

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.388 van 6 september 2022
in de zaak A. 236.935/XII-9247**

In zake: de BV ACADEMIC SOFTWARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2a bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Jade Leenaert
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 augustus 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Vlaams minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand van 15 juli 2022 waarin de offerte van [de bv Academic Software] voor de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘Raamovereenkomst voor glasvezelverbinding voor de Vlaamse onderwijsinstellingen – FIBER TO THE SCHOOL (FTTS) (bestek nr. OND/HB/Telecom/2022/01)[’] onregelmatig verklaard werd en tot gunning van deze overheidsopdracht aan de bv Telenet”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 september 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Sofie Logie en Jade Leenaert, die verschijnen voor de verwerende 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 in 2021 een eerste overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “de aanlevering van provider- en internetdiensten voor de Vlaamse onderwijsinstellingen”.

De opdracht bestaat uit drie percelen :

- Perceel 1 : vaste datacommunicatie via lagere bandbreedtes en beschikbaarheid,
- Perceel 2 : vaste datacommunicatie via glasvezeltechnologie, en
- Perceel 3 : mobiele datacommunicatie (Wifi as a Service).

Bij beslissing van 29 juli 2021 worden de drie voornoemde percelen gegund: de percelen 1 en 3 aan de bv Telenet en perceel 2 aan de nv Eurofiber.

Tegen deze beslissing dient de verzoekende partij op 17 augustus 2021 een vordering in tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Bij arrest nr. 251.423 van 6 september 2021 wordt de gunningsbeslissing geschorst.

Op 22 september 2021 trekt de verwerende partij deze gunningsbeslissing in en zet de plaatsingsprocedure stop.

3.2. De verwerende partij schrijft vervolgens een nieuwe overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “Raamovereenkomst voor glasvezelverbinding voor de Vlaams[e] onderwijsinstellingen – FIBER TO THE SCHOOL (FTTS)”. Het voorwerp van deze opdracht stemt overeen met dat van perceel 2 in de eerste opdracht.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 9 maart 2022 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 maart 2022.

De maximale waarde van de opdracht wordt geraamd op 59.200.000 euro, btw niet inbegrepen.

Er wordt geopteerd voor een plaatsing van de opdracht met een openbare procedure.

3.3. Het bestek met referte OND/HB/Telecom/2022/01 is van toepassing.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als “het ter beschikking stellen van een glasvezelaanbod aan Vlaamse onderwijsinstellingen voor internetconnectiviteit en gerelateerde internetdiensten”. Het gaat om een raamovereenkomst waarbij de Vlaamse Gemeenschap optreedt als aankoopcentrale ten aanzien van bepaalde Vlaamse onderwijsinstellingen (basisonderwijs, secundair onderwijs, deeltijds kunstonderwijs, volwassenenonderwijs en basiseducatie).

In deel II (“administratieve voorschriften”) worden de gunningscriteria bepaald als volgt:

- Prijs: 40 punten,
- Kwaliteit: 30 punten, en
- Aanbod: 30 punten.

In verband met het gunningscriterium “prijs” bepaalt het bestek:

“Elke inschrijver moet prijzen indienen voor drie connecties van symmetrische bandbreedte (1Gbps, 500 Mbps en 200 Mbps, zie inventaris in Excel-bestand), waaruit de bestellende entiteiten zullen kiezen volgens hun noden. De score wordt gegeven op het totaal van de prijzen voor de drie connecties voor de opgegeven potentiële aantallen.”

Een van de subgunningscriteria onder het gunningscriterium “kwaliteit” betreft de “Totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen (vermeld in de inventaris)”.

In deel III (“technische voorschriften”) vermeldt het bestek onder meer:

“Binnen de Europese Unie is er een streefdoel [voetnoot: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf (enkel beschikbaar in het Engels)] dat elke school tegen 2025 toegang heeft tot symmetrische glasvezelverbindingen. Vlaanderen is heel dichtbevolkt en gezien de dienstensector de grootste toekomstige werkgever is van de schoolgaande jeugd, zou het goed zijn als scholen hier sneller in kunnen gaan en ten laatste einde schooljaar 2022-2023 alle scholen in Vlaanderen op glasvezel hebben.

[...]

Het model [dat] we hanteren is eenvoudig: op elk moment zou de helft van alle leerlingen op school internet gebruiken en willen we de aanbevolen snelheid van 2Mbps kunnen bieden. Als voorbeeld nemen we een school van 400 leerlingen, waarvan dus 50% te allen tijde gebruik maken van de internetverbinding. Die school zou dus minstens 400Mbps ter beschikking moeten hebben.

Dat wil zeggen dat we de volgende formule kunnen toepassen voor de genoodzaakte gegarandeerde bandbreedte:

$(\text{Aantal leerlingen op campus}) \times 50\% \times 2\text{Mbps}$.

[...]

Gezien de evolutie van het gebruik van consumptie naar creatie (en dus uploads/cloud gebruik) en de stijgende upload-behoeften komen enkel symmetrische lijnen in aanmerking, waarbij we evenveel pakketten kunnen versturen als ontvangen.”

In deel IV (“inventaris”) vermeldt het bestek dat de inschrijvers bij hun offerte een ingevulde inventaris (in Excel-bestand) moeten voegen. Die inventaris bestaat uit drie tabbladen, waaronder een tabblad “Scholenlijst”. Die lijst bevat de namen van 774 scholen, met vermelding voor ieder van hen van het aantal leerlingen en het aantal klasgroepen. Het bestek bepaalt voorts:

“In het tabblad ‘Scholenlijst’ vermeldt de inschrijver [...] of een vestiging (min. 200 leerlingen) nu aansluitbaar is (kolom G) of vanaf wanneer die vestiging aansluitbaar is (kolom H) en hoeveel de geraamde installatietijd in werkdagen (na vergunning) bedraagt (kolom I).”

3.4. De verzoekende partij, de bv Telenet, de nv Eurofiber en de bv SmartEye dienen een offerte in.

De offerte van de verzoekende partij bevat onder meer de volgende vermeldingen:

- Onder “Beschrijving van het aanbod”:

“In de inventaris worden 3 lijnprofielen aangeboden conform de vereisten van de inventaris. In het kader van de specifieke vraag van het bestek naar symmetrische snelheden worden de snelheden van de Academic Connect producten in downstream en/of in upstream gelimiteerd (verlaagd) om deze symmetrisch (gelijk) te maken en te laten passen binnen de technische specificaties van dit bestek.

De desbetreffende lijnen zijn gebaseerd op de volgende profielen die verlaagd zijn:

- 200/200 is gebaseerd op [...]
- 500/500 is gebaseerd op [...]
- 1000/1000 is gebaseerd op een 8,5 Gbps Down/ 1,5 Gbps up (Academic Connect 5 – wordt binnenkort gelanceerd)

De school kan op simpel verzoek snelheidslimitatie van de lijn laten verwijderen. Let wel, voor multi-gigabit kan additionele apparatuur vereist zijn.”

- Onder “Installatietijd”:

“De installatietijd wordt in werkdagen vermeld in de inventaris. Deze installatietijd begint te lopen vanaf het moment van bestellen van de lijn door de school.

Het symmetrisch profiel 1000/1000 is pas mogelijk in de loop van het eerste kwartaal 2023. Voor dit profiel loopt de installatietijd dus op tot dan. Scholen

kunnen wel tijdelijk een andere product nemen en dan kosteloos overschakelen tussen de profielen.”

3.5. Een gunningsverslag wordt opgesteld. Daarin wordt voorgesteld om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren:

“Academic Software

We sluiten deze partij uit wegens het niet kunnen aanbieden van een gevraagd[...] abonnement met een symmetrische snelheid van 1000 Mbps download en 1000 Mbps upload op het moment van gunning en zoals gevraagd in het bestek. De offerte vermeldt: ‘Academic Connect 5 – wordt binnenkort gelanceerd’. Deze offerte is niet conform met de essentiële voorwaarden van de opdrachtdocumenten op een wijze die substantieel onregelmatig is. Uit het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes blijkt dat deze offerte substantieel onregelmatig is. Om die reden wordt deze offerte nietig verklaard en komt deze offerte niet voor verdere beoordeling in aanmerking.”

3.6. Op 15 juli 2022 beslist de Vlaamse Regering om de opdracht te gunnen aan de bv Telenet, hecht zij haar goedkeuring aan het ontwerp van gunningsbeslissing en aan het bijhorende gunningsverslag, en draagt zij de Vlaamse minister bevoegd voor onderwijs en vorming op om voornoemd ontwerp van gunningsbeslissing in naam van de Vlaamse Gemeenschap te ondertekenen en om de procedure verder te volgen.

Dezelfde dag ondertekent de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand, namens de Vlaamse Regering, de gunningsbeslissing.

Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 18 juli 2022 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte onregelmatig is bevonden. De door de Vlaamse minister ondertekende gunningsbeslissing en het gunningsverslag worden gevoegd als bijlage.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van

17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), 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.

V. Onderzoek van het tweede middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet en de verplichting van afdoende motivering vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met name de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden,

“Doordat de beslissing om de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren steunt op motieven die in rechte noch in feite draagkrachtig zijn (eerste onderdeel);

Doordat de offerte van verzoekende partij wel in overeenstemming is met de essentiële voorwaarden van het bestek;

Doordat er geen maximale installatietijd opgelegd werd in het bestek;

Doordat de motivering in elk geval onvolledig en gebrekkig is;

Doordat het besluit van de verwerende partij steunt op een onvolledig onderzoek van de offerte van verzoekende partij en van de feiten van het dossier;

Doordat de aanbestedende overheid de offerte van de nv Eurofiber en de bv SmartEye wel regelmatig heeft verklaard (tweede onderdeel) ;

Terwijl een offerte maar substantieel onregelmatig is wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken;
Terwijl de beslissing om een offerte substantieel onregelmatig te verklaren moet steunen op draagkrachtige motieven;
Terwijl de gunningsbeslissing moet voorafgegaan worden door een zorgvuldig onderzoek van de offerte en het dossier ;
Terwijl alle inschrijvers in een gunningsprocedure op gelijke wijze moeten behandeld worden.”

De verzoekende partij licht het eerste onderdeel samengevat als volgt toe. Zij kan het gevraagde 1000/1000 Mbps profiel wel degelijk leveren, zoals zij in haar offerte heeft uitgelegd. Alleen zal dit profiel maar kunnen worden aangesloten vanaf het eerste kwartaal van 2023. Zoals zij in de inventaris heeft aangegeven, kan zij het grootste deel van de scholen aansluiten binnen 150 werkdagen na bestelling. De kortste termijn (voor sommige scholen) is 21 werkdagen. Voor een deel van de scholen zal een termijn van 210 werkdagen gelden. Wanneer een school een glasvezelverbinding bestelt in september 2022, dan zal de aansluiting in de meeste gevallen (namelijk bij een installatietermijn van 150 werkdagen) gebeuren in maart 2023, en op dat ogenblik zal deze aansluiting de 1000/1000 Mbps verbinding kunnen hebben. Overigens zijn de offertes van Eurofiber en SmartEye wel regelmatig bevonden, terwijl Eurofiber de meeste scholen maar kan aansluiten 18 maanden na bestelling en SmartEye voor een groot deel van de scholen zelfs geen enkele duidelijkheid geeft over het ogenblik van aansluiting. Aangezien het bestek geen maximale installatietermijn oplegt, heeft de verzoekende partij geen essentiële voorwaarde van het bestek geschonden.

Zelfs indien uit het bestek een verplichting zou voortvloeien om de installatie onmiddellijk na bestelling te kunnen uitvoeren, voldoet het aanbod van de verzoekende partij nog steeds aan deze voorwaarde. De verzoekende partij wijst erop dat elke kabel- en leidingbeheerder in Vlaanderen, voordat grondwerken kunnen worden uitgevoerd, diverse vergunningen moet verkrijgen en administratieve procedures moet doorlopen. De vergunningsprocedure neemt meestal in totaal ongeveer vijf maanden in beslag. Hieruit volgt dat de verzoekende partij in de overgrote meerderheid van de gevallen een verbinding met een snelheid

van 1000/1000 Mbps zal kunnen aanbieden op het ogenblik van de eerste mogelijke aansluiting. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij daarmee heeft rekening gehouden bij haar beoordeling van de regelmatigheid van de offerte. De bestreden beslissing steunt daarom op een onzorgvuldig onderzoek van het dossier.

6. De verwerende partij verwijst in haar nota naar de omschrijving van het prijscriterium in het bestek, naar luid waarvan elke inschrijver prijzen “moet” indienen voor drie connecties van symmetrische bandbreedte (1Gbps, 500 Mbps en 200 Mbps). “[O]p basis van de offerte [staat] bijgevolg niet vast dat verzoekende partij zonder voorbehoud de technische specificaties en het voorwerp van de opdracht bestaande uit drie soorten symmetrische verbindingen zou uitvoeren van bij aanvang van de raamovereenkomst. Minstens zijn er geen garanties betreffende het tijdstip van beschikbaarheid van de 1000/1000 symmetrische verbinding.” Volgens de verwerende partij laat de verzoekende partij de “uitvoering” van deze verbinding afhangen van haar eigen wil.

Het gebruik van het woord “moet” in het prijscriterium wijst op een minimale eis. “Alle elementen verbonden met de prijsopgave zijn in principe als essentieel te beschouwen. Een afwijking geeft aanleiding tot een substantiële onregelmatigverklaring. [...] Overigens, indien verwerende partij de offerte van verzoekende partij regelmatig zou hebben verklaard, [...] zou dit een discriminerend voordeel zijn voor verzoekende partij, dat door de andere inschrijvers zou kunnen worden ingeroepen”.

De verwerende partij benadrukt dat uit de bewoordingen van de offerte onbetwistbaar blijkt dat de verzoekende partij bij het sluiten van de raamovereenkomst niet zal beschikken over het gevraagde abonnement met een symmetrische snelheid van 1000 Mbps. De vermelding “Academic Connect 5 - wordt binnenkort gelanceerd” in de offerte van de verzoekende partij laat er geen twijfel over bestaan dat minstens bij de indiening van de offerte, dit abonnement nog niet beschikbaar was bij de verzoekende partij. De voornoemde vermelding, die letterlijk geciteerd wordt in het gunningsverslag, volstaat volgens de verwerende partij als motivering voor het onregelmatig verklaren van de offerte. In de offerte wordt overigens verduidelijkt dat met “binnenkort gelanceerd” bedoeld

wordt dat de 1000/1000 Mbps verbinding vanaf het eerste kwartaal van 2023 aangeboden kan worden.

De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij eigenlijk geen 1000/1000 symmetrisch profiel aanbiedt. Hetgeen zij aanbiedt, is gebaseerd op een 8,5 Gbps Down/1,5 Gbps Up connectie. Door de bandbreedte te beperken (tot 1000/1000 Mbps), heeft zij kunstmatig een hoger asymmetrisch profiel symmetrisch gemaakt. Hetzelfde geldt voor de andere profielen, wat bij de verwerende partij de vraag doet rijzen of de voorgestelde profielen überhaupt wel voldoen aan het vereiste van symmetrische profielen.

Voorts benadrukt de verwerende partij dat het niet kunnen aanbieden van een bepaald profiel losstaat van de installatietijd. Het feit dat geen maximale installatietijd in het bestek is bepaald, laat niet toe te besluiten dat het volstaat dat de opdrachtnemer tegen het einde van de uitvoeringstermijn het gevraagde profiel kan aanbieden. Het bestek stelt het aanbieden met de drie profielen verplicht. Dan moeten deze profielen evident beschikbaar zijn bij de aanvang van de uitvoering van de opdracht.

De verzoekende partij stelt ten onrechte dat er in het bestek zelfs niet wordt opgelegd dat elke in de inventaris vermelde school moet kunnen worden aangesloten op het glasvezelnetwerk. Dit is evident de doelstelling en het voorwerp van de raamovereenkomst.

De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij beweert dat zij de scholen in de meeste gevallen, uitgaande van een bestelling in september 2022, kan aansluiten in maart 2023, ook wat de gevraagde 1000/1000 Mbps verbinding betreft. In die omstandigheden is het onmogelijk om bij sommige grote onderwijsinstellingen een profiel 1000/1000 Mbps binnen 21 werkdagen te installeren, zoals de verzoekende partij in de inventaris nochtans heeft vermeld. Dat met een installatietijd van 150 werkdagen de school zonder meer onmiddellijk zal kunnen kiezen voor het profiel 1000/1000 Mbps, staat voorts nergens als zodanig in de offerte van de verzoekende partij vermeld. Dit is een a-posterioribewering van de verzoekende partij in haar verzoekschrift.

Het aanbod van de verzoekende partij dat scholen tijdelijk een ander product kunnen nemen en dan kosteloos kunnen overschakelen tussen de profielen, strookt niet met het opzet van de opdracht en de technische specificaties. Bovendien is er geen enkele garantie in de offerte dat het profiel 1000/1000 Mbps er effectief zal zijn in 2023, en nog minder dat scholen die in september 2022 intekenen, na 150 werkdagen over het profiel 1000/1000 Mbps zullen kunnen beschikken.

De inventaris maakt qua installatietermijn ook geen onderscheid naargelang het profiel. Terwijl in de offerte van de verzoekende partij een installatietermijn van 150 werkdagen voor quasi alle scholen vermeld wordt, geldt dit dus ongeacht het profiel, ook voor de twee beschikbare profielen. Ook hieruit blijkt duidelijk dat de in de inventaris vermelde installatietermijn losstaat van het gevraagde profiel. Binnen de door de verzoekende partij in de inventaris opgegeven installatietermijn is een aansluiting mogelijk op glasvezel, maar niet *per se* met het gevraagde profiel.

De verwerende partij erkent dat bij Eurofiber en SmartEye de installatietermijn “iets langer” is, doch wijst erop dat dit bij hen inderdaad in rekening is gebracht binnen het gunningscriterium ‘totale installatietijd in alle vestigingsplaatsen’. Deze inschrijvers beschikken evenwel van bij de aanvang van de raamovereenkomst over de drie profielen, en zij vermelden bovendien een “correcte” installatietijd, hetgeen bij de verzoekende partij niet uitvoerbaar is voor het gevraagde profiel 1000/1000 Mbps.

Wat de argumentatie van de verzoekende partij betreft aangaande de vergunningenproblematiek, repliceert de verwerende partij dat zij in de gunningsfase onmogelijk reeds rekening kan houden met allerhande mogelijke vertragingen tijdens de uitvoering. Zij kan enkel rekening houden met wat in de offerte is vermeld. Welnu, de verzoekende partij heeft hieromtrent niets in haar offerte opgenomen.

“Volledigheidshalve” wijst de verwerende partij er nog op dat zij voor het opstellen van het gunningsverslag extern technisch advies heeft ingewonnen, teneinde een gemotiveerde beslissing te kunnen nemen. Zij citeert

ook dat (vertrouwelijk) advies wat de offerte van de verzoekende partij betreft. Ter terechtzitting deelt zij mee dat er vóór het opstellen van het gunningsverslag wel mondeling is overlegd met de experten, maar dat de schriftelijke versie van het advies pas na het opstellen van het gunningsverslag is ontvangen.

Beoordeling

7. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, en om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel of minimaal worden aangemerkt. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven, die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek, en of daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden.

8. De offerte van de verzoekende partij wordt substantieel onregelmatig verklaard omdat het profiel 1000/1000 Mbps niet kan worden aangeboden op het moment van gunning.

De verzoekende partij betwist niet dat het profiel 1000/1000 Mbps op dit ogenblik niet beschikbaar is. In haar offerte vermeldt zij trouwens meermaals dat “[h]et symmetrisch profiel 1000/1000 [...] pas mogelijk [is] in de loop van het eerste kwartaal 2023”. Ter terechtzitting legt zij uit dat de latere beschikbaarheid van dat profiel te maken heeft met termijnen die in acht genomen moeten worden voor het op de markt brengen van de verbinding 8500/1500 Mbps (die in het kader van de raamovereenkomst beperkt zal worden tot 1000/1000 Mbps).

9. De verwerende partij verwijst naar het prijscriterium in het bestek, luidens welk elke inschrijver prijzen “moet” indienen voor drie connecties van symmetrische bandbreedte (1Gbps, 500 Mbps en 200 Mbps). Het gebruik van het woord “moet” in het prijscriterium wijst volgens haar op een minimale eis, waarvan niet kan worden afgeweken op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte. Ter terechtzitting wijst zij ook op het feit dat volgens dezelfde

beschrijving van het prijscriterium in het bestek “de bestellende entiteiten [uit de drie connecties] zullen kiezen”, hetgeen volgens haar impliceert dat de keuze moet kunnen gebeuren zodra de opdracht gegund is.

In het prijscriterium wordt evenwel louter geëist om prijzen op te geven voor de drie connecties van symmetrische bandbreedte. Aan dat vereiste voldoet de offerte van de verzoekende partij.

10. De opmerking van de verwerende partij dat de door de verzoekende partij aangeboden profielen eigenlijk geen symmetrische profielen zijn maar hogere asymmetrische profielen die, door de bandbreedte te beperken, kunstmatig symmetrisch zijn gemaakt, is geen motief dat in het gunningsverslag is ingeroepen ter verantwoording van het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij.

De verwerende partij licht overigens ook niet nader toe waarom de aldus beperkte profielen niet beschouwd kunnen worden als symmetrische profielen.

11. Rest dan de vraag of de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig mocht verklaren op grond dat, door de verbinding met de snelheid 1000/1000 Mbps niet reeds aan te bieden op het moment van de gunning van de opdracht, de offerte niet in overeenstemming is met een essentiële voorwaarde van het bestek.

Anders dan de verwerende partij het ziet, lijkt het antwoord op deze vraag niet los te kunnen worden gezien van de kwestie van de installatietermijn. Het bestek legt geen maximale installatietermijnen op. De “Totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen” is wel een subgunningscriterium onder het gunningscriterium “kwaliteit”. Aan de inschrijvers wordt gevraagd om te preciseren, in de inventaris, wat voor elke school de installatietijd is die zij voorzien. Terwijl de toekomstige beschikbaarheid van een verbinding, die reeds onmiddellijk na de gunning besteld kan worden, kennelijk relevant is voor de beoordeling van het genoemde subgunningscriterium (hetgeen ook blijkt uit de beoordeling van de offertes van Eurofiber en SmartEye),

lijkt deze voor het overige daarentegen geen uitstaans te hebben met de regelmatigheid van de offerte.

12. Het verweer van de verwerende partij dat de verzoekende partij geen garanties zou bieden betreffende het tijdstip van beschikbaarheid van de 1000/1000 Mbps symmetrische verbinding, lijkt de discussie te verleggen van de beschikbaarheid van het profiel op het ogenblik van de gunning van de opdracht (zoals in het gunningsverslag gesteld), naar het garanderen van de beschikbaarheid van het betrokken profiel op een bepaald (later) tijdstip (waarover het gunningsverslag het niet heeft).

Uiteraard kan het de verwerende partij niet worden verweten dat zij garanties wil dat alle scholen die dat wensen, zullen kunnen worden aangesloten op het gekozen profiel, inclusief de 1000/1000 Mbps symmetrische verbinding. De verzoekende partij lijkt er zich blijkens haar offerte evenwel toe te verbinden om het 1000/1000 Mbps profiel in de loop van het eerste kwartaal van 2023 ter beschikking te stellen.

13. Deze latere beschikbaarheid beïnvloedt logischerwijs de installatietermijn. In haar offerte geeft de verzoekende partij aan, zoals gezegd, dat voor het symmetrisch profiel 1000/1000 Mbps de installatietijd oploopt tot het eerste kwartaal van 2023. Scholen die voor dat profiel kiezen, kunnen wel tijdelijk een ander product nemen en dan kosteloos overschakelen naar het profiel 1000/1000 Mbps. Ter terechtzitting licht de verzoekende partij toe dat die scholen tijdelijk over een 1000/500 Mbps verbinding kunnen beschikken.

De verwerende partij kan worden bijgevalen dat het tijdelijk aanbieden van een asymmetrische verbinding in afwachting van een upgrade naar een symmetrische 1000/1000 Mbps verbinding, niet beantwoordt aan het voorwerp van de opdracht en de technische specificaties. Zij heeft het op het eerste gezicht ook bij het rechte eind waar zij stelt dat binnen de door de verzoekende partij in de inventaris opgegeven installatietermijnen aansluiting mogelijk zal zijn op glasvezel, maar niet *per se* met het gevraagde (symmetrisch) profiel.

Die vaststellingen lijken evenwel niet te volstaan om, in het licht van de bepalingen van het bestek, de offerte van de verzoekende partij zonder meer substantieel onregelmatig te kunnen verklaren.

14. Door haar beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij lapidair te steunen op de onbeschikbaarheid van een der gevraagde profielen op het ogenblik van de gunning, terwijl het bestek geen melding maakt van maximale installatietermijnen, steunt de verwerende partij op een motief dat niet “afdoende” is om de offerte als substantieel onregelmatig te beschouwen.

In zoverre het eerste onderdeel is afgeleid uit de schending van de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht, is het ernstig.

15. In de gegeven omstandigheden is er geen reden om in te gaan op de vraag van de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid van stuk B.5 van het administratief dossier, bevattende het advies van de externe experts, te lichten. In haar nota licht de verwerende partij de vertrouwelijkheid van dit stuk trouwens reeds ten dele, in zoverre relevant voor wat het tweede middel betreft.

VI. Besluit

16. Het eerste onderdeel van het tweede middel is in de besproken mate ernstig. Die conclusie verantwoordt dat de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt bevolen.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Regering van 15 juli 2022 waarbij de opdracht voor de raamovereenkomst voor glasvezelverbindingen voor de Vlaamse onderwijsinstellingen “Fiber to the school (FTTS)” wordt gegund aan de bv Telenet (bestek nr. OND/HB/Telecom/2022/01).

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens