

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 217.993 van 15 februari 2012  
in de zaak A. 191.866/XII-5758**

In zake: de NV IMTECH TELECOM  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Jean Jacques Van Raemdonck en Jan Ghysels  
kantoor houdend te 1170 Brussel  
Terhulpsessesteenweg 187  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

FLANDERS INVESTMENT & TRADE,  
Vlaams agentschap voor internationaal ondernemen,  
extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Patrick Devers  
kantoor houdend te 9000 Gent  
Kouter 71-72  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BELGACOM  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Kris Wauters en Koen Geelen  
kantoor houdend te 3500 Hasselt  
Gouverneur Roppesingel 131  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 20 maart 2009, strekt tot de  
nietigverklaring 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”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 192.276 van 9 april 2009 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

De nv Belgacom heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 30 juni 2009.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 december 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Ghysels, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft 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. Flanders Investment & Trade (FIT), het Vlaams agentschap voor Internationaal Ondernemen, extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een overheidsopdracht voor een aanneming van diensten met betrekking tot het implementeren en beheren van een internationaal IP-based WAN-netwerk.

Het doel van de opdracht is:

“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.”

3.2. De opdracht wordt 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 een overwegend positieve evaluatie verlengd wordt met twee jaar.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek WAN-NET/2007/08.

Het bestek bepaalt, wat het verloop van de gunningsprocedure betreft, dat de geselecteerde inschrijvers een gedetailleerd en volledig uitgewerkt voorstel moeten indienen. Vervolgens zal aan de hand van de gunningscriteria een shortlist worden opgesteld met één of twee dienstverleners. Enkel met deze kandidaten zullen onderhandelingen worden gevoerd waarna zij zullen worden gevraagd om een Best and Final Offer (BAFO) in te dienen.

Voorts bepaalt het bestek dat de offertes zullen worden getoetst aan de hand van vier gunningscriteria. Het bestek vermeldt bij het eerste gunningscriterium inzake de technische inhoud van het voorstel - waaraan een weging van 35 % van de punten wordt toegekend - als zevende en laatste beoordelingselement “de mogelijkheid tot ‘internetbreakout’”.

De “toekomstige” Wide Area Network (WAN) – architectuur en de technische vereisten en kenmerken ervan worden nader omschreven onder de punten 2.3 en 2.4 van het bestek.

Wat in het bijzonder de internetarchitectuur en de vereisten inzake beveiliging betreft, bevat het bestek de volgende technische bepalingen:

#### “A.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 BELNETaansluiting 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 FIThoofdzetel (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 netwerkkarchitectuur.

De internettoegang (en daarbij aanwezige securityvoorzieningen) op de FIThoofdzetel (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”.

3.4. Vijf kandidaten, waaronder de nv Imtech Telecom en de nv Belgacom, worden geselecteerd en dienen een offerte in. De offertes worden geopend op 3 maart 2008.

3.5. Na een mondelinge presentatie van de offertes wordt aan de vijf kandidaten een identieke, schriftelijke vragenlijst toegezonden. In de vragenlijst wordt door FIT nog het volgende opgemerkt over de internettoegang, “internetbreakout” mogelijkheden en internetservices:

“- Tijdens de toelichtingsvergadering werden een aantal aandachtspunten besproken m.b.t. de centrale Internettoegang, m.b.t. de Internet break-out mogelijkheden (redundantie, geografische spreiding, latency,...) op de remote FIT-posten en mbt te implementeren Internetservices (IDS, IPS, antivirus, antimalware beschermingslagen, URL-filtering, ...)

- Van de inschrijver wordt verwacht, daar waar van toepassing, deze aandachtspunten te verwerken in de Internettoegangsproblematiek voor centrale en remote FIT-posten en alsdusdanig een bijgewerkt/herwerkt Internettoegang/break-out voorstel uit te werken.

- Naast de herwerking van deze Internettoegangsmaterie en eventuele bijkomende Internetbeveiligingsservices (bescherming tegen malware, antivirus, IDS, IPS,...) wordt eveneens gevraagd om aan Flanders Investment & Trade een duidelijk kostprijsoverzicht van deze herwerking aan te bieden en de implicaties op het initieel kostprijsoverzicht (zie 1. Inventaris)”.

3.6. In een schrijven van 30 mei 2008 antwoordt de nv Belgacom het volgende met betrekking tot de internettoegang:

“Wat de internettoegang betreft stellen we een centrale access voor te Brussel. Dit is de meest veilige oplossing (zie pag. 7). Indien gewenst kunnen we echter bekijken wat de prijs is voor lokale internet gateways.”

De internettoegang, “internetbreakout” mogelijkheden en internetservices worden verder uitgewerkt op blz. 7 en 8 van het antwoord van Belgacom op de vragenlijst.

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

Dit is de tweede bestreden beslissing.

In het verslag tot bepaling van de shortlist wordt over de gevraagde “internetbreakout” in de offerte van de nv Belgacom vermeld:

“Er is op de remote sites geen lokale Internetconnectiviteit / Internetbreakout voorzien (zie ook ‘Performantie’ en ‘Beveiliging’). Internettoegang voor zowel de hoofdzetel als voor de remote sites wordt gerealiseerd ‘in het MPLS-netwerk adhv de shared Belgacom Managed NetFirewall met een voor FIT gealloceerde symmetrische bandbreedte van 6 mbps’.

De huidige BELNET-internetconnectiviteit en firewall- architectuur op de hoofdzetel wordt in het voorstel niet hergebruikt.

Alternatieve geografische Internettoegangen / Internetbreakouts zijn niet voorzien. Mbt mogelijk optredende latency-problemen voor ‘verre sites’ (er wordt slechts één Internettoegang voorzien, additionele geografisch verspreide Internetbreakout locaties worden niet voorzien) beweert Belgacom dat de MPLS-latency zelfs voor de meest verre locaties (bvb China) slechts 300 msec bedragen (ter vergelijking, binnen Europa < 100 msec”.

Vervolgens wordt in het verslag aan de offerte van de nv Belgacom een score van 7 punten toegekend, tegenover 8,5 voor het voorstel van de nv Imtech Telecom.

3.8. Met beide inschrijvers worden verdere onderhandelingen gevoerd. Vervolgens worden ze beide uitgenodigd om een BAFO in te dienen, wat zij allebei doen op 17 oktober 2008.

In haar BAFO-offerte zet de nv Belgacom haar voorstel voor de “toekomstige” WAN-architectuur uiteen onder punt 7.2.3. Wat in het bijzonder de internettoegang betreft, merkt zij op:

“Belgacom levert via een gateway in het Explore netwerk permanente Internet Connectiviteit aan bedrijfsnetwerken. Via het Explore-netwerk wordt er een permanente ‘always-on’ verbinding gecreëerd tussen uw netwerk en de internettoegang. Belgacom stelt voor om deze toegang te gebruiken voor de internationale sites en om op nationaal niveau gebruik te blijven maken van de huidige Belnet access. De Explore internettoegang kan natuurlijk altijd gebruikt worden als backup voor de Belnet verbinding. Zo komt FIT aan een extra beveiliging op de hoofdsite.

Belgacom Explore biedt een reeks profielen van 256 Kbps tot 1 Gbps aan. In deze offerte is een toegang van 10 M voorzien”.

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

In het gunningsverslag wordt wat de “internetbreakout” betreft voor de offerte van de nv Belgacom de motivering die in het verslag tot bepaling van de shortlist was opgenomen, letterlijk herhaald. Uit de scoretabel blijkt dat de

nv Belgacom voor dit beoordelingselement nu 8,5 punten behaalt, tegenover 9,5 punten voor de nv Imtech Telecom.

3.10. Diezelfde 25 februari 2009 wordt beslist om de opdracht toe te wijzen aan de nv Belgacom. Dit is de eerste bestreden beslissing.

#### *IV. Onderzoek van de middelen*

##### *Uiteenzetting van de middelen*

4.1. Verzoekende partij voert twee middelen aan tegen de bestreden beslissingen.

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

Zij voert in essentie aan dat de offerte van de nv Belgacom niet in de door het bestek vereiste “internetbreakout” voorziet. Deze offerte was dan ook substantieel onregelmatig en had bijgevolg niet op de shortlist mogen worden opgenomen. Het ontbreken van een “internetbreakout” heeft ook een vertekenend effect op de prijs. In de offerte van verzoekende partij betekent de “internetbreakout” een bedrag van 99.778,41 euro. Er wordt niet gemotiveerd waarom in de beoordeling van de offerte van de nv Belgacom mag worden voorbijgegaan aan het criterium “internetbreakout”.

Verzoekende partij omschrijft in haar betoog het begrip “internetbreakout” als “een alternatieve toegang tot het internet ten opzichte van de internettoegang via de hoofdzetel van FIT te Brussel”.

4.3. In het tweede middel – enkel gericht tegen de eerste bestreden beslissing – roept verzoekende partij de schending in van het gelijkheidsbeginsel

en het verbod op discriminatie zoals opgenomen in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de motiveringsverplichting.

Zij voert daartoe in essentie aan dat door niet in een “internet-breakout” te voorzien, de nv Belgacom het bestek heeft geschonden. Zelfs indien de offerte toch besteksconform zou zijn, dan nog kon voor het criterium “internetbreakout” enkel een nulscore worden gegeven aan de nv Belgacom, zodat verzoekende partij de hoogste score zou hebben behaald.

4.4. Verzoekende partij stelt wat beide middelen betreft voor om een deskundige aan te stellen om de Raad van State bij te staan.

5. Verwerende partij betwist de feitelijke gegrondheid van de middelen: volgens haar liet het bestek de keuze tussen een centrale en een decentrale “internetbreakout”. De nv Belgacom heeft gekozen voor een centrale “internetbreakout”, verzoekende partij voor een decentrale. De stelling van verzoekende partij dat de nv Belgacom niet in een “internetbreakout” heeft voorzien is dan ook onjuist.

Verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat het aanstellen van een deskundige overbodig is.

6. Tussenkomen partij sluit zich in haar verzoekschrift tot tussenkomst aan bij verwerende partij en betoogt dat zij inderdaad in een centrale “internetbreakout” heeft voorzien. Volgens tussenkomende partij dient het begrip “internetbreakout” te worden opgevat als “een toegang vanuit het privé-netwerk naar het publieke internet”.

7. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij de middelen verdraait en verduidelijkt zij dat het in haar middelen niet gaat om de keuze tussen centrale en decentrale internetbreakout, maar om de niet-conformiteit van de offerte van de nv Belgacom omdat de nv Belgacom voor de internationale sites slechts in één

internettoegang zou voorzien via een locatie in eigendom van de nv Belgacom en dat er dus niet in een alternatieve toegang of “internetbreakout” is voorzien voor de internationale sites, noch centraal, noch decentraal.

### *Beoordeling*

8. In het auditorsverslag worden de beide middelen tezamen onderzocht en besproken. Er wordt vastgesteld dat de betwisting tussen de partijen een dermate technisch gehalte heeft dat de aanstelling van een deskundige aangewezen is.

Uit het voorgaande, zo vervolgt de auditor, is immers gebleken dat de partijen het oneens zijn over de vraag hoe het begrip “internetbreakout” in de zin van het bestek dient te worden begrepen. Voorts rijst de vraag of de initiële en BAFO offerte van de nv Belgacom voldoen aan de in het bestek gestelde technische eisen inzake Internetarchitectuur en Veiligheid (punten 2.4.4 en 2.4.5 van het bestek) en in het bijzonder de “mogelijkheid tot internetbreakout”.

Daarbij merkt het auditoraat nog op dat de mogelijkheid van een “internetbreakout” een subcriterium uitmaakt van het eerste gunningscriterium, zodat het niet voldoen aan deze bepalingen minstens van aard is om tot een lagere puntenscore te kunnen leiden voor dit criterium wat op zijn beurt van aard kan zijn om de rangschikking tussen de offertes te beïnvloeden.

9. In het auditorsverslag wordt een voorstel van opdrachtomschrijving voor de deskundige geformuleerd. In hun laatste memories hebben geen der partijen voor dit voorstel inhoudelijke wijzigingen voorgesteld.

10. De Raad van State ziet geen redenen om af te wijken van deze terechte vaststellingen van het auditoraat. De betwisting tussen partijen vertoont inderdaad een dermate technisch karakter dat het aanstellen van een deskundige om de Raad voor te lichten zich opdringt.

Ter terechtzitting nader ondervraagd door de staatsraad-verslaggever uit verwerende partij geen bezwaren meer tegen het aanstellen van een deskundige en stelt zij voor om prof. ir. Koen De Bosschere als deskundige aan te stellen. Verzoekende partij verzet zich niet tegen dit voorstel.

## **BESLISSING**

**1. De debatten worden heropend.**

**2. Prof. Ir. Koen De Bosschere, Universiteit Gent, vakgroep Elektronica en Informatiesystemen, cel ‘Computer Systems Lab’, met kantoor te 9000 Gent, Sint Pietersnieuwstraat 41, wordt aangesteld als deskundige met als opdracht:**

**(1) na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven over het twistpunt tussen de partijen of het begrip “internetbreakout” in het licht van het bestek dient te worden begrepen als “een toegang vanuit het privé-netwerk naar het publieke internet” (standpunt van de tussenkommende partij) dan wel als “een alternatieve toegang tot het internet ten opzichte van de internettoegang via de hoofdzetel van FIT te Brussel” (standpunt van de verzoekende partij).**

**(2) na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven over de vraag of, ingeval de gevraagde “internetbreakout” voor de internationale sites inderdaad een alternatieve toegang betreft die niet via de hoofdzetel van FIT te Brussel verloopt, de initiële offerte en BAFO offerte van de nv Belgacom alle elementen bevat die vereist worden in het bestek inzake Internetarchitectuur en Veiligheid (punten 2.4.4 en 2.4.5 van het bestek) en in het bijzonder of de offerte van de nv Belgacom, naast de centrale internettoegang die zij biedt onafhankelijk van de FIT-hoofdzetel, ook in een standaardinternettoegang voor de internationale FIT-sites via de FIT-hoofdzetel voorziet.**

- de partijen hieromtrent te horen en op hun dienstige vragen te antwoorden.
- dit alles ter griffie neer te leggen, binnen zes maanden na aanvaarding van zijn opdracht, in een beëdigd en met redenen omkleed verslag waarin de opmerkingen van de partijen op het hun in prelectuur medegedeeld verslag worden besproken.

**3. Het door de auditeur-generaal aan te wijzen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek na kennisname van het deskundig verslag.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                 |                  |
|-----------------|------------------|
| Dierk Verbiest, | kamervoorzitter, |
| Johan Lust,     | staatsraad,      |
| Pierre Barra,   | staatsraad,      |
| bijgestaan door |                  |
| Silja Doms,     | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Silja Doms**

**Dierk Verbiest**