

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 254.275 van 14 juli 2022
in de zaak A. 236.719/XII-9230**

In zake: de NV E-BO ENTERPRISES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Ian Arnauts en Lieselotte
Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

TELIO COMMUNICATIOS GmbH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten France Vlassembrouck en Yassine Laghmiche
kantoor houdend te 1000 Brussel
Koningstraat 145
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 juni 2022, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“De beslissing van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door [...] [de]
vice-eersteminister en minister van Justitie en Noordzee [van] 15 juni 2022
zoals gevoegd bij het schrijven van de FOD Justitie [van] 15 juni 2022

waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht van leveringen met als voorwerp ‘Niet-openbare procedure voor het afsluiten van een raamovereenkomst voor een duur van zes jaar voor de levering van een beveiligde digitale platformoplossing voor gedetineerden’, voorwerp van het bestek 2021/CDC 2021.0004, te gunnen aan de GmbH Telio Communications en niet aan [de NV e-BO Enterprises].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 juli 2022 heeft Telio Communications GmbH gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 juli 2022, om 10.30 uur.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten David D’Hooghe, Ian Arnouts en Lieselotte Schellekens, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Yassine Laghmiche en France Vlassembrouck, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 een levering met als voorwerp “Beveiligd digitaal dienstenplatform aan gedetineerden”.

De opdracht wordt gegund via een niet-openbare procedure, in de zin van artikel 37 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de overheidsopdrachtenwet).

3.2. Op 23 juli 2021 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Belgisch Bulletin der Aanbestedingen. Op 28 juli 2021 wordt de opdracht eveneens gepubliceerd in de bijlagen bij het Publicatieblad van de Europese Unie .

3.3. Na ontvangst van de aanvragen tot deelneming selecteert de verwerende partij op 11 oktober 2021 vier ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en Telio Communications GmbH. Zij worden allen uitgenodigd om uiterlijk op 3 januari 2022 een offerte in te dienen.

3.4. Op 3 januari 2022 blijkt dat twee inschrijvers een offerte hebben ingediend, namelijk de verzoekende partij en Telio Communications GmbH.

3.5. Bij het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes stelt de verwerende partij op 15 en 29 april 2022 een aantal vragen aan de inschrijvers waarop zij op 25 en 26 april 2022 en 2 mei 2022 antwoorden.

3.6. Het regelmatigheidsonderzoek, waarvan het resultaat is weergegeven in de bestreden beslissing, besluit dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatigheden bevat betreffende de boetenclausules en in de reactie- en interventietijden. De motivering hiervan luidt als volgt:

“4.3.2 Vaststelling van de onregelmatigheid in de offerte van e-BO :

Uit de door e-BO verstrekte elementen en reserves, blijkt dat zij niet aan de technische eisen voldoet. e-BO vermeldt in haar offerte reserves rond de interventie- en hersteltermijnen.

4.3.2.1 Reactietijd en hersteltermijn

Het antwoord van e-BO in paragraaf 4.2.3.1 Specificering termijn reactietijd en hersteltermijn (zie bestek), vermeldt:

Onder voorbehoud:

- a. Dat geen wisselstukken, hardware, netwerkkaparaatuur, telefoontoestellen... dienen besteld en geconfigureerd te worden en indien de betrokken infrastructuur zich niet in de datacenters van de leverancier bevindt of niet redundant is uitgevoerd of ter plaatse geen voor geconfigureerd reserve toestel aanwezig;
- b. Dat er geen aanpassing, bug fixing in de software van de Leverancier of derde partij nodig zijn;
- c. Dat de TTR-timer wordt in pauze geplaatst[t] indien er bijkomende informatie nodig is van de Opdrachtgever die essentieel van aard is voor de verder analyse en/of oplossing van het probleem. Voor kritische tickets (A+B) moeten de vragen tot bijkomende informatie telefonisch gesteld worden; Het stoppen van de TTR timer gebeurt in overleg met de Opdrachtgever.
- d. De TTR en TTO-timers lopen enkel tijdens de servicetijden volgens de specifieke diensten waarvoor een incident is gemeld...

De onder a. b. d. c. genoemde punten, die hierboven zijn aangegeven, vormen ELK een wezenlijke onregelmatigheid. Elk van de door de inschrijver e-BO gestelde voorwaarden maakt de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren immers onzeker en onvolledig. Bovendien kan hij dankzij elk van zijn voorwaarden, indien deze zich zouden voordoen, ontsnappen aan de boetes en de straffen, waarvan de FOD het belang duidelijk heeft vermeld en gerechtvaardigd.

Wat punt a. betreft, aangezien de inschrijver een beroepsbeoefenaar in het gevangeniswezen is en als enige verantwoordelijk is voor de uitvoering van deze opdracht, is het uitsluitend aan hem, als erkend beroepsbeoefenaar en binnen de door het bijzonder bestek opgelegde termijnen, om de reserveonderdelen en de hardware te beheren. Het is aan hem om deze eventuele behoeften aan reserveonderdelen te beheren zonder dat dit gevolgen heeft voor de interventie- en/of hersteltermijnen. Deze door de inschrijver gestelde voorwaarde wijkt dus wezenlijk af van de door de aanbestedende overheid genoemde eisen en gevallen.

Wat punt b. betreft, is het ook de verantwoordelijkheid van de inschrijver om de stabiliteit van de uitrusting van zijn leveranciers te verzekeren en om er via de kennis van de uitrusting voor te zorgen dat zij in staat zijn om te reageren in geval van problemen zodat e-BO binnen de vooropgestelde termijnen kan tussenkomen.

Wat punt d. betreft, is het afsluiten van de meters voor TTR's en TTO's buiten de kantooruren eveneens een aanpassing van het door de aanbestedende dienst uitgevaardigde kader en zou het de inschrijver opnieuw de mogelijkheid bieden boetes en sancties te ontlopen en/of de druk en de financiële blootstelling om een probleem op te lossen te verlichten.

Wat het grijs gemarkeerde punt c. betreft, kan de inschrijver nog steeds zijn financiële risico aanzienlijk beperken door de aanbestedende overheid te

dwingen een andere kennisgevingsprocedure te volgen, terwijl dergelijke probleemmeldingen en de bijbehorende procedures het voorrecht van de aanbestedende overheid blijven.

De aanbestedende overheid concludeert dan ook dat deze door de inschrijver vermelde elementen in feite vier substantiële onregelmatigheden vormen in de offerte van de inschrijver in de zin van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Elk van deze onregelmatigheden en de combinatie ervan zijn aanzienlijk. Zij leiden er immers stuk voor stuk toe dat de inschrijver een discriminerend voordeel geniet (hij loopt immers minder risico op sancties en boetes dan andere inschrijvers), dat de mededinging wordt verstoord, dat de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking daarvan met andere offertes wordt verhinderd, of dat de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de voorwaarden uit te voeren, niet bestaat, onvolledig is of onzeker is.

Dit is met name het geval omdat de inschrijver tijdens het forum geen vragen over deze vereisten heeft gesteld, en de inschrijver de aanbestedende dienst aan het einde van het vragenuur heeft bevestigd dat alle elementen voor hem duidelijk waren voor het indienen van zijn inschrijving.

4.3.2.2 Specificering van klassen (dienst en componenten) & Boetenclausule

In elk van de volgende clausules van het bestek brengt e-BO wijzigingen aan:

4.2.3.2 Specificering klassen op basis van dienst voor de gedetineerde

4.2.3.3 Specificering klassen op basis van componenten

4.2.3.5 Straffen (Boetenclausule)

Bij het lezen van deze drie paragrafen, vermeldt de e-BO bidder:

‘De finale overeenkomst zal in overleg met de Opdrachtgever gebeuren en door beide partijen ondertekend worden, waarbij deze specificering van componenten, prioriteit en servicetijden zullen opgenomen worden. Als voorbeeld verwijzen we naar de lopende overeenkomst voor de 3 G’s in bijlage.’

Bij lezing van dit door de inschrijver verstrekte document stelt de aanbestedende dienst vast dat de in dit document voorgestelde straffen en reactietijden aanzienlijk lager zijn dan de in dit bijzonder bestek vermelde straffen en reactietijden.

De aanbestedende dienst herinnert eraan dat:

- De inschrijvers de documenten die de bijzondere voorwaarden van de overeenkomst vormen, niet kunnen wijzigen op straffe van ongeldigheid van hun offertes.

De aanbestedende overheid besluit dan ook dat deze wijziging van een document in het huidige bestek een substantiële onregelmatigheid vormt in de offerte van de inschrijver in de zin van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, die wijst op de onzekere verbintenis van de inschrijver en op een groot risico op concurrentievervalsing door de invoering van een document van een derde waarvan de artikelen en andere voorwaarden niet bekend zijn bij de aanbestedende overheid op het ogenblik van de analyse van de offertes of de gunning.

- De enige documenten die de overeenkomst voor dit bijzonder bestek vormen, de contractuele documenten zijn, te weten dit bestek en de bijlagen daarbij, de offerte van de inschrijver en de bijlagen daarbij, alsmede de forumvragen en -antwoorden. In geen geval mag een aanvullend document worden voorgesteld om de voorwaarden en eisen van dit document van toepassing te maken.

De aanbestedende overheid besluit dan ook dat deze verzoeken om een specifiek document toe te voegen aan de huidige documenten een substantiële onregelmatigheid vormen in de offerte van de inschrijver op grond van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, die de onzekere verbintenis van de inschrijver weerspiegelt en een hoog risico op concurrentievervalsing door de invoering van een derde document waarvan de artikelen en andere voorwaarden niet bekend zijn bij de aanbestedende overheid op het ogenblik van de analyse van de offertes of de gunning.

Aangezien het document waarnaar de inschrijver in zijn inschrijvingsbijlage verwijst bovendien wezenlijk verschillende boeteclausule-elementen bevat, alsmede wezenlijk verschillende herstel- en reactietermijnen ten opzichte van de door de aanbestedende overheid genoemde eisen, concludeert de aanbestedende overheid hieruit dat de inschrijver over de boeteclausules wenst te onderhandelen. De inschrijver verstrekt dit gewijzigde document niet met de bedragen en antwoordtermijnen van het huidige bijzonder bestek.

Tot slot merkt de aanbestedende overheid op dat er tijdens het vragenuur geen vraag van de inschrijver en/of geen voorstel in dit verband is geweest en dat de e-BO inschrijver de aanbestedende overheid heeft bevestigd dat alle elementen duidelijk waren voor het opstellen en indienen van zijn offerte.

De aanbestedende overheid besluit bijgevolg dat deze verzoeken tot toevoeging van een specifiek document aan de huidige documenten en een wijziging van de genoemde documenten elk een substantiële onregelmatigheid van de offerte van de inschrijver vormen in de zin van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, die een weerspiegeling vormt van de onzekere verbintenis van de inschrijver en van een groot risico op concurrentievervalsing door de invoering van een derde document waarvan de artikelen en andere voorwaarden noch op het ogenblik van de analyse van de offertes, noch op het ogenblik van de gunning bekend zijn bij de aanbestedende overheid.”

Op basis van deze motivering besluit de verwerende partij het volgende:

“Gelet op het voorgaande verklaart de aanbestedende dienst

- de offerte van de inschrijver e-BO- onregelmatig
- Wezenlijke onregelmatigheden in de offerte van e-BO, te wijten aan:
 - 1) De voorwaarden die zij stelt aan de straffen (boeteclausule);

- 2) De voorwaarden die zij stelt in verband met reactie- en hersteltijden;
Elk van de in de vorige punten vermelde elementen is een wezenlijke onregelmatigheid in de zin van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, verergerd door het belang en de betekenis die de aanbestedende overheid aan deze bepalingen hecht, meer bepaald voor sancties die afwijken van de algemene uitvoeringsregels AUR krachtens artikel 9, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (cf. bepalingen opgenomen in het bijzonder bestek).
- De offerte van de inschrijver Telio regelmatig.”

Na vaststelling van die onregelmatigheid wordt de offerte van de verzoekende partij alsnog getoetst aan de gunningscriteria. Uit die evaluatie blijkt dat de offerte van Telio Communications GmbH als eerste (90,85%) is gerangschikt en de offerte van de verzoekende partij als tweede (69,77%):

	Toekenningscriteria	Max. score bep. in evaluatiesch.	Repartitie in %	% e-BO	% Telio
1	Prijs	1773,33	40	21,44	40,00
2	Eval. Voorgestelde technische oplossing	2140	30	26,17	26,19
3	Eval. Service Level Agreement	400	15	10,94	13,47
4	Ergonomie, applicatieontwerp en PoC	40	10	8,47	7,81
5	Opleiding	80	5	2,75	3,38
	Generaal totaal	4433,3333	100	69,77	90,85

3.7. Op 15 juni 2022 wordt de opdracht gegund aan Telio Communications GmbH.

Dat is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. Telio Communications GmbH blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op

de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook 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’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing en in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 83 van de overheidsopdrachtenwet, artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’(hierna KB Plaatsing), het gelijkheidsbeginsel en het

non-discriminatiebeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel, de formele- en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij stelt in essentie dat de bestreden beslissing de aangehaalde bepalingen en beginselen schendt doordat de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst regelmatig werd verklaard, terwijl deze als onregelmatig had moeten worden verworpen omdat die offerte niet zou beantwoorden aan de minimale eisen van het bestek. Volgens de verzoekende partij kan de door de verzoekende partij tot tussenkomst aangeboden “*end-point*” opengebroken worden, is haar “*cloud systeem*” publiekelijk toegankelijk en heeft zij ingeschreven met producten die “*end of life*” zijn en niet meer de vereiste garanties en veiligheidsupdates kunnen bieden gedurende de ganse duur van de opdracht. De verwerende partij motiveert daarbij op geen enkele wijze waarom deze afwijkingen van de minimale eisen alsnog zouden kunnen worden aanvaard.

Beoordeling

7. Vooreerst stelt de verzoekende partij dat de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst niet voldoet aan de minimale eisen van het bestek omdat die offerte een zogenaamd *end-point* bevat dat kan worden geopend.

In de technische fiche bij het bestek wordt met betrekking tot de *end point* onder meer bepaald dat die minimaal de volgende beveiliging dient te hebben:

“- De end-point dient minimaal volgende beveiliging te hebben:

- o Fysiek beveiligd zodat het voor de gedetineerde onmogelijk is deze te openen of op een andere fysieke manier te manipuleren
- o 2-factor authenticatie voor BIOS access is noodzakelijk. Dit moet deel uitmaken van de standaard installatie die ervoor moet zorgen dat bij mogelijke reset van het moederbord dit toestel niet meer gebruikt kan worden.
- o Een beveiligd besturingssysteem, bij voorkeur met een unieke sleutel
- o OS dient geëncrypteerd te zijn opgeslaan
- o Alle connecties dienen geëncrypteerd te zijn
- o Interactie tussen verschillende end-point / gedetineerden dienen onmogelijk te zijn, behalve voor bepaalde diensten specifiek aangegeven door DG EPI zoals videobezoek.

- o Alle gebruikte certificaten dienen specifiek aangemaakt te zijn voor DG EPI
- o Na opstart van end-point dient automatisch gecontroleerd te worden of de OS waarmee werd opgestart de correcte versie is met de nodige patches.
- o Externe apparatuur die niet in white list van toegelaten apparatuur staat (bv 4G stick, WiFi dongle, Usb Stick, ...), dient automatisch geblokkeerd te worden.”

Volgens de technische fiche moet de gedetineerde beschikken over het nodige materiaal om te kunnen inloggen op het digitaal dienstenplatform. De *end-point* is een toestel dat voorziet in digitale toegankelijkheid voor de gedetineerde. Daarbij is het van belang dat de *end-point* de eerste schakel is die manipulatie moet kunnen tegengaan. Daarom moet het onmogelijk zijn om externe apparatuur aan te sluiten die niet op voorhand is goedgekeurd.

Op het eerste gezicht betwist de verwerende partij niet dat de bepalingen die eisen dat de inschrijver minimaal een *end-point* moet voorzien die door de gedetineerde niet kan worden geopend of op een andere manier fysiek te manipuleren, essentiële bepalingen zijn van het bestek.

Uit het administratief dossier en meer bepaald het technisch evaluatieverslag blijkt dat de *end points* van de verzoekende partij tot tussenkomst als volgt worden beoordeeld:

- “End-point:
- Vijzen zijn beveiligd
 - Door beugel vijzen niet beschikbaar
 - Beugel met Tarckx schroef
 - Niet open te krijgen zonder te breken
 - Alles is veilig”

Volgens de verzoekende partij zou de vermelding dat de *end-point* kan worden geopend door ze open te breken betekenen dat de voorgestelde *end-point* niet beantwoordt aan de minimale eisen van het bestek. Met de verwerende partij lijkt evenwel te kunnen worden aangenomen dat zij de grenzen van haar beoordelingsruimte niet heeft overschreden door te stellen dat het gegeven dat de *end-point* enkel kan worden opengemaakt door het open te breken, niet inhoudt dat het mogelijk zou zijn om deze te openen en te manipuleren.

De verzoekende partij lijkt bovendien eraan voorbij te gaan dat in het technisch verslag wordt vermeld dat bij manipulatie alarm kan worden gegenereerd en de vermelding dat alles veilig is. Deze evaluatie lijkt te worden bevestigd in het verzoekschrift tot tussenkomst waarin wordt aangegeven dat de *end-points* fysiek zijn beveiligd, zodat het voor de gedetineerde onmogelijk is deze te openen of op een andere fysieke manier te manipuleren.

Aldus toont de verzoekende partij niet aan dat de bestreden beslissing de aangehaalde bepalingen en beginselen schendt door aan te nemen dat de *end-points* in de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst overeenstemmen met de minimale eisen van het bestek.

8. Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij de “*cloud*” die wordt aangeboden door de verzoekende partij tot tussenkomst. Zij stelt dat de verzoekende partij tot tussenkomst een *public cloud* aanbiedt terwijl het bestek vereist dat het een *private cloud* moet zijn. Een *public cloud* of een hybride systeem dat zich tussen een *public* en *private cloud* situeert, is volgens de verzoekende partij niet in overeenstemming met de minimale eisen van het bestek en moet leiden tot een substantiële onregelmatigheid.

Zowel de verzoekende als de verwerende partij lijken aan te nemen dat het bestek verbiedt om een *public cloud* aan te bieden. Het bestek lijkt immers op verschillende plaatsen uitdrukkelijk aan te geven dat een *public cloud* oplossing niet is toegestaan.

Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij – in het kader van de evaluatie van de offertes – aan de verzoekende partij tot tussenkomst heeft gevraagd om uitdrukkelijk te bevestigen dat zij geen *public cloud* heeft aangeboden.

Het antwoord van de verzoekende partij tot tussenkomst wordt in de bestreden beslissing als volgt voldoende geacht:

“Uit de door Telio verstrekte technische elementen blijkt dat het niet om een

‘*publieke cloud*’ gaat en dat Telio wel degelijk gebruik maakt van een ‘*private cloud*’, overeenkomstig de in hun offerte verstrekte elementen. Bovendien biedt Telio een advies van een onafhankelijke, gecertificeerde Microsoft-expert aan dat bevestigt dat de oplossing inderdaad een *private cloud* is.”

Ook in het technisch verslag van de offertes is vastgesteld dat een *private cloud* is aangeboden.

Op basis van de stukken van het administratief dossier mag *prima facie* dan ook worden aangenomen dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte niet heeft overschreden door te oordelen dat de verzoekende partij tot tussenkomst een *cloud* oplossing aanbiedt die in overeenstemming is met de minimale eisen van het bestek.

Waar de verzoekende partij nog aanvoert dat de verwerende partij zich heeft laten leiden door het advies van een niet onafhankelijk expert, laat zij na om met concrete gegevens aan te tonen dat dit advies niet correct zou zijn of dat de expert niet onafhankelijk zou zijn. Bovendien lijkt dit advies slechts één van de elementen te zijn die ertoe hebben geleid dat de verwerende partij heeft geoordeeld dat de aangeboden *cloud* oplossing in overeenstemming is met het bestek.

Voor zover de verzoekende partij verwijst naar het private karakter van de eigen voorgestelde oplossing, toont zij niet concreet aan hoe die verwijzing ertoe zou leiden dat de oplossing van de verzoekende partij tot tussenkomst niet beantwoordt aan de minimale bepalingen van het bestek.

Het standpunt van de verzoekende partij dat de tussenkomende partij een *public cloud* zou aanbieden, lijkt dan ook geen steun te vinden in de stukken van het administratief dossier.

9. Ten slotte stelt de verzoekende partij met betrekking tot de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst, dat deze in haar offerte een zogenaamde *core switches* aanbiedt, die tijdens de loop van de opdracht niet meer zal voldoen aan de garanties betreffende de veiligheidsupdates.

In de technische fiche bij het bestek wordt bepaald dat een product wordt aangeboden waarvoor om de zes maanden beveiligingsupdates voor het ganse systeem dienen te worden geïnstalleerd.

Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij – in het kader van de evaluatie van de offertes – aan de verzoekende partij tot tussenkomst heeft gevraagd om uitdrukkelijk te bevestigen dat deze beveiligingsupdates voor het hele systeem om de zes maanden kunnen worden geïnstalleerd.

Het antwoord van de verzoekende partij tot tussenkomst werd in de bestreden beslissing als volgt voldoende geacht:

“Na analyse van de door Telio verstrekte technische elementen concludeert de aanbestedende overheid dat het voorstel van Telio inzake beveiligingsupdates aan de gevraagde technische vereisten voldoet. Telio vermeldt uitdrukkelijk dat zij in staat is gedurende de gehele contractperiode veiligheidsupdates voor zowel software als hardware voor het gehele systeem uit te voeren en het updateprogramma om de 6 maanden uit te voeren. Aangezien Telio als enige verantwoordelijk is voor de uitvoering van deze updates, verstrekt de fabrikant bovendien een patronaatsverklaring die ondersteuning tijdens de gehele duur van het contract garandeert.”

Ook in haar verzoekschrift herhaalt de verzoekende partij tot tussenkomst dat minstens ieder halfjaar en dit gedurende de volledige duur van de opdracht de gevraagde veiligheidsupdates zullen worden uitgevoerd.

Op basis van de stukken van het administratief dossier kan *prima facie* worden aangenomen dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte niet heeft overschreden door te oordelen dat de verzoekende partij tot tussenkomst *core switches* aanbiedt die in overeenstemming zijn met de minimale eisen van het bestek.

Bij haar onderzoek heeft de verwerende partij uitdrukkelijk gevraagd aan de verzoekende partij tot tussenkomst of de vereiste updates zullen worden uitgevoerd. Uit het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij

tot tussenkomst op deze vraag ongenueanceerd affirmatief heeft geantwoord en uit de bestreden beslissing blijkt bovendien uitdrukkelijk dat een verklaring van de producent van de *core switches* is toegevoegd waarin wordt verzekerd dat zowel de *software* en de *hardware* zullen worden ondersteund tot het einde van de overeenkomst.

Aldus lijkt vast te staan dat voor de bewering van de verzoekende partij, namelijk dat uit de gegevens van de fabrikant zou blijken dat de *core switches* van de verzoekende partij tot tussenkomst niet zou worden ondersteund, geen steun kan worden gevonden in de stukken van het administratief dossier.

Voor zover de verzoekende partij beweert dat die *core switches* “*end-of-sale- en end-of-life*” zijn, laat zij na om concreet aan te tonen hoe die vaststelling er op zich voor zorgt dat geen veiligheidsupdates meer kunnen worden geïnstalleerd. Nu onder meer een verklaring van de fabrikant voorligt waaruit, *prima facie*, blijkt dat de *core switches* voor de volledige duur van de overeenkomst zullen worden ondersteund, lijkt ook deze kritiek van de verzoekende partij niet te overtuigen.

10. Uit wat voorafgaat volgt dat het tweede middel niet ernstig is.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

11. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, §§ 1 en 3, KB Plaatsing, het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de formele- en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij betoogt in essentie dat de bestreden beslissing de aangehaalde bepalingen en beginselen schendt doordat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig werd verklaard en zij niet de kans heeft gekregen om hierover op vragen te antwoorden. Volgens de verzoekende partij

voldoet haar offerte in tegenstelling met wat de verwerende partij beweert, wel aan de eisen betreffende interventie- en hersteltijden en de boetenclausule. Zij stelt dat de bestreden beslissing zijn oorsprong vindt in een foute lezing van haar offerte. Voorts benadrukt zij dat de verwerende partij ertoe gehouden was de verzoekende partij “te bevragen” indien zij voornemens was om haar offerte als substantieel onregelmatig te verwerpen.

12. Door de verwerende partij wordt opgeworpen dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel indien het tweede middel niet ernstig wordt bevonden. De verwerende partij wijst erop dat de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst aanzienlijker gunstiger is beoordeeld dan deze van de verzoekende partij en dat deze beoordeling niet werd betwist door de verzoekende partij.

Maar zelfs indien de offerte regelmatig zou worden bevonden, zou dit volgens de verwerende partij geen impact hebben op de gunning van de opdracht, aangezien het een vaststaand gegeven blijft dat de verzoekende partij tot tussenkomst de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft aangeboden. De verzoekende partij kan bijgevolg geen voordeel putten uit de wettigheidskritiek van dit middel.

Beoordeling

13. Uit de beoordeling van het tweede middel is gebleken dat dit middel niet ernstig is, zodat de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst *prima facie* als regelmatig dient te worden beschouwd. Uit de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria blijkt, dat de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst als eerste (90,85%) is gerangschikt en de offerte van de verzoekende partij als tweede (69,77%), zodat de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst de economisch meest voordelige offerte is. Nu de verzoekende partij de voormelde rangschikking niet heeft betwist, kan zelfs indien het eerste middel ernstig zou worden bevonden, dit de verzoekende partij geen voordeel bieden.

Gelet op wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel.

14. Het eerste middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van Telio Communications GmbH 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 22 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 veertien juli tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bruno Seutin,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Bruno Seutin