet via de hoofdzetel en BELNET-aansluiting te Brussel) voor de internationale FIT-sites tot de mogelijkheden te behoren.

Deze ‘internetbreakout’ moet toelaten ten allen tijde toch internetcommunicatie op de internationale FIT-sites te activeren en mogelijk te maken, zelfs bij volledige uitval van de FIT-hoofdzetel in Brussel.

Standaard dient internettoegang op elke internationale FIT-site ‘via de FIT-hoofdzetel (Brussel)’ ingesteld te staan maar hogergenoemde ‘rechtstreekse internetbreakout’ dient op elke internationale FIT-site eenvoudig te kunnen worden geactiveerd /gedesactiveerd.

2.4.5. Securityvereisten

Beveiliging is een belangrijk onderdeel dat aanwezig en volledig geïntegreerd dient te zijn in de aangeboden netwerkarchitectuur.

De internettoegang (en daarbij aanwezige securityvoorzieningen) op de FIT-hoofdzetel (Brussel) kunnen door de remote sites aangewend worden om aldus (via het WAN-netwerk) internettoegang via de centrale site te verkrijgen (zie 2.4.4.)

Echter zoals reeds eerder gesteld en mede gezien de internationale FIT-sites de mogelijkheid dienen te hebben om centraal en/of decentraal over een ‘rechtstreekse internetbreakout’ te beschikken (zie 2.4.4), dienen beveiligings- en beschermingsmaatregelen voor alle aan te sluiten FIT-sites tegen security breaches, hacking, malwareinfecties, enz. vanaf het WAN, voorzien en geïmplementeerd te worden teneinde inbraak/besmetting op het lokaal LAN van een FIT-site - en bij uitbreiding de LAN’s op andere FIT-sites of zelfs het volledige FIT-netwerk - te voorkomen”.

Het is voor de Raad van State, zonder daarin te kunnen worden bijgestaan door een deskundige -kenmerk van de wettelijk opgelegde uiterst dringende procedure- niet mogelijk om decisieve uitspraken te doen over de technische betwistingen die tussen partijen bestaan en die te dezen de invulling betreffen van de begrippen “internetbreakout” in de lokale of centrale toepassing daarvan.

Hierna volgt aldus slechts een hoogst voorlopige beoordeling.

Het aangehaalde bestek lijkt op het eerste gezicht in te houden dat de internettoegang voor de internationale FIT-sites normaal gezien via de FIT-hoofdzetel te Brussel en de daar aanwezige internettoegang kan worden aangeboden, maar dat daarnaast ook in een volledig beveiligde rechtstreekse centrale en/of decentrale internetbreakout -die dus niet via de hoofdzetel en BELNET-aansluiting te Brussel verloopt- dient te worden voorzien. De vermeldingen in de vragenlijst lijken hieraan geen afbreuk te doen. Prima facie kan het standpunt van verwerende partij worden gevolgd waar zij stelt dat het bestek de keuze liet tussen een centrale rechtstreekse internetbreakout -zoals blijkbaar gekozen door tussenkomende partij- en een decentrale rechtstreekse internetbreakout -zoals uiteindelijk in haar BAFO-offerte blijkbaar gekozen door verzoekende partij-.

In de beslissing van 30 juli 2008 aangaande het vaststellen van de short-list wordt voor wat betreft de vereiste internet-breakout aan de offerte van verzoekende partij 8,5 punten toegekend, tegenover 7 punten aan de offerte van tussenkomende partij. Uit het zogenaamde “selectieverslag” blijkt dat tussenkomende partij in haar eerste offerte in een centrale internetbreakout heeft voorzien, opgesteld bij tussenkomende partij, en dus onafhankelijk van de hoofdzetel. De internettoegang voor zowel de hoofdzetel als de “remote sites” wordt gerealiseerd in het “MPLS-netwerk” aan de hand van de “shared Belgacom Managed Netfirewall” met “een voor FIT gealloceerde symmetrische bandbreedte van 6 mbps”.

Uit dit verslag lijkt bovendien te kunnen worden afgeleid dat ook de andere inschrijvers gekozen hadden voor een centrale internetbreakout. Tevens blijkt uit dat verslag dat verzoekende partij in haar eerste offerte had aanbevolen om op de remote sites geen rechtstreekse lokale internetbreakout te voorzien. Wel merkte zij blijkbaar op dat “indien rechtstreekse lokale breakout toch gewenst zou zijn”, dit alsnog kan worden ingesteld. In haar BAFO-offerte lijkt zij uiteindelijk toch te hebben gekozen voor de lokale rechtstreekse internetbreakout.

In het gunningsverslag betreffende de BAFO-offertes wordt voor wat betreft de vereiste internet-breakout aan de offerte van verzoekende partij 9,5 punten toegekend, tegenover 8,5 punten aan de offerte van tussenkomende partij.

Uit het verslag blijkt dat tussenkomende partij ook in haar BAFO-offerte in een centrale internetbreakout heeft voorzien zoals in haar eerste offerte. Het verslag stelt dienaangaande dat “permanente internettoegang voor de internationale sites wordt gerealiseerd via een Internetgateway in het Explore netwerk (het MPLS-netwerk).” Wel werd de voor FIT gealloceerde, symmetrische internetbandbreedte blijkbaar verhoogd van 6 mbps in het origineel voorstel naar 10 mbps in de BAFO.

Uit het voorgaande lijkt te kunnen worden besloten dat tussenkomende partij zowel in haar eerste offerte als in haar BAFO-offerte voorzien heeft in een internetbreakout die lijkt te beantwoorden aan de vereisten van het bestek. Het eerste en tweede middel van verzoekende partij, die beide vertrekken van het uitgangspunt dat tussenkomende partij in haar offertes niet in een internetbreakout zou hebben voorzien, lijken dan ook feitelijke grondslag te missen.

Voorts wordt zowel in het eerste verslag inzake het vaststellen van de shortlist als in het gunningsverslag betreffende de BAFO-offertes de score voor wat betreft het vereiste van de “internetbreakout” van de offerte van tussenkomende partij gemotiveerd onder de titel “internetbreakout”, met verwijzing naar hetgeen ook werd uiteengezet onder de titels “performantie” en “beveiliging”, zodat niet lijkt aangetoond op welke wijze niet aan “de geschonden geachte motiveringsverplichting” zou zijn voldaan.

Evenmin lijkt aldus te zijn aangetoond dat er een schending is van het gelijkheidsbeginsel. Ook hieromtrent lijkt verzoekende partij immers van het verkeerde uitgangspunt te vertrekken dat tussenkomende partij niet in een internetbreakout zou hebben voorzien zoals gevraagd in het bestek waardoor haar prijs lager zou liggen. Uit de stukken van het administratief dossier lijkt echter dat zij in een centrale rechtstreekse internetbreakout heeft voorzien en daarvoor ook haar prijzen heeft opgegeven.

Het eerste en tweede middel zijn niet ernstig.

17. Geen van de middelen is ernstig zodat niet is voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vermeld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Belgacom in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negen april 2009, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.