

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.423 van 6 september 2021
in de zaak A. 234.339/XII-9122**

In zake: de BV ACADEMIC SOFTWARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Fien D’Haenens
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV EUROFIBER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 augustus 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Secretaris-generaal van het departement Onderwijs en Vorming van de Vlaamse Overheid van 29 juli 2021, namens de Vlaamse Regering, tot gunning van de percelen 1, 2 en 3 van de overheidsopdracht van diensten ‘raamovereenkomst voor de aanlevering van provider- en

internetdiensten voor de Vlaamse onderwijsinstellingen' aan de bv Telenet voor de percelen 1 en 3 en de nv Eurofiber voor perceel 2.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 augustus 2021 heeft de nv Eurofiber gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 september 2021, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Sofie Logie en Fien D’Haenens, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “de aanlevering van provider- en internetdiensten voor de Vlaamse onderwijsinstellingen”.

De opdracht betreft een raamovereenkomst met een looptijd van vier jaar en is opgesplitst in drie percelen, namelijk perceel 1: Vaste datacommunicatie via lagere bandbreedtes en beschikbaarheid, perceel 2: Vaste datacommunicatie via glasvezeltechnologie en perceel 3: Mobiele datacommunicatie (Wifi as a Service).

Ze wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 maart 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 12 maart 2021.

De plaatsingswijze is de mededingingsprocedure met onderhandeling met toepassing van artikel 38, § 1, 1°, c), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de overheidsopdrachtenwet).

3.2. Op 19 april 2021 worden de verzoekende partij, de nv Eurofiber, de nv Microton en de bv Telenet geselecteerd.

3.3. Het bestek nr. OND/HB/Telecom/2021/01 is van toepassing.

De economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld rekening houdende met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die in het bestek nader wordt bepaald:

“De gunningscriteria zijn, samen met het hen toegekende gewicht:

➤ Prijs telt mee voor 40%

➤ Kwaliteit telt mee voor 40%

verder geoperationaliseerd op basis van de volgende elementen uit het bestek:

o Beveiliging 10%

o Services 10%

o SLA's 10%

o Handling/administratie 10%

➤ Omvang en flexibiliteit van het dienstenpakket telt mee voor 20%

verder geoperationaliseerd op basis van de volgende elementen uit het bestek:

o Dekkingsgraad (voor 10%)

o Differentiatie van het aanbod (voor 10%).”

Bij het bestek is geen inventaris gevoegd.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 19 mei 2021.

De verzoekende partij en de bv Telenet dienen een offerte in voor de percelen 1, 2 en 3. De nv Eurofiber dient een offerte in voor perceel 2, de nv Microtron voor perceel 3.

3.5. Na onderhandelingen worden alle inschrijvers uitgenodigd een BAFO in te dienen op uiterlijk 18 juni 2021, wat zij allen doen.

3.6. Op 29 juni 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.7. Bij beslissing van 29 juli 2021 gunt de secretaris-generaal van het departement Onderwijs en Vorming onder verwijzing naar het gunningsverslag de percelen 1 en 3 aan de bv Telenet en het perceel 2 aan de nv Eurofiber.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomenst

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

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

In de procedureregeling wordt niet in een dergelijk stuk voorzien. Het wordt dan ook slechts in aanmerking genomen in de mate dat het de neerslag vormt van de door de verzoekende partij ter terechtzitting gegeven toelichting.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Excepties opgeworpen door de tussenkomende partij

6.1. De tussenkomende partij werpt in de eerste plaats op dat de verzoekende partij, wil zij de vereiste hoedanigheid hebben om de vordering in te stellen, moet zijn geregistreerd als operator bij het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna: BIPT) om aldus de gevraagde diensten te mogen aanbieden. De verzoekende partij is echter niet geregistreerd en mag de raamovereenkomst dus niet uitvoeren. Voorts mag de verzoekende partij zich niet beroepen op haar onderaannemer de nv Proximus aangezien de selectieleidraad dit niet toestaat voor het voldoen aan de criteria inzake geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen.

Voorts betoogt de tussenkomende partij dat het aanbieden van de gevraagde internet- en providerdiensten evenmin kan worden ingepast in het statutair doel van de verzoekende partij zodat zij geen daarop betrokken vordering mag instellen.

Ten slotte ontkent de tussenkomende partij de verzoekende partij het belang bij de gevraagde schorsing omdat de offerte van de verzoekende partij voor perceel 2 substantieel onregelmatig zou zijn. Deze offerte bevat immers geen aansluitkosten, minstens gedeeltelijk, en de verzoekende partij biedt niet de in het bestek gevraagde gegarandeerde connectiviteit aan.

Beoordeling

6.2.1. Zoals de Raad van State reeds meermaals heeft opgemerkt, lijken excepties in een procedure zoals de voorliggende slechts te mogen worden bijgevallen wanneer ze een ernst hebben die volkomen apert is, temeer wanneer de verwerende partij in haar selectie- en gunningsbeslissing geen enkele opmerking hierover heeft gemaakt, en aldus de verzoekende partij zelf probleemloos heeft geselecteerd en haar offerte ontvankelijk bevonden.

Te dezen lijkt deze ernst voor geen enkele van de opgeworpen excepties voldoende aanwezig.

6.2.2. De BIPT-registratie lijkt een nieuw element dat in de selectie- en gunningsfase niet uitdrukkelijk aan bod is gekomen. De wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ waaruit de tussenkomende partij de registratieplicht afleidt, is overigens niet opgenomen in het bestek als toepasselijke regelgeving. De onderaannemer van de verzoekende partij, namelijk de nv Proximus, lijkt over dergelijke registratie te beschikken.

In de mate dat de tussenkomende partij wijst op een probleem ten opzichte van de statuten van de verzoekende partij, volstaat het op te merken dat het statutaire doel van de verzoekende partij zeer ruim is omschreven zodat het niet onomstotelijk lijkt dat internet- en providerdiensten niet kunnen worden ingepast in dit doel.

6.2.3. In zoverre de tussenkomende partij er dan weer op wijst dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, volstaat het op te merken dat de verwerende partij in haar gunningsbeslissing vaststelt dat alle offertes, ook de BAFO's, “voor verdere beoordeling in aanmerking” komen en dat ze alle “tijdig en correct” zijn. Ter terechtzitting valt de verwerende partij deze exceptie overigens niet bij.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van het derde, vierde en vijfde middel samengenomen

A. Preliminaria

8. De verwerende partij heeft gekozen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling. In de selectieleidraad en in het bestek wordt hierbij verwezen naar artikel 38, § 1, 1°, c), van de overheidsopdrachtenwet. In die bepaling is er sprake van “specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s”. Deze bepaling lijkt niet nader te worden toegelicht in een beslissing van de verwerende partij – althans het administratief dossier bevat hier geen spoor van – waarbij haar plaatsingskeuze nader wordt gemotiveerd, beslissing waartoe zij nochtans lijkt te worden genoopt op grond van artikel 4, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’. Uit dergelijke beslissing dient te blijken wat de werkelijke en concrete beweegredenen zijn om voor deze plaatsingswijze te kiezen.

Het verloop van de door de verwerende partij gekozen plaatsingswijze wordt nader toegelicht in de selectieleidraad. De geselecteerde kandidaten ontvangen het bestek en worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Alsdan lijken onderhandelingen gepland en kan een BAFO worden ingediend. Er wordt in de opdrachtdocumenten echter niet nader gespecificeerd waarover de onderhandelingen mogen worden gevoerd of op welke wijze.

In de feiten lijkt ook de snelle afhandeling van de procedure opvallend. Tussen de aankondiging van de opdracht en het gunningsverslag dat de enige motivering vormt voor de bestreden beslissing, zijn er iets meer dan drie maanden verlopen.

Bij een onderhandelingsprocedure lijken in de meeste gevallen de onderhandelingen zelf van cruciaal belang en maken ze er de flexibiliteit van uit. Op grond van die onderhandelingen stelt de inschrijver zijn BAFO op. Het lijkt daarom van uitermate cruciaal belang dat een aanbestedende overheid een

(schriftelijke en controleerbare) neerslag (bijvoorbeeld een logboek) bijhoudt van deze onderhandelingen zodat bijvoorbeeld in het geval van een geschil de procespartijen en de rechter in staat zijn zich een voorstelling te maken van de onderhandelingen onder meer in het licht van de beginselen van gelijkheid en transparantie. Op die manier worden ook de wijzigingen aan de offertes naar de BAFO's toe meer begrijpelijk en controleerbaar of worden uiteenlopende versies over de wijze hoe de BAFO moet worden opgesteld, vermeden. Te dezen is er in het administratief dossier geen document terug te vinden die de neerslag van de onderhandelingen bevat niettegenstaande, zo lijkt, de verwerende partij deze plaatsingswijze precies heeft verkozen omwille van de complexiteit van haar behoefte.

Overigens mag hier ook worden opgemerkt dat de marge om het bestek eventueel "bij te sturen" bij de onderhandelingen al helemaal klein lijkt wanneer over dergelijke marge in de selectieleidraad of het bestek niets is opgenomen, zoals het geval is.

9. In het bestek en het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij van de inschrijvers "creativiteit" verwachtte. Zo dienden zij voor de drie percelen profielen op te stellen en dus een "passende" oplossing voor te stellen.

Het lijkt wat bevreemdend dat de verwerende partij die een bijzondere kennis heeft van het onderwijsveld en diens behoeften, de inschrijvers dergelijke verregaande creativiteit toevertrouwt. Zo wordt in het bestek vermeld:

"2.2. Gedifferentieerde profielen

Scholen vertonen grote verschillen wat betreft de grootte en de intensiteit van het computerpark. Zie de gegevens uit de ICT-monitor.

Wij verwachten van de indiener dan ook een gedifferentieerd aanbod dat minstens uit twee profielen bestaat, nl. één voor de gemiddelde basisschool en één voor de gemiddelde secundaire school. Idealiter is differentiatie gebaseerd op profielen die vertrekken vanuit de grootte van de schoolnetwerken."

De vraag kan dan ook rijzen in hoeverre de verwerende partij niet eerder soelaas had moeten zoeken in de plaatsingswijze van de

concurrentiegericht dialoge waarbij zo'n dialoge er precies op gericht is tot een op maat gesneden bestek te komen dat de gevraagde oplossingen voor de behoeften op zo'n wijze omschrijft dat het normaliter leidt tot vergelijkbare offertes.

De aanpak van de verwerende partij lijkt, zoals hierna zal blijken, niet zonder gevolgen voor de beoordeling van de middelen.

B. Uiteenzetting van de middelen

10. In het derde, vierde en vijfde middel roept de verzoekende partij de schending in van onder meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Aangezien ze enigszins overlappen, wat het hierna ontwikkelde prijsargument betreft, worden ze samengenomen.

Voor alle percelen argumenteert zij onder andere dat het bestek het gunningscriterium 'prijs' dermate vaag omschrijft dat de aanbestedende overheid zichzelf een arbitraire beoordelingsbevoegdheid toekent. De verzoekende partij hekelt dat geen inventaris bij het bestek is gevoegd waardoor zij zich geen duidelijk beeld heeft kunnen vormen van de prijzen waarmee de aanbestedende overheid zou rekening houden. Bovendien zou de beoordelingsmethode pas zijn vastgesteld op het ogenblik van de gunning.

De verzoekende partij verklaart dat zij de verwerende partij hierover heeft geïnterpelleerd vóór de indiening van haar initiële offerte maar geen verduidelijking heeft gekregen.

De uiteindelijke gunningsbeslissing bevestigt volgens de verzoekende partij de aangeklaagde onwettigheden: voor de percelen 1 en 2 worden de prijzen vergeleken aan de hand van een beperkt aantal door de inschrijvers aangeboden profielen die door de verwerende partij zijn gekozen na kennisname van de offertes terwijl voor de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria alle aangeboden profielen in rekening zijn gebracht. Voor perceel 3 is de prijsvergelijking zelfs gebeurd aan de hand van een simulatie gemaakt door de verwerende partij zelf.

De verzoekende partij vervolgt niet te begrijpen op welke manier de prijs voor de in rekening gebrachte profielen is berekend nu de bedragen gehanteerd in het gunningsverslag afwijken van haar offerte. Bovendien kan zij niet verifiëren of de prijzen ingediend door de andere inschrijvers, en waarmee rekening is gehouden voor de prijsvergelijking, hetzelfde aanbod dekken.

Beoordeling

11. Aan de verzoekende partij kan het belang bij deze middelonderdelen op grond van de zorgvuldigheidsplicht niet worden ontzegd om reden dat zij voorheen slechts beperkte kritiek zou hebben geuit op de wijze waarop het bestek is geredigeerd. De verzoekende partij mag tot staving van haar vordering tegen de bestreden eindbeslissing in beginsel ontvankelijk de onwettigheid aanvoeren van de voorbereidende beslissingen ook al konden die beslissingen met een afzonderlijk beroep zijn aangevochten. Voorts lijkt de discussie naast de al te vage bepaling van het prijscriterium ook te gaan over de volgens de verzoekende partij al te arbitraire werkwijze van de verwerende partij bij de toepassing van dit criterium.

Ook het feit dat zij het maximum heeft gescoord op het prijscriterium voor de percelen 1 en 2, ontnemt de verzoekende partij niet het belang bij deze middelonderdelen. Het ernstig en gegrond bevinden van deze onderdelen lijkt immers de wettigheid van de gevolgde procedure als dusdanig in het gedrang te brengen, zodat de verzoekende partij nog altijd kans maakt om de opdracht of een perceel ervan gegund te krijgen. In het bijzonder wat de percelen 1 en 2 betreft, mag met de verzoekende partij trouwens worden aangenomen dat het niet valt uit te sluiten dat zij haar offerte anders zou hebben opgesteld of, indien andere profielen waren gekozen om te vergelijken, zij deze voorsprong misschien nog verder had kunnen uitbouwen.

De verwerende partij verklaart in het bestreden besluit ten slotte dat alle BAFO's, met inbegrip van de BAFO van de verzoekende partij, "tijdig en correct" zijn ingediend. Deze vaststelling volstaat om de exceptie van

de verwerende partij dat de BAFO van de verzoekende partij voor perceel 3 eigenlijk substantieel onregelmatig was omdat deze niet zou hebben voldaan aan de vraag om voor drie simulatieoffertes prijs te geven, af te wijzen. Overigens toont de verwerende partij haar bewering dat dit werd gevraagd tijdens de onderhandelingen niet aan, terwijl de verzoekende partij ze ontkent.

12. Zowel de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie als het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel impliceren dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze zodat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie arrest van 19 december 2018 van het Hof van Justitie van de Europese Unie, in de zaak nr. C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coopservice Soc. coop. arl*, punt 63).

13. Het bestek voorziet zonder nadere uitleg in een prijscriterium met een weging van 40 punten op 100. Bij het bestek is geen inventaris gevoegd. Het wordt aan de inschrijvers overgelaten om zelf profielen en oplossingen voor te stellen met betrekking tot het voorzien in internetconnectiviteit en gerelateerde internetdiensten voor de Vlaamse onderwijsinstellingen.

De verzoekende partij stelt voor perceel 1 vier profielen voor, voor perceel 2 vijf profielen en voor perceel 3 acht profielen. De overige inschrijvers stellen andere profielen, zowel in aantal als naar inhoud, voor.

14. Het gunningsverslag bevat, wat het prijscriterium betreft, de volgende beoordelingen voor de drie percelen:

“Perceel 1
Criterium Prijs:

Het gunningscriterium prijs wordt als volgt berekend:

$$\frac{h}{40}$$
 40. Voor perceel 1 biedt Academic Connect op basis van deze profielen de beste prijs. Academic Connect krijgt hiervoor het maximum van de punten. Vervolgens werd de prijs van Telenet in verhouding tot die van Academic Connect verrekend.

Opmerkingen:

- Als vergelijkingsitem werden de profielen Corporate Fibernet 240/40 en 750/75 van Telenet en de profielen met bandbreedte 100/40 ('VDSL') en 200/80 ('VDSL+VDSL') van Academic Connect vergeleken. Deze profielen zijn vooral qua uploadcapaciteit het beste vergelijkbaar.
- De prijzen werden op jaarbasis verrekend om de vergelijking optimaal te kunnen maken voor alle relevante rubrieken uit de prijslijst.
- Voor beide profielen valt de prijsvergelijking in het voordeel van Academic Connect uit.
- Prijsvergelijking Profiel 1
 - o Corporate Fibernet 240/40: 2.528,90 euro / jaar incl. BTW
 - o Academic Connect VDSL 100/40: 2.182,11 euro / jaar incl. BTW
- Prijsvergelijking profiel 2
 - o Corporate Fibernet 750/75: 4.130,00 euro / jaar incl. BTW
 - o Academic Connect VDSL + VDSL 200/80: 3.698,73 euro / jaar incl. BTW

Score:

- Telenet: 34,5 punten
- Academic Connect: 40 punten
- [...]

Perceel 2

Criterium Prijs:

Het gunningscriterium prijs wordt als volgt berekend:

$$\frac{h}{40}$$
 40. Voor perceel 2 biedt Academic Connect op basis van de aangeboden profielen de beste prijs. Academic Connect krijgt hiervoor het maximum van de punten. Vervolgens werden de prijzen van Telenet en Eurofiber in verhouding tot die van Academic Connect verrekend. Telenet krijgt 13,4 punten en Eurofiber krijgt 18,9 punten.

Opmerkingen:

- Als vergelijkingsitem werden de profielen -Fibernet 500/500 van Telenet, het profiel 500/500 van Eurofiber en het profiel Fullfiber Extended (1000/500) van Academic Connect vergeleken. Deze profielen zijn vooral qua uploadcapaciteit best vergelijkbaar.
- In onze berekening rekenden we ook de verplichte DDOS-beveiliging mee voor een eerlijke prijsvergelijking. Dit zit standaard bij de prijs en het aanbod van Eurofiber.
- De prijzen werden op 48 maanden verrekend om de vergelijking optimaal te kunnen maken voor alle relevante rubrieken uit de prijslijst.

Hierdoor worden de (grote) verschillen qua aansluitingskosten deels geminimaliseerd.

- De prijsvergelijking (inclusief DDOS-beveiliging en instapkosten) maakt duidelijk dat Academic Connect op 48 maanden het goedkoopst is, gevolgd door Eurofiber. Telenet is het duurste. De vastgestelde prijzen in het profiel met een 500 uploadcapaciteit (op 4 maanden) zijn de volgende:

o Telenet iFiber: 34.810 euro

o Eurofiber midden: 24.750 euro

o Academic Connect FullFiber 1000/500: 11.722 euro

- De aansluitingskost gebeurt soms op basis van een offerte en soms via een forfait. De grootste instapkost zit bij Academic Connect. Telenet gaf in de finale offerte een commercieel voorstel voor 96% van de 1.707 vestigingen van de 1.091 onderwijsinstellingen Secundair Onderwijs: Indien deze scholen een contract van 4 jaar aangaan, rekent Telenet een forfaitair bedrag van 250 euro aan voor de installatie van de iFiber dienst. Voor de andere scholen zal er nog steeds een offerte gemaakt dienen te worden zoals vermeld in de bijhorende tabel. Voor de duur van de raamovereenkomst eigent Telenet zich het recht toe om voor maximaal 75 vestigingen van de secundaire scholen deze regeling niet toe te passen in geval van extreem hoge aansluitkosten.

Score:

- Telenet: 13,4 punten

- Academic Connect: 40 punten

- Eurofiber: 18,9 punten

[...]

Perceel 3

Criterium Prijs

Het gunningscriterium prijs wordt als volgt berekend:

$$\frac{h}{40}.$$

Van zowel Telenet, Academic Connect als Microtron verkregen we een prijslijst van de hardware en diensten die ze aanbieden voor dit perceel. Zowel Telenet als Academic Connect bieden beide ook dezelfde technologie aan voor wifi-connectiviteit en switching. Ook Telenet en Academic Connect werken via een aankoop- met installatiekost en een daaropvolgende bijhorende maandelijkse huurprijs, die hierdoor ook een basis support en garantie biedt gedurende de duurtijd van de huur. Microtron werkt enkel via een aankoopmodel, hoewel er daarna wel ook een optionele wederkerende kost kan genomen worden voor support.

Voor de definitieve offerte vroegen we aan de drie aanbieders om telkens 3 simulatie offertes te maken voor een basisschool (250 leerlingen), een secundaire school (500 leerlingen) en een grotere secundaire school (+1000 leerlingen) om een beter totaalbeeld te krijgen. Bij een dergelijk project komen namelijk vaak ook extra kosten bij zoals werkuren, kabelkosten, site surveys, connectoren, verplaatsingskosten, enz... Door in de definitieve offerte hier te vragen naar de simulaties kregen we een

beter beeld van de werking van elke aanbieder en de mogelijke extra kosten die men kan aanrekenen. Telenet gaf een simulatie voor 2 scholen (basisschool en secundair). Microtron gaf een simulatie voor de 3 gevraagde profielen. Academic Connect gaf enkel een aantal door van mogelijke access points en switches bij 2 profielen (basis- en secundaire school), maar geen extra informatie over mogelijke extra kosten of de mogelijke firewall die men bijvoorbeeld zou aanraden.

Op basis van de gegevens van simulaties in de definitieve offerte van de drie aanbieders maakten we zelf telkens 3 gelijkaardige simulaties voor een basis- en secundaire school. We gebruikten ook telkens hetzelfde aantal access points om een zo eerlijk mogelijke vergelijking mogelijk te maken (hoewel niet altijd dezelfde technologie wordt aangeboden). We rekenden ook telkens de huurprijs van het aanbod van Telenet en Academic Connect op 60 maanden. Bij gebrek aan een duidelijke kostprijs van Academic Connect voor de firewall in speerpunt 3 werd deze kost de simulaties bij geen van de indieners meegeteld. Op basis van de simulaties is Microtron het goedkoopst (€ 25.051), gevolgd door Telenet (€ 25.506) en vervolgens Academic Connect (€32.730,36).

Score:

- Telenet: 39,2 punten
- Signpost Academic Connect: 30,6 punten
- Microtron: 40 punten [...]"

15. Uit deze gegevens van het verslag van nazicht valt af te leiden dat de verwerende partij, die niet in een inventaris heeft voorzien, aan de hand van de BAFO's die verschillende profielen, ook in aantal, voorstellen, voor de eerste twee percelen zelf een keuze heeft gemaakt tussen de aangeboden profielen om een prijsvergelijking te kunnen maken. Wat het derde perceel betreft, merkt zij op dat zij tijdens de onderhandelingen aan de inschrijvers heeft gevraagd om simulaties voor de drie door haar opgegeven profielen te maken, doch dat de verzoekende partij daar niet is op ingegaan – de verzoekende partij ontkent deze vraag – waardoor de verwerende partij zelf simulaties heeft opgesteld die werden gebruikt als vergelijkingsbasis.

16. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de werkwijze van de verwerende partij, waarvan zij meent dat het enkel de beoordelingsmethodiek betreft, voor de drie percelen ook lijkt te raken aan wat in de bepaling van het prijs criterium zelf moet worden vermeld.

Immers, de keuze van de profielen als basis voor de prijsvergelijking, minstens wat het toelichten van de werkwijze met zo nodig enkele randvoorwaarden betreft, lijkt op het eerste gezicht eerder deel te moeten uitmaken van een vooraf bekendgemaakt criterium zodat de inschrijvers weten waar zij aan toe zijn inzake wat zal worden vergeleken en dus wat van hen wordt verwacht. Het bestek lijkt tekort te schieten op dit punt.

Overigens – in zoverre het al volledig een kwestie zou zijn van beoordelingsmethodiek – kan de verwerende partij ook niet worden gevolgd. Weliswaar dient de methodiek niet op voorhand te worden bekendgemaakt maar ze dient wel vóór de opening van de offertes te worden vastgesteld, wat hier niet het geval is. Slechts in uitzonderlijke gevallen lijkt het vooraf vaststellen niet vereist maar dan slechts om aantoonbare redenen.

De verwerende partij erkent dat zij de vergelijkingsbasis niet vooraf heeft vastgesteld. Zij voert aan dat zij deze basis slechts kon vaststellen nadat zij kennisnam van de BAFO's met hun verschillende profielen. Zij meent dat zij niet kon voorzien welke verschillende profielen de inschrijvers zouden indienen.

Dit verweer wordt niet bijgevalen en lijkt de kern van het probleem te betreffen. De verwerende partij wenst beroep te doen op de creativiteit van de inschrijvers om met oplossingen te komen via profielen. Zij was zich bewust van het feit dat – naar de bewoordingen van de verwerende partij – er “altijd” differentiatie zal zijn in de verschillende profielen die de inschrijvers aanbieden. De verwerende partij had met de door haar gekozen plaatsingswijze de wettelijke grenzen van de onderhandelingsruimte moeten opzoeken om te pogen de inschrijvers op een transparante wijze te leiden tot met elkaar vergelijkbare offertes. Vraag is overigens of de wettelijke ruimte hiervoor voldoende flexibel is. Hoe dan ook dient te worden vastgesteld dat, zoals reeds opgemerkt, er geen neerslag van de onderhandelingen, opgesteld tijdens die onderhandelingen, terug te vinden is in het administratief dossier.

Dat de verwerende partij de regel van drie heeft toegepast volstaat uiteraard ook niet als verweer. De kern van het probleem blijft immers

dat de verwerende partij achteraf een vergelijkingsbasis heeft gekozen op grond van de prijsprofielen van de inschrijvers en daarbij door de feiten genoodzaakt werd om slechts enkele profielen in de vergelijking op te nemen, dit blijkbaar in tegenstelling tot de vergelijking van de andere criteria.

De werkwijze van de verwerende partij heeft er ten slotte op het eerste gezicht bovendien toe geleid dat de door haar uiteindelijk gekozen vergelijkingsbasis nog steeds problematisch blijft. Het gunningsverslag doet er op het eerste gezicht van blijken dat profielen zijn vergeleken die – in elk geval naar de mening van de verwerende partij – “het beste vergelijkbaar zijn” en dat verrekeringen zijn moeten gebeuren om de vergelijking “optimaal” of “zo eerlijk mogelijk” te kunnen maken. Blijkbaar heeft dit er ook toe geleid dat de verzoekende partij, zelfs niet na kennisname van de nota van de verwerende partij, een inzicht heeft gekregen over hoe de verwerende partij, bij de prijsvergelijking, haar prijzen voor de drie percelen heeft vastgesteld.

17. Het derde, vierde en vijfde middel zijn dan ook in de aangegeven mate ernstig en verantwoorden de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

De Raad merkt op dat het ernstig bevinden van deze middelen niet impliceert dat de andere middelen en argumenten geen ernst zouden hebben.

BESLISSING

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

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Gemeenschap van 29 juli 2021 tot gunning van de opdracht van diensten ‘raamovereenkomst voor de aanlevering van provider en internetdiensten voor de Vlaamse onderwijsinstellingen’ aan de bv Telenet voor de percelen 1 en 3 en aan de nv Eurofiber voor perceel 2.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes september tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra