RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 256.099 van 22 maart 2023
in de zaak A. 238.426/XII-9344

In zake: de BV ACADEMIC SOFTWARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2 A/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

Tussenkomende partij:

de BV TELENET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Robin Beck en Ellen Gerits
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sophie Bleux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapstraat 58 b8

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 februari 2023, 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 02 februari 2023 tot gunning van de overheidsopdracht

‘Raamovereenkomst voor glasvezelverbinding voor de Vlaamse onderwijsinstellingen – FIBER TO THE SCHOOL (FTTS) (bestek nr. OND/HB/Telecom/2022-01)’ aan de bv Telenet”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 februari 2023 heeft de bv Telenet gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 maart 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Sophie Bleux en Ellen Gerits, die verschijnen 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 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
- Perceel 3 : mobiele datacommunicatie (Wifi as a Service).

3.2. Bij beslissing van 29 juli 2021 worden de drie 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 bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging ervan.

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 zij de plaatsingsprocedure stop.

Met een beslissing van 24 september 2021 betreffende ‘adviserende kennis- en adviescentrum Digisprong/Raamovereenkomst Telecom (DOS-2021-1029)’ gaat de minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand (hierna: minister van Onderwijs) akkoord met het voorstel van werking en samenstelling van de adviserende stuurgroep, met het voorstel om perceel 2 (glasvezel) prioritair in de markt te plaatsen, mits bijzondere aandacht voor cybersecurity binnen dit perceel, en met een beroep op externe technische begeleiding, mits de overige percelen worden opgestart zodra perceel 2 is afgerond.

3.3. De verwerende partij schrijft vervolgens een nieuwe overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor glasvezelverbinding voor de Vlaamse onderwijsinstellingen – FIBER TO THE SCHOOL (FTTS)’. Het voorwerp van deze opdracht stemt overeen met dat van perceel 2 van de eerste opdracht.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

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

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

3.4. 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’ van het bestek worden de gunningscriteria vastgesteld als volgt:

> “A.5 Gunningscriteria
> […]
> Alle criteria worden samen gescoord op een puntensysteem tot 100 punten maximaal. Per gunningscriterium wordt er een regel van drie toegepast om de hoogste score aan de beste te geven.
> PRIJS
> Maximaal 40 punten. 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.
> Score (laagste prijs aanbieder / prijs van aanbieder die gescoord wordt) x 40
> KWALITEIT

Maximaal 30 punten. Op elk subgunningscriterium worden de aanbieders beoordeeld volgens de onderstaande tabel.

Interventiesnelheid	Eerste inschrijver: 7 Tweede inschrijver: 5 Derde inschrijver: 3 Andere: 0
Totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen (vermeld in de inventaris)	Eerste inschrijver: 7 Tweede inschrijver: 5 Derde inschrijver: 3 Andere: 0
Incident beheer (resolutie tijd, reactietijd, contacts)	Eerste inschrijver: 7 Tweede inschrijver: 5 Derde inschrijver: 3 Andere: 0
Aangeboden/beschikbare Rapportering en Monitoring	Eerste inschrijver: 7 Tweede inschrijver: 5 Derde inschrijver: 3 Andere: 0
Latency naar bestemmingen	Alle onder de 15ms: 7 Alle onder de 20ms: 5 Sommige meer dan 20ms: 3 De meeste meer dan 20ms: 0

Voor de kwaliteit gaan we werken met
Score = (kwaliteitsscore aanbieder die gescoord wordt / hoogste kwaliteitsscore) x 30

AANBOD
Maximaal 30 punten. Op elk subgunningscriterium worden de aanbieders beoordeeld volgens de onderstaande tabel:

Mogelijk om de grootste vestiging school te voorzien van een passende verbinding volgens de aannames in het bestek (1524 leerlingen, St. Rita College Kontich)	Ja: 7 Nee: 0
Product beschikbaar onder de 300€ per maand voor kleine scholen/afdelingen – symmetrische bandbreedte op glasvezel	Ja: 7 Nee: 0
Split ratio van de fiber van toepassing	Nee: 7 Ja: 0
Dekkingsgraad fiber aanbod (zie technische voorschriften)	Eerste: 7 Tweede: 5 Derde: 3 Andere: 0

Score = (aanbodscore aanbieder die gescoord wordt / hoogste aanbodscore) x 30."

In deel IIII 'Technische voorschriften' van het bestek wordt het belang van het beperken van de *split ratio* van de *fiber* (zijnde het aantal keren dat de *fiber* wordt gesplit) als volgt omschreven:

"FYSIEKE INFRASTRUCTUUR
Investeren in infrastructuur is een belangrijke drijfveer van dit bestek. De investering is een kans om de juiste technologie en aanbieding te hebben die minstens 10 jaar relevant is.
Scholen verwachten dan ook betaalbare, courante oplossingen die zeker in de loop van het gebruik mogelijkheden bieden om zonder extra investeringen aan de verwachte toename van capaciteit te voldoen.
[…]
Indien er een nieuwe aansluiting voorzien is, moet deze drop kabel (fiber) voldoende core fibers hebben om latere groei makkelijk mogelijk te maken. Scholen kunnen beschouwd worden binnen de residentiële markt als appartementsgebouwen of MDU (Multi Dwelling Units, gebouwen waar meerdere gezinnen samenwonen). Om die reden moeten er minstens een dubbel aantal core fibers voorzien worden dan dat er nodig zou zijn bij een initiële aansluiting.
Het gegeven dat scholen MDU gebouwen zijn moet ook gereflecteerd worden in de verdere uitbouw van de passieve en actieve infrastructuur naar de school toe. Split ratios, indien van toepassing, moeten daarom beperkt blijven. De groeifactoren van scholen, namelijk de noden per leerling, geven aan dat dit best juist gedimensioneerd wordt.
Als de back-haul (het deel [dat] het core netwerk van de aanbieder met het verdeelpunt in de straat verbindt) capaciteit moet delen, dan is het belangrijk om te weten wat het beleid van het overschrijven op de verbinding is, die bovenop de split ratio van het fysieke medium komt. De aanbieder wordt dan ook gevraagd om hier open en transparant (te) zijn. We gaan ervan uit dat dit volgens de regels van de kunst bepaald is en dat aanpassingen hieraan binnen een termijn van weken mogelijk is en niet van maanden.
De aanbieder moet aantonen dat de gekozen technologie, de split ratio en de drop kabel, het mogelijk [maken] om over een periode van 10 jaar de capaciteit te verhogen zonder additionele kosten voor de aangesloten school. Op deze manier kunnen de scholen genieten van het vertrouwen dat de gemaakte investering in de infrastructuur toekomstgericht is."

Voorts zijn nog de volgende bepalingen uit deel III 'Technische bepalingen' van het bestek in het kader van het voorliggende beroep relevant:

“KWALITEIT

De scholen hebben via een betrouwbare manier informatie nodig om de kwaliteit van de dienstverlening en eventuele storingen te kunnen kaderen.

Kwaliteit van een internetaansluiting wordt beïnvloed door vele factoren: de werking van het fysieke medium, de bruikbaarheid van Internet Protocol diensten die op dat medium werken waar de aanbieder verantwoordelijk voor is, de routering van de pakketten en de beschikbaarheid van diensten van de aanbieder die gebruikt worden zoals DNS.

Vanuit dat opzicht verwachten we dat de aanbieder transparantie geeft aan de zaken die hier van belang zijn voor een SLA (Service Level Agreement).

FYSIEKE FIBER

De fysieke connectie die geleverd wordt moet een beschikbaarheid bieden van 99.9% op maandbasis. Dit is de beschikbaarheid die over het algemeen verwacht kan worden.

De verwachting is dat de fysieke fiber toegewijd is aan de connectie van de school. De aansluitingen naar de verdeelkasten moeten uitgevoerd worden volgens de regels van de kunst om zoveel mogelijk een enkel zwak punt [simple point of failure] (SPOF) te vermijden.

[…]

BANDBREEDTE & LATENCY

De aangeboden bandbreedte voor de school moet 100% gegarandeerd zijn. We gaan ervan uit dat de aanbieder bij zijn capaciteitsplanning rekening houdt met de scholen die aangesloten zijn met een 1:1 overboeking. In gevallen waar dit niet mogelijk is moet de aanbieder transparant communiceren over het maximale aantal klanten op een verbinding die hij ingepland heeft. In geval dat de school deel zou uitmaken van een segment die ‘oversubscribed’ is, en dus met te veel anderen gedeeld wordt, dient de aanbieder oplossingen aan te bieden binnen een voorzienbare tijd. De aanbieder deelt deze mee om de situatie te verbeteren zonder meerkost voor de school.

[…]

SAMENVATTING SLA

	Beschikbaarheid per maand	Maximale onbeschikbaarheid per maand
Fysieke fiber	99,9%	44 minuten
Routing	99,9%	44 minuten
Internetdiensten	99,9%	44 minuten
Algehele verwachting	99,9%	44 minuten
Bandbreedte	100%	
Latency	<20ms	

”

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:

> “3. 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).”

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

De opening van de offertes vindt plaats op 11 april 2022.

3.6. Op 15 juli 2022 beslist de verwerende partij om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en de opdracht te gunnen aan de bv Telenet.

3.7. Met een e-mailbericht van 27 juli 2022 stelt de raadsman van de verzoekende partij een aantal vragen over de gevolgde procedure. Onder meer vraagt hij “de principiële beslissing van 8 maart 2022 tot plaatsing” te bezorgen. De verwerende partij antwoordt in een e-mailbericht van 29 juli 2022 op die vraag als volgt:

> “De principiële beslissing tot plaatsing van 8 maart 2022 ligt besloten in het gunstig advies van de inspectie van Financiën van 8 maart 2022 op de vraag om advies met betrekking tot deze opdracht. U vindt de vraag om advies met het gunstige advies in bijlage.”

3.8. Bij arrest nr. 254.388 van 6 september 2022 wordt de beslissing van 15 juli 2022 in haar tenuitvoerlegging geschorst.

3.9. Op 22 november 2022 deelt de verwerende partij aan de bv Telenet mee dat zij een nieuw dossier voor de Vlaamse regering heeft

voorbereid en vraagt zij onder meer te bevestigen “dat de offerte nog geldig is, ondanks het verstrijken van de verbintenistermijn”.

Op 28 november 2022 bevestigt de bv Telenet de geldigheid van haar offerte voor een bijkomende termijn van twee maanden.

3.10. Een nieuw gunningsverslag wordt opgesteld op 1 december 2022. De offertes van de vier inschrijvers worden regelmatig verklaard en getoetst aan de gunningscriteria.

De beoordeling van de volgende subgunningscriteria is in het kader van het voorliggende beroep relevant:

> “D.1.2 Totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen
> Telenet heeft een aansluittermijn tussen de 0 en 140 dagen waarvan 91% van de scholen aansluitbaar zijn binnen de 80 dagen of korter.
> Bij Academic Software zijn 130 scholen op 21 dagen aansluitbaar en 721 scholen op 150 dagen.
> Eurofiber kan de meerderheid van de scholen pas 18 maanden na gunning aansluiten. Eurofiber rekent voor elke school een installatietijd aan van 130 dagen.
> Bij SmartEye is het onduidelijk wanneer bepaalde scholen aansluitbaar zijn doordat ze bij 70% van de scholen nog een studie moeten uitvoeren op locatie.
> Voor dit subgunningscriterium is Telenet eerste aangezien de globale aansluittermijn het kortst is, Academic Software tweede (globaal iets langere aansluittermijn), Eurofiber derde en SmartEye vierde.
> De score voor het subgunningscriterium totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen is:
> Academic Software : 5 punten
> Eurofiber : 3 punten
> Telenet NV : 7 punten
> SmartEye BV : 0 punten
> Deze scores weerspiegelen de kwalitatieve verschillen tussen de offertes wat dit subgunningscriterium ‘totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen’ betreft.
> […]
> D.2.3 Split Ratio van de fiber van toepassing
> Split ratios, indien van toepassing, krijgen conform het bestek een nulscore voor dit gunningscriterium. Als de back haul (het deel [dat] het core netwerk van de inschrijver met het verdeelpunt in de straat verbindt) capaciteit moet delen, dan is het belangrijk om te weten wat

het beleid van het overschrijven op de verbinding is die bovenop de split ratio van het fysieke medium komt. De aangeboden bandbreedte voor de school moet 100% gegarandeerd zijn.
Zowel Eurofiber en Telenet maken geen gebruik van technieken die overboeking doen van de schoolvestigingen tot aan de backbone. Er wordt dus in de voorgestelde oplossingen geen gebruik gemaakt van split ratio, content ratio of andere overboeking. Alle beschikbare bandbreedte staat gegarandeerd volledig ter beschikking van de school tot aan de backbone.
SmartEye en Academic Software maken daarentegen wel gebruik van een gedeelde lijn met een split ratio van maximaal 1:32 aan de backbone waardoor de gewenste bandbreedte minder gegarandeerd blijft nu en bij een stijgend gebruik.
Voor dit subgunningscriterium stellen we vast dat Eurofiber en Telenet geen gebruik maken van een split ratio waardoor ze voldoen. SmartEye en Academic Software maken wel gebruik van een split ratio waardoor ze niet voldoen.
De score voor het subgunningscriterium split ratio fiber van toepassing is conform het bestek:
Academic Software: 0 punten
Eurofiber: 7 punten
Telenet NV: 7 punten
SmartEye BV: 0 punten
Deze scores weerspiegelen de kwalitatieve verschillen tussen de offertes wat dit subgunningscriterium ‘split ratio fiber van toepassing’ betreft.
[…]
D.2.4 Dekkingsgraad fiber aanbod
Zowel Telenet, Eurofiber als SmartEye antwoorden ja op de vraag of elke school in de inventaris aansluitbaar is.
Academic Software kan echter 12 scholen niet aansluiten uit de inventaris, alle andere scholen wel.
SmartEye kan geen aansluiting van elke school garanderen zonder een studie ter plaatse.
Voor dit subgunningscriterium zijn Telenet en Eurofiber ex aequo eerste, Academic Software tweede en SmartEye derde.
De score voor het subgunningscriterium dekkingraad fiber aanbod is:
Academic Software : 5 punten
Eurofiber : 7 punten
Telenet NV : 7 punten
SmartEye BV : 3 punten
Deze scores weerspiegelen de kwalitatieve verschillen tussen de offertes wat dit subgunningscriterium ‘Dekkingsgraad fiber aanbod’ betreft.”

Blijkens de definitieve rangschikking, na evaluatie van alle gunningscriteria, is de tussenkomende partij de best gerangschikte inschrijver met

89,4006 punten, en de verzoekende partij de derde gerangschikte inschrijver met 86,4862 punten.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de bv Telenet.

3.11. Op 27 januari 2023 keurt de Vlaamse regering het ontwerp van gunningsbeslissing goed waarbij wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv Telenet.

Op 2 februari 2023 ondertekent de Minister, bevoegd voor onderwijs en vorming, de beslissing om de opdracht te gunnen aan de bv Telenet.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 2 februari 2023 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen.

3.12. Nog op 2 februari 2023 wordt beslist de eerste gunningsbeslissing van 15 juli 2022 in te trekken.

Het annulatieberoep tegen die eerste gunningsbeslissing, bekend onder rolnummer A. 236.935/XII-9247, is nog hangende.

IV. Tussenkomst

4. De bv Telenet blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Op 7 maart 2023 legt de verzoekende partij een pleitnota neer waarin zij een repliek formuleert op het antwoord van de verwerende partij op het tweede, het derde en het vierde middel en een nieuw vijfde middel inroept.

Op 8 maart 2023 stuurt de verwerende partij een e-mailbericht aan de Raad van State met repliek op het vijfde middel zoals aangevoerd in de pleitnota van de verzoekende partij. Zij legt een bijkomend vertrouwelijk stuk 5 'Correspondentie attesten centraal strafregister' neer. Ook de tussenkomende partij repliceert in een "dringend bericht" van 8 maart 2023 op dit vijfde middel.

6. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota als een processtuk neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. Dit is ook het geval voor een nieuw middel, voor zover dat steunt op gegevens die de verzoekende partij pas kon kennen bij inzage van de stukken van het administratief dossier. In zoverre de door de verzoekende partij neergelegde pleitnota op dergelijke feiten betrekking heeft, wordt ze dan ook bij de zaak betrokken. In zoverre de pleitnota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van de uiteenzetting ter terechtzitting, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen. Hetzelfde geldt voor de e-mailberichten van de verwerende partij en de tussenkomende partij, voor zover die een repliek bevatten op de pleitnota van de verzoekende partij.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 105 van de Grondwet, de onbevoegdheid van de steller van de administratieve rechtshandeling, en de schending van de artikelen 8 en 15 van het besluit van de Vlaamse Regering van 25 juli 2014 'tot delegatie van beslissingsbevoegdheden aan de leden van de Vlaamse Regering' (hierna: delegatiebesluit) en van de materiële motiveringsplicht.

Zij splitst het middel op in twee onderdelen, doch ter zitting doet zij afstand van het tweede onderdeel.

In een eerste onderdeel klaagt zij aan dat de beslissing tot plaatsing van de opdracht, tot goedkeuring van de opdrachtdocumenten en tot keuze van de gunningsprocedure blijkbaar werd genomen door de kabinetschef van de Vlaamse minister van Onderwijs, terwijl deze door de minister zelf diende te worden genomen. Zij leidt dit af uit het e-mailbericht van de verwerende partij van 29 juli 2022 waarbij haar de vraag om advies van de Inspectie van Financiën van 22 februari 2022, en diens advies van 8 maart 2022 wordt bezorgd, met het antwoord dat de principiële beslissing tot plaatsing van 8 maart 2022 in dat gunstig advies besloten ligt. Zij stelt dat aangezien deze vraag tot advies, en bijgevolg de beslissing tot goedkeuring van de opdrachtdocumenten, uitging van

de kabinetschef en niet van de minister zelf, deze beslissing artikel 8, § 1, van het delegatiebesluit schendt.

Zij vervolgt dat de beslissing van de bevoegde minister van 24 september 2021 waarin aan de administratie toegelaten wordt de nodige documenten voor te bereiden om deze opdracht te plaatsen, geen goedkeuring van het bestek inhoudt, dat uiteraard later werd opgesteld. Bovendien blijkt uit deze beslissing dat de minister voorwaarden koppelde aan het prioritair in de markt plaatsen van het perceel glasvezel terwijl, in tegenstelling hiermee, geen enkele bijzondere aandacht werd besteed aan *cybersecurity* binnen deze opdracht en evenmin een beroep werd gedaan op externe technische begeleiding. De omstandigheid dat de kabinetschef van de minister het bestek heeft goedgekeurd, dat niet is opgesteld overeenkomstig de richtlijnen van de minister, doet des te meer tot de onwettigheid van deze beslissing besluiten.

Zij benadrukt ten slotte nog dat de onwettigheid van de beslissing tot vaststellen/goedkeuren van het bestek, niet wordt gedekt door de gunningsbeslissing zelf noch door de eventuele beslissing van de Vlaamse Regering waarin aan de minister de bevoegdheid werd gedelegeerd om de gunningsbeslissing te ondertekenen.

De beslissing van 8 maart 2022 tot keuze van de plaatsingswijze en goedkeuring van de opdrachtdocumenten werd bijgevolg genomen door een daartoe onbevoegd orgaan.

Beoordeling

9. Luidens artikel 8, § 1, van het delegatiebesluit hebben de leden van de Vlaamse Regering, ieder wat hem of haar betreft, ongeacht het bedrag, delegatie voor:

> “1° de principiële beslissing tot uitvoering van de opdracht, de keuze van de gunningsprocedure en de goedkeuring van de opdrachtdocumenten;
> […] ”

Uit deze bepaling kan op het eerste gezicht worden afgeleid dat de principiële beslissing tot uitvoering van de opdracht, de keuze van de gunningsprocedure en de goedkeuring van de opdrachtdocumenten behoort tot de bevoegdheid van de minister.

10. De bestreden gunningsbeslissing verwijst in de aanhef naar de "(p)rincipiële beslissing [van] 8 maart 2022 tot plaatsing van de opdracht en keuze van de openbare procedure als plaatsingsprocedure" en naar het bestek.

Uit het dossier blijkt dat de Vlaamse minister van Onderwijs op 24 september 2021 heeft beslist om perceel 2 (glasvezel) prioritair in de markt te plaatsen mits enkele voorwaarden.

Het bestek werd aan de Vlaamse minister van Onderwijs voorgelegd in een nota vanwege het Departement Onderwijs en Vorming van 21 januari 2022. In een nota van 22 februari 2022 aan de Inspecteur van Financiën vanwege de kabinetschef, met als bijlage het ontwerp van bestek, wordt de Inspecteur van Financiën verzocht "om advies uit te brengen over de plaatsingsprocedure en het ontwerp [van] bestek".

Uit de chronologie van deze beslissingen lijkt op het eerste gezicht aannemelijk, zoals de verwerende partij stelt, dat uit het voorleggen voor advies aan de Inspecteur van Financiën "over de plaatsingsprocedure en het ontwerp bestek" kan worden afgeleid dat deze aspecten door de Vlaamse minister van Onderwijs zijn goedgekeurd. De rol van de kabinetschef lijkt te dezen beperkt te zijn gebleven tot het voorleggen van het ontwerp van bestek (met daarin de keuze voor de plaatsingsprocedure) voor advies aan de Inspectie van Financiën, namens de minister, en dit verzoek lijkt de instemming van de minister met de inhoud ervan te impliceren.

De verwijzing in de aanhef van de gunningsbeslissing naar de "(p)rincipiële beslissing [van] 8 maart 2022 tot plaatsing van de opdracht en keuze van de openbare procedure als plaatsingsprocedure" lijkt voorts te kunnen worden verklaard door het vereiste van een akkoord van de Inspectie van

Financiën om de beslissing tot plaatsing van de opdracht en keuze van de plaatsingsprocedure definitief en uitvoerbaar te maken.

11. Hoe dan ook blijkt uit de nota van de Vlaamse minister van Onderwijs aan de Vlaamse regering van 20 januari 2023 dat deze minister het advies van de Inspectie van Financiën van 8 maart 2022, het gunningsverslag van 5 december 2022, het ontwerp van gunningsbeslissing en het advies van de Inspectie van Financiën van 20 januari 2023 ter goedkeuring aan de Vlaamse regering heeft voorgelegd. Uit deze nota kan bijgevolg worden afgeleid dat de minister alle voorafgaande stappen om te komen tot het ontwerp van gunningsbeslissing, waaronder de beslissing tot plaatsing van de opdracht, de keuze van de plaatsingsprocedure en de goedkeuring van de opdrachtdocumenten, heeft goedgekeurd. Of de in zijn voornoemde beslissing van 24 september 2021 gestelde voorwaarden die moesten worden nageleefd indien perceel 2 prioritair in de markt werd geplaatst, alsdan zijn vervuld, lijkt op het eerste gezicht niet relevant.

12. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 58 en 89 van het koninklijk besluit van 8 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna koninklijk besluit plaatsing 2017) en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij stelt dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat de gekozen inschrijver de verbintenistermijn van zijn offerte verlengd heeft tot 28 januari 2023, terwijl de bestreden gunningsbeslissing werd genomen op 2 februari 2023. Op het ogenblik van de gunningsbeslissing beschikte de verwerende partij bijgevolg over geen enkele zekerheid over de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren.

Voorts meent zij dat de vraag tot verlenging van de verbintenistermijn pas werd gesteld ruimschoots na het verstrijken van de initiële verbintenistermijn op 10 augustus 2022, wat een schending uitmaakt van artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Bovendien blijkt volgens de verzoekende partij uit het feit dat de verwerende partij haar niet heeft gevraagd om haar verbintenistermijn te verlengen, dat deze reeds vóór de vergelijking van de offertes een keuze voor de preferentiële inschrijver blijkt te hebben gemaakt, wat een schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016. Indien ook aan de verzoekende partij een vraag tot verlenging zou zijn gesteld, had zij, gelet op de evolutie van de markt, een goedkopere offerte kunnen indienen, zodat ook in dit licht het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

14. In antwoord op de stelling van de verwerende partij in haar nota met opmerkingen dat de verlenging werd gevraagd overeenkomstig artikel 89 en niet artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, betoogt de verzoekende partij dat deze bepaling te dezen niet van toepassing is. De vraag tot behoud van de voorwaarden van de offerte, overeenkomstig artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, kan enkel worden gesteld wanneer er reeds sprake is van een rangschikking, een nakende gunning en een nakend sluiten van het contract. Zij verwijst hiervoor naar het arrest van de Raad van State van 13 november 2018, nr. 242.922, nv Jomex.

Te dezen werd de vraag gesteld op 22 november 2022, zijnde meer dan twee maanden vóór de gunningsbeslissing van 2 februari 2023, en dus op een ogenblik voordat van dit alles sprake was. Ook het gunningsverslag werd pas opgesteld op 5 december 2022, dus 13 dagen ná de vraag aan de tussenkomende partij of zij haar voorwaarden behoudt. Aldus blijkt dat het wel degelijk ging om een vraag tot verlenging van de verbintenistermijn.

Voorts stelt de verzoekende partij nog vast, na inzage van het administratief dossier, dat de “verbintenis tot behoud van de voorwaarden van de offerte” niet werd aangegaan door een orgaan of gemachtigde van de

tussenkomende partij die over de nodige vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt. Immers, zo stelt zij vast, het e-mailbericht van 28 november 2022, waarin wordt bevestigd dat de offerte nog geldig blijft voor een bijkomende termijn van twee maanden, gaat uit van de ‘Business Director Governement & Education’ van de gekozen inschrijver. Uit niets blijkt dat deze persoon gemachtigd is de tussenkomende partij te vertegenwoordigen. De brief van de tussenkomende partij van 24 februari 2023, waarbij zij (opnieuw) instemt met het behoud van haar offerte, werd na het indienen van het verzoekschrift tot schorsing neergelegd, en kan bijgevolg de onwettigheid van de bestreden beslissing niet retroactief regulariseren.

Beoordeling

15. Artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

> “De inschrijvers blijven verbonden door hun offerte, zoals eventueel verbeterd door de aanbestedende overheid, gedurende negentig dagen te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst. De opdrachtdocumenten kunnen een afwijkende termijn voorschrijven.
> Vóór het verstrijken van de verbintenistermijn kan de aanbestedende overheid aan de inschrijvers een vrijwillige verlenging van deze termijn vragen, onverminderd de toepassing van artikel 89 in geval de inschrijvers niet op dat verzoek ingaan.
> […].”

Artikel 89 van hetzelfde besluit bepaalt:

> “Als de eventueel verlengde verbintenistermijn verstrijkt zonder dat de opdracht is gesloten en de aanbestedende overheid in dit stadium geen toepassing maakt van artikel 85 van de wet, gaat ze als volgt te werk.
> Vooraleer de opdracht te gunnen, vraagt de aanbestedende overheid schriftelijk aan de inschrijver in kwestie of hij instemt met het behoud van zijn offerte. Als die inschrijver daarmee zonder voorbehoud instemt, gaat de aanbestedende overheid over tot de gunning en de sluiting van de opdracht.
> […].”

Artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en handelen op een transparante en proportionele wijze.

In arrest nr. 242.922 van 13 november 2018, waarnaar de verzoekende partij verwijst, overweegt de Raad:

> "De context van artikel 57 [van het koninklijk besluit plaatsing 2011, thans artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing 2017] lijkt die te zijn van een aanbestedende overheid die nog niet het eindstadium van de procedure, dit is het sluiten van de opdracht, binnen handbereik heeft en tijdens de lopende verbintenistermijn vraagt dat die wordt verlengd.
> […]
> De context van artikel 104 [van het koninklijk besluit plaatsing 2011,thans artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017] lijkt te moeten worden gesitueerd in de eindfase van de gunningsprocedure; er is sprake van een rangschikking, van een nakende gunning en het sluiten van de opdracht. Artikel 104 [van het koninklijk besluit plaatsing 2011, waarvan de inhoud grotendeels overgenomen is in artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017] voorziet niet meer met zoveel woorden in een verlenging van de verbintenistermijn, die lijkt intussen afgelopen. Aan de inschrijver wordt gevraagd of hij zijn offerte behoudt met het oog op, zo lijkt, de nakende gunning. Artikel 104 vereist een schriftelijke vraag van de aanbestedende overheid en een schriftelijk antwoord van de inschrijver."

16. Te dezen wordt in de brief van 22 november 2022 van de verwerende partij aan de bv Telenet het volgende gevraagd:

> "Na het schorsingsarrest van 6 september 2022 hebben we een nieuw dossier voor de Vlaamse Regering voorbereid.
> Om dat te vervolledigen hebben we twee zaken nodig van Telenet:
> 1) een uittreksel uit het strafregister, voor controle van de uitsluitingsgrond (bestek A.1.1 en A.1.4);
> 2) de bevestiging dat de offerte nog geldig is, ondanks het verstrijken van de verbintenistermijn (bestek A.3.5)."

De vraag "of de offerte nog geldig is, ondanks het verstrijken van de verbintenistermijn" lijkt zich op het eerste gezicht wel degelijk in te passen in de context van artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat

betrekking heeft op de situatie waarin de verbintenistermijn reeds is verstreken en de opdracht nog niet gesloten maar wel nakend is.

Gelet op de gebruikte bewoordingen maakt de verwerende partij aannemelijk dat uit deze brief blijkt dat het gunningsverslag in ontwerp reeds was voorbereid en de eerst gerangschikte inschrijver bekend. Ook het verdere verloop van het dossier, namelijk een finalisering en ondertekening van het nieuwe gunningsverslag op 5 december 2022, de goedkeuring door de Vlaamse regering van dat gunningsverslag en van het ontwerp van gunningsbeslissing op 27 januari 2023, en de ondertekening van de gunningsbeslissing door de minister op 2 februari 2023, lijkt dit op het eerste gezicht te bevestigen. Hierbij lijken de concrete omstandigheden van de zaak in rekening te moeten worden gebracht, namelijk dat de opdracht al een eerste maal werd gegund aan de tussenkomende partij, doch dat gelet op de schorsing van die beslissing bij arrest nr. 254.388 van 6 september 2022, opnieuw diende te worden onderzocht of, bij het remediëren aan de vastgestelde onwettigheid, deze inschrijver nog steeds de eerst gerangschikte bleef.

17. De verzoekende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij geen toepassing kon maken van artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij maakt dan ook voorshands niet aannemelijk dat de verwerende partij tekort zou zijn gekomen aan de verplichting, opgelegd bij artikel 58 van hetzelfde besluit, om ook de andere inschrijvers waaronder de verzoekende partij, te vragen naar een vrijwillige verlenging van de verbintenistermijn. Deze termijn was immers verstreken. Evenmin lijkt de verwerende partij alsdan de verplichting gehad te hebben om de inschrijvers de mogelijkheid te bieden een nieuwe offerte in te dienen. De verzoekende partij toont evenmin een schending aan van het gelijkheidsbeginsel, vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

18. De kritiek dat de gunningsbeslissing zou zijn genomen buiten de “bijkomende termijn van 2 maanden” waarmee de tussenkomende partij heeft ingestemd met het behoud van haar offerte, lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen. De beslissing van de Vlaamse regering waarbij deze haar

goedkeuring hecht aan het ontwerp van beslissing om de raamovereenkomst te gunnen aan de bv Telenet, dateert van 27 januari 2023. De bijkomende termijn waarbinnen de offerte van de tussenkomende partij geldig bleef, leek bijgevolg op dat ogenblik nog niet verstreken. Uit diezelfde beslissing van de Vlaamse regering van 27 januari 2023 blijkt dat de Vlaamse regering de Vlaamse minister van Onderwijs belast met de ondertekening van de gunningsbeslissing “in naam van de Vlaamse Gemeenschap” en met de uitvoering ervan. De ondertekening van de gunningsbeslissing door de Vlaamse minister van Onderwijs op 2 februari 2023, lijkt bijgevolg, op het eerste gezicht, een uitvoering van deze beslissing van de Vlaamse regering te zijn.

Overigens valt niet in te zien hoe deze beweerde onrechtmatigheid de onwettigheid van de gunningsbeslissing tot gevolg zou kunnen hebben, noch welk belang de verzoekende partij heeft bij deze grief. Het verstrijken van de verbintenistermijn en van de bijkomende termijn van twee maanden creëert immers geen onmogelijkheid voor de aanbestedende overheid om alsnog een gunningsbeslissing te nemen. Enkel de betrokken inschrijver zelf, te dezen de tussenkomende partij, kan zich daardoor op het eerste gezicht gegriefd weten.

19. Dezelfde vaststelling geldt bij de nieuwe invulling die de verzoekende partij in haar pleitnota geeft aan het middel, waarbij zij opwerpt dat de instemming van de tussenkomende partij met het behoud van haar offerte, vervat in het e-mailbericht van 28 november 2022, zou uitgaan van een niet bevoegd orgaan.

De offerte van tussenkomende partij is immers niet ongeldig geworden door het verstrijken van de initiële verbintenistermijn. Het louter verstrijken van de verbintenistermijn, en te dezen de bijkomende termijn waarmee de tussenkomende partij heeft ingestemd, heeft op het eerste gezicht eventueel gevolgen voor het sluiten van de opdracht, aangezien de betrokken inschrijver niet meer “gebonden” is door zijn offerte, doch niet voor de gunning. De offerte zelf en de aanvaarding ervan door de overheid worden niet ongeldig door het verstrijken van de verbintenistermijn. Door het verstrijken van die

termijn is er geen stopzetting van de procedure, noch een onmogelijkheid om alsnog een gunningsbeslissing te nemen.

20. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. De verzoekende partij voert de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, en van artikel 81, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016.

21.1. In een eerste onderdeel stelt zij dat het subgunningscriterium ‘Split ratio van de fiber van toepassing’, zoals ingevuld op het ogenblik van de gunning, het gelijkheidsbeginsel schendt.

Zoals zij reeds in haar offerte had gesteld, is dit subgunningscriterium niet pertinent in het licht van het voorwerp van de opdracht, “namelijk het voorzien van een performante glasvezelverbinding aan de scholen en een gegarandeerde bandbreedte”. In haar offerte had de verzoekende partij meegedeeld dat de maximale *split ratio* die gebruikt wordt 1:32 is, maar dat de capaciteit van het netwerk waarop de *split ratio* wordt toegepast substantieel groter is dan de snelheden die in het bestek gevraagd worden, waardoor “de verbinding steeds zal voldoen aan de in het bestek opgelegde vereisten inzake beschikbaarheid en snelheid in de SLA” (met name 100% beschikbaarheid van de bandbreedte). Zij had ook meegedeeld dat alle inschrijvers op gedeeltes van hun netwerk gebruik maken van gedeelde glasvezel of overboeking. Het gebrek aan een *split ratio* is dan ook niet noodzakelijk om de gevraagde bandbreedte te garanderen. Het aanbod van de verzoekende partij biedt dezelfde garantie aangaande de beschikbaarheid van de opgelegde bandbreedte voor de gebruikers van het netwerk.

De verzoekende partij licht voorts toe dat met een dergelijk gunningscriterium gericht de GPON [Gigabit Passive Optic Network]-technologie wordt afgestraft die haar onderaannemer, de nv Proximus, aanbiedt op de gehele Belgische markt als glasvezelproduct. Nochtans biedt deze technologie dezelfde garanties naar snelheid en beschikbaarheid als de verbindingen aangeboden door Telenet en Eurofiber. Dat blijkt ten eerste uit het feit dat de Conferentie van Regulatoren voor de elektronische Communicatiesector (CRC) in haar beslissing van 29 juni 2018 aan de nv Proximus de verplichting heeft opgelegd om haar GPON-netwerk open te stellen aan andere operatoren zodat deze ondernemingen ook breedbanddiensten via glasvezel kunnen aanbieden aan eindgebruikers op het Belgisch grondgebied. Uiteraard nemen de regulatoren een dergelijke beslissing maar wanneer het aangeboden netwerk volledig beantwoordt aan de noden van de eindgebruiker, school, overheid, onderneming of particulier. Daarnaast maken meer dan 5000 ‘B2B’ klanten gebruik van de GPON-glasvezelverbindingen, waaronder grote ondernemingen, overheden en onderwijsinstellingen, en hebben op heden al meer dan 240 scholen een bestelling geplaatst voor een verbinding bij de verzoekende partij. Daarenboven weet de verzoekende partij dat de verwerende partij de onderwijskoepels gewoonweg niet bevraagd heeft naar de behoeftes van hun scholen. Ten slotte heeft de Vlaamse overheid zelf, sinds 2018, een zeven jaar durende overheidsopdracht lopen waarvan de nv Proximus de opdrachtnemer is voor het perceel 1 dat betrekking heeft op vaste telefonie, marketingnummers en vaste datacommunicatie, waarbij voor glasvezelverbindingen de GPON-technologie wordt aangeboden.

De verzoekende partij vervolgt dat dit subgunningscriterium ervoor zorgt dat haar offerte zeven punten minder scoort dan de offerte van de inschrijvers die een andere technologie aanbieden; minstens staat “de score” die aan het subgunningscriterium wordt toegekend in een kennelijke wanverhouding tot het belang van het gebrek aan een *split ratio* op de verbinding tussen de school en het verdeelpunt op straat. De aanwezigheid van deze *split ratio* heeft immers geen enkel gevolg voor het internetgebruik van de school, niet op heden en ook niet in het licht van verhogingen van capaciteit in de toekomst.

Daarenboven maken alle inschrijvers op gedeeltes van hun netwerk gebruik van gedeelde glasvezel of overboeking. Het maakt geen enkel onderscheid uit waar deze overboeking gebeurt.

21.2. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het subgunningscriterium het transparantiebeginsel schendt, alsook artikel 81, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 dat oplegt dat gunningscriteria geen onbeperkte keuzevrijheid mogen geven aan de aanbestedende overheid.

Zij licht toe dat, zoals reeds gesteld in haar offerte, alle operatoren op gedeeltes van hun netwerk gebruik maken van gedeelde glasvezel of overboeking. Met andere woorden, de *split ratio* van de *fiber* is van toepassing op de offertes van alle inschrijvers; zij meent dan ook dat alle inschrijvers een score hadden moeten behalen van 0/7. In het gunningsverslag geeft de verwerende partij echter een invulling aan het subgunningscriterium die niet overeenstemt met de omschrijving van het subgunningscriterium in het bestek. Zij beperkt immers het onderzoek van de aanwezigheid van een split ratio tot het gedeelte van de glasvezelverbinding tussen het netwerk van de school en het verdeelpunt aan de straat, en geeft op deze wijze, na de uiterste indieningsdatum van de offertes, een andere invulling aan het subgunningscriterium dan die welke uit het bestek blijkt.

Beoordeling

Eerste en tweede onderdeel, samen genomen

22. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Overeenkomstig artikel 81, § 1, van dezelfde wet baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte. Luidens artikel 81, §§ 2 en 3, komt het aan de aanbestedende overheid toe om de gunningscriteria te bepalen die zij zal hanteren

om de offertes te beoordelen. Luidens artikel 81, § 4, specificeert de aanbestedende overheid voor Europese opdrachten, zoals te dezen, het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent. De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit eerbiedigen.

Het is binnen deze ruime perken dat de aanbestedende overheid mag kiezen welke gunningscriteria, met welk relatief gewicht, zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes om te bepalen welke volgens haar de economisch meest voordelige offerte is. De gunningscriteria en hun weging dienen dan ook relevant en proportioneel te zijn ten opzichte van de economisch meest voordelige offerte. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat degenen die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

23. De verzoekende partij lijkt vooreerst niet te kunnen worden bijgevallen in haar betoog dat de verwerende partij in het gunningsverslag een invulling heeft gegeven aan het subgunningscriterium ‘*Split ratio* van de *fiber* van toepassing’ die niet overeenstemt met de omschrijving van dit subgunningscriterium in het bestek.

De Raad van State stelt vast dat in de titel van het subgunningscriterium er enkel sprake is van de *fiber*. De verwerende partij verduidelijkt in haar nota dat de fysieke *fiber* of *drop kabel*, de kabel betreft die loopt van de klant tot aan de verdeelkast in de straat, en dat vanaf deze verdeelkast sprake is van de *back haul*. In de technische bepalingen van het bestek zoals weergegeven *sub* 3.4, wordt onder ‘Fysieke infrastructuur’ onder meer gesteld: “Indien er een nieuwe aansluiting voorzien is, moet deze *drop kabel* (*fiber*) voldoende *core* fibers hebben om latere groei makkelijk mogelijk te

maken", alsook "Als de *back haul* (het deel [dat] het *core* netwerk van de aanbieder met het verdeelpunt in de straat verbindt) capaciteit moet delen, dan is het belangrijk om te weten wat het beleid van het overschrijven op de verbinding is die bovenop de *split ratio* van het fysieke medium komt". Onder 'Fysieke *fiber*' wordt bepaald: "De fysieke connectie die geleverd wordt moet een beschikbaarheid bieden van 99,9% op maandbasis. Dit is de beschikbaarheid die over het algemeen verwacht kan worden. De verwachting is dat de fysieke *fiber* toegewijd is aan de connectie van de school. De aansluitingen naar de verdeelkasten moeten uitgevoerd worden volgens de regels van de kunst […]".

De verwerende partij en de tussenkomende partij maken op het eerste gezicht aannemelijk dat de inschrijvers uit deze bestekbepalingen konden afleiden dat een overboeking van de *back haul* "bovenop" de *split ratio* van de fysieke *fyber* komt, en het subgunningscriterium '*Split ratio* van de *fiber* van toepassing' bijgevolg enkel peilt naar de aanwezigheid van een *split ratio* in het gedeelte van de glasvezelverbinding of de fysieke *fiber* tussen het netwerk van de school en het verdeelpunt aan de straat.

Door in het gunningsverslag het onderzoek van de aanwezigheid van een *split ratio* te beperken tot dat gedeelte van de glasvezelverbinding, lijkt de verwerende partij geen andere invulling te hebben gegeven aan het betrokken subgunningscriterium dan die welke blijkt uit het bestek. Zij lijkt de inschrijvers, die allen professionals in de sector zijn, dan ook niet te hebben verschalkt. De stelling van de verzoekende partij dat alle inschrijvers op gedeeltes van hun netwerk (te verstaan: in de *back haul*, voorbij het verdeelpunt in de straat) gebruik maken van gedeelde glasvezel of overboeking, lijkt bijgevolg voor de beoordeling van het betrokken subgunningscriterium niet relevant.

24. De verzoekende partij kan op het eerste gezicht evenmin worden bijgevallen in haar betoog dat het betrokken subgunningscriterium niet pertinent zou zijn in het licht van het voorwerp van de opdracht.

De partijen voeren omtrent de voordelen van een *dedicated fiber* (zonder *split ratio*) tegenover een *shared fiber* een zeer uitvoerige

technische discussie. In de huidige stand van het geding, en rekening houdend met het feit dat de Raad van State niet beschikt over de expertise om een dergelijke technische problematiek te doorgronden, lijkt de verwerende partij de perken van de redelijkheid niet te buiten te gaan door aan te nemen dat er een verband is tussen de *split ratio* van de *fiber* en een gegarandeerde bandbreedte voor de aangesloten scholen, ook naar de toekomst met veranderende behoeften toe. De verwerende partij legt uit dat zij veel belang hecht aan het niet of zo beperkt mogelijk splitten van de glasvezelkabel of fysieke *fiber*, gelet op "de beoogde groei van de scholen", en "dat het mogelijk moet zijn om over een periode van tien jaar de capaciteit te verhogen zonder additionele kosten voor de aangesloten school". Het subgunningscriterium '*Split ratio* van de *fiber* van toepassing' lijkt op het eerste gezicht bijgevolg wel degelijk verband te houden met het voorwerp van de opdracht.

In zoverre het betrokken subgunningscriterium aldus lijkt te peilen naar het vertrouwen dat de aangesloten scholen mogen hebben in het voldoen aan de toenemende behoeften in de toekomst, gaat het verder dan de technische conformiteitsvereisten die aan de grondslag liggen van de regelmatigheidsverklaring van de offertes. Het feit dat de offerte van de verzoekende partij met de aangeboden GPON-technologie, ondanks haar *split ratio*, voldoet aan de "in het bestek opgelegde vereisten inzake beschikbaarheid en snelheid", lijkt evenwel niet te beletten dat het betrokken subgunningscriterium betere garanties op beschikbaarheid en snelheid hoger kan waarderen. Noch de verwijzing van de verzoekende partij naar de beslissing van 29 juni 2018 van de CRC die de nv Proximus verplicht haar GPON-netwerk open te stellen voor andere operatoren, noch het feit dat tal van klanten, waaronder de verwerende partij zelf, contracten lopende hebben met de nv Proximus waarbij de GPON-technologie wordt aangeboden, doen hieraan op het eerste gezicht afbreuk.

Overigens lijkt de verzoekende partij met haar grieven op het eerste gezicht niet zozeer de wettigheid van het subgunningscriterium ter discussie te stellen, maar wel de opportuniteit van de keuze van de verwerende partij om te dezen een "luxe" technologie zonder *split ratio* te belonen, een

aangelegenheid waarover de Raad van State als wettigheidsrechter zich niet uit te spreken heeft.

25. Evenmin maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht aannemelijk dat dit subgunningscriterium de mededinging op discriminerende wijze zou beperken. Het al dan niet gebruik van een *split ratio* van de *fiber* is, zoals gezegd, geen regelmatigheidsvereiste maar een gunningscriterium. Overigens lijkt de onderaannemer van de verzoekende partij, naast de aangeboden *shared fiber*, ook een *dedicated fiber* te kunnen aanbieden. Ook om die reden valt niet in te zien hoe het betrokken subgunningscriterium de inschrijving van de verzoekende partij op discriminerende wijze heeft kunnen belemmeren. Met de verwerende partij en de tussenkomende partij wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat het daarentegen een bewuste keuze van de verzoekende partij lijkt te zijn geweest om in te schrijven met een *shared fiber*, en op die manier een aanzienlijk goedkopere prijs aan te bieden.

26. De verzoekende partij toont ten slotte op het eerste gezicht niet *in concreto* aan dat de toepassing van het bekritiseerde subgunningscriterium zoals gewogen door het bestek, de verhouding tussen de gunningscriteria dermate verstoort dat dit een schending met zich lijkt te brengen van het in het middel aangevoerde gelijkheidsbeginsel.

27. Geen van de beide onderdelen is ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

28. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 76, §§ 1 en 3, van het 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 gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten

2016, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij stelt dat de tussenkomende partij met betrekking tot de subgunningscriteria ‘Totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen’ en ‘Dekkingsgraad *fiber* aanbod’ (of de aansluitbaarheid van de scholen) in haar offerte foutieve verklaringen heeft gedaan.

Wat de installatietijd van de scholen betreft, licht zij uitvoerig toe welke vergunningsprocedures dienen te worden doorlopen alvorens grondwerken kunnen worden uitgevoerd, zodat de verklaring van de tussenkomende partij dat zij 91% van de scholen kan aansluiten binnen de 80 dagen of korter, niet kan kloppen.

Wat de aansluitbaarheid van de scholen betreft, stelt zij dat uit de motivering in het gunningsverslag kan worden afgeleid dat de verwerende partij het niet kunnen aansluiten van een school tegen de prijs opgegeven in de offerte, gelijkstelt aan een niet-aansluitbaarheid. De antwoorden van de andere inschrijvers, waaronder de tussenkomende partij, dat zij alle scholen kunnen aansluiten tegen de opgegeven prijs in de offerte, kan volgens de verzoekende partij niet correct zijn omdat de installatiekost voor de aansluiting van 12 specifieke scholen aanzienlijk hoger ligt dan voor de andere scholen, terwijl het bestek geen prijsdifferentiatie toelaat wat die installatiekost betreft. Zij licht toe dat zij het niet gerechtvaardigd vond om in de berekening van de eenmalige installatiekost rekening te houden met de installatiekosten voor deze 12 scholen (die beter een andere oplossing aankopen).

Zij vervolgt dat de tussenkomende partij dankzij deze foutieve verklaringen een discriminerend voordeel verkrijgt, aangezien zij de maximumscore van zeven punten behaalt voor elk van deze subgunningscriteria. Bovendien bestaat er geen zekerheid dat de tussenkomende partij de opdracht tegen de gestelde voorwaarden (prijzen) zal kunnen uitvoeren. Volgens de verzoekende partij had die offerte dan ook substantieel onregelmatig verklaard moeten worden. De verwerende partij heeft de offerte van de tussenkomende

partij echter toch regelmatig verklaard, zonder dat uit de bestreden beslissing of het dossier de motieven daartoe kunnen worden afgeleid. Om die reden zijn artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en het gelijkheidsbeginsel geschonden, minstens de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

29. De verzoekende partij voert in essentie aan dat de tussenkomende partij met betrekking tot de totale installatietijd en de aansluitbaarheid van de scholen in haar offerte foutieve verklaringen heeft opgenomen die haar een discriminerend voordeel (namelijk een maximumscore op die twee subgunningscriteria) hebben verschaft. Zij meent dat deze foutieve verklaringen hadden moeten leiden tot de onregelmatigheid. Daarbij lijkt zij de verwerende partij te verwijten niet zorgvuldig te hebben onderzocht of de opdracht wel kan worden uitgevoerd tegen de voorwaarden zoals aangeboden door de tussenkomende partij. Volgens haar had de offerte van de tussenkomende partij dan ook substantieel onregelmatig moeten worden verklaard.

De verwerende partij wijst er in haar nota terecht op dat dit middel zich aldus “op het niveau van de al dan niet regelmatigheid van de offerte van bv Telenet” situeert. De verzoekende partij betwist dit niet.

Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 kwalificeert alle bepalingen in een offerte die afwijken van de opdrachtdocumenten en die van dien aard zijn dat ze de inschrijver een discriminerend voordeel bieden, als substantiële onregelmatigheid. Op het eerste gezicht dient de verzoekende partij bijgevolg aan te tonen dat de tussenkomende partij zich een discriminerend voordeel heeft bedongen door in haar offerte zaken aan te bieden, te dezen in verband met de totale installatietijden en de dekkingsgraad van het *fiber* aanbod, die afwijken van voorwaarden bepaald in het bestek.

Het is in dit juridisch kader dat het middel wordt onderzocht.

30. Blijkens de inventaris gevoegd bij het bestek dienden de inschrijvers in het tabblad ‘Scholenlijst’ te vermelden “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)”. Zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partij hebben in de inventaris gevoegd bij hun offerte deze kolommen per vestiging ingevuld, waarbij de verzoekende partij voor 12 vestigingen in elke kolom vermeldt: “niet aansluitbaar”.

De ‘totale installatietijd voor alle vestigingsplaatsen (vermeld in de inventaris)’ is een subgunningscriterium van het gunningscriterium ‘kwaliteit’. De ‘dekkingsgraad [van het] *fiber* aanbod (zie technische voorschriften)’ is een subgunningscriterium van het gunningscriterium ‘aanbod’. De beoordelingsmethode houdt voor de beide subgunningscriteria in dat de aansluittermijn en de dekkingsgraad opgegeven in de offertes van de inschrijvers met elkaar worden vergeleken, en dat de “eerste” inschrijver 7 punten scoort, de “tweede” 5 punten, de “derde” 3 punten en de “andere” 0 punten.

31. In het bestek worden geen maximale installatietijden opgelegd, zodat op het eerste gezicht niet blijkt dat de verwerende partij de opgegeven installatietijden in het kader van het regelmatigheidsonderzoek diende te onderzoeken. Gelet op de voornoemde beoordelingsmethode blijkt evenmin dat wanneer een offerte 0 punten scoort op het betrokken subgunningscriterium, dit impliceert dat de offerte als substantieel onregelmatig aangemerkt diende te worden.

In deel III ‘Technische voorschriften’ van het bestek, onder ‘overzicht eisen’, lijkt op het eerste gezicht als minimale eis te worden gesteld dat elke school vermeld in de inventaris, nu of later, moet kunnen worden aangesloten op het glasvezelnetwerk. Anderzijds lijkt het subgunningscriterium ‘dekkingsgraad [van het] *fiber* aanbod (zie technische voorschriften)’ en de daarbij horende beoordelingsmethode dan weer te peilen naar de mate waarin alle scholen nu aansluitbaar zijn tegen de aangeboden eenmalige installatiekost. Het

feit dat sommige inschrijvers, zoals de tussenkomende partij, niet de aansluitbaarheid van elke school kunnen garanderen (tegen de aangeboden prijs), lijkt bijgevolg niet de substantiële onregelmatigheid van de offerte te impliceren.

32. De verzoekende partij betwist niet, integendeel bevestigt, dat zij de betrokken 12 scholen niet aansluitbaar acht tegen de aangeboden installatiekost. Zij zet daaromtrent zelf in haar verzoekschrift uiteen dat de aansluiting van die 12 scholen een aanzienlijk hoge installatiekost met zich meebrengt, terwijl het bestek geen prijsdifferentiatie toelaat wat die installatiekost betreft, en dat zij het niet gerechtvaardigd vond om in de berekening van de eenmalige installatiekost rekening te houden met de installatiekosten voor deze 12 scholen (die beter een andere oplossing aankopen). Uit deze handelwijze, die overigens niet lijkt te stroken met het bestek, lijkt te kunnen worden afgeleid dat de verzoekende partij ook deze scholen in beginsel wel aansluitbaar acht, alleen niet tegen de prijs opgegeven in haar offerte.

In die context lijkt zij slecht geplaatst om te betogen dat de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig diende te worden verklaard, op grond van de loutere bewering dat de verklaring van de tussenkomende partij dat elke school in de inventaris aansluitbaar is, niet correct zou zijn.

In ieder geval blijkt voorshands niet dat de verwerende partij die verklaring in het kader van het regelmatigheidsonderzoek diende te onderzoeken. Gelet op de voornoemde beoordelingsmethode blijkt voorshands evenmin dat wanneer een offerte 0 punten scoort op het betrokken subgunningscriterium, dit impliceert dat de offerte als substantieel onregelmatig diende te worden aangemerkt.

33. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de verklaringen die de tussenkomende partij in haar offerte in het kader van de betrokken subgunningscriteria heeft gemaakt, zouden afwijken van essentiële voorwaarden bepaald in het bestek, en bijgevolg dat de tussenkomende partij zich daarmee een discriminerend voordeel zou hebben bedongen.

34. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij formeel diende te motiveren waarom de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig werd verklaard aangezien er, gelet op de informatie betreffende de installatietermijnen door de verzoekende partij verstrekt in de procedure die geleid heeft tot voornoemd arrest nr. 254.388, ernstige vragen waren gerezen bij de waarachtigheid van de verklaringen van de tussenkomende partij, wordt zij voorshands niet bijgevallen. Zoals hoger gesteld, bestond er geen plicht voor de verwerende partij om, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, het aanbod van de tussenkomende partij te onderzoeken en bijgevolg ook niet om enige beslissing op dit punt te motiveren. Het bestek legt aangaande de installatietijden immers geen minimale eisen op waaraan de offerte op straffe van substantiële onregelmatigheid zou moeten beantwoorden.

In zoverre die motiveringsplicht (uiteraard) wel bestaat bij de beoordeling van de offerte van de tussenkomende partij in het licht van de betrokken subgunningscriteria, is dit, zoals hoger gesteld, niet de insteek van het vierde middel. Dit middel strekt er enkel toe de regelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partij in vraag te stellen, en niet de voor de betrokken subgunningscriteria toegekende scores.

35. Het vierde middel is niet ernstig.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

36. In haar pleitnota ontwikkelt de verzoekende partij een nieuw vijfde middel, waarin zij de schending aanvoert van artikel 67, § 1, vijfde lid, en artikel 73, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Overeenkomstig artikel 67, § 1, vijfde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 moet het bestaan van verplichte uitsluitingsgronden, voor overheidsopdrachten waarvan de waarde de Europese drempels overschrijdt

zoals te dezen, niet alleen in hoofde van de inschrijver zelf worden nagegaan maar ook in hoofde van de personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de tussenkomende partij of die daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben.

Overeenkomstig artikel 73, § 3, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 dient de aanbestedende overheid de inschrijver aan wie zij heeft besloten de opdracht te gunnen, te verzoeken de actuele ondersteunende documenten over te leggen, zoals het uittreksel uit het strafregister van alle voornoemde personen.

Uit de e-mailberichten van 22 en 28 november 2022 van de verwerende partij en de tussenkomende partij, waarin sprake is van “een” en “het” uittreksel uit het strafregister, leidt de verzoekende partij af dat de verwerende partij enkel een uittreksel uit het strafregister voor de bv Telenet heeft opgevraagd en niet voor de voornoemde personen.

Beoordeling

37. Op het eerste gezicht bevestigen de kwestieuze e-mailberichten louter wat reeds in het gunningsverslag hierover was vermeld. Bovendien lijkt een onregelmatigheid als die welke wordt aangevoerd, voor eenvoudige constatering vatbaar.

De vraag of het nieuw aangevoerde middel nog ontvankelijk in het debat kan worden gebracht, hoeft te dezen echter niet te worden beantwoord. Om de hierna uiteengezette redenen lijkt het middel immers in elk geval niet te kunnen worden aangenomen.

38. Overeenkomstig artikel 72, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt een uittreksel uit het strafregister als een voldoende bewijs aanvaard dat de inschrijver-ondernemer niet verkeert in één van de in artikel 67, §1, van de wet overheidsopdrachten 2016 bedoelde gevallen van uitsluiting van deelname aan overheidsopdrachten. De verplichting tot uitsluiting van de

inschrijver is overeenkomstig artikel 67, § 1, vijfde lid, van dezelfde wet ook van toepassing, voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag hoger is dan de drempels voor de Europese bekendmaking, wanneer de bij onherroepelijk vonnis veroordeelde persoon lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van deze inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft.

39. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij, vóór het nemen van de gunningsbeslissing, ten onrechte niet de verplichte uitsluitingsgronden heeft gecontroleerd in hoofde van de personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de gekozen inschrijver of die daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben, zoals is vereist overeenkomstig artikel 67, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Evenwel heeft de verwerende partij de uittreksels uit het strafregister van de bedoelde personen alsnog opgevraagd en deze als een nieuw vertrouwelijk stuk toegevoegd aan het administratief dossier. Daaruit blijkt dat geen van de voornoemde personen zich in één van de in artikel 67, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 bedoelde gevallen van uitsluiting van deelname aan overheidsopdrachten bevindt.

Als gevolg van het alsnog opvragen en verkrijgen van die documenten lijkt de verzoekende partij haar belang bij dit middel te hebben verloren.

40. Het vijfde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

41. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Telenet tot tussenkomst 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 24 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 tweeëntwintig maart tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	wnd. kamervoorzitter, staatraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Patricia De Somere**