RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 257.178 van 18 augustus 2023
in de zaak A. 239.681/XII-9400

In zake: de nv ORANGE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Lieve Swartenbroux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Brederodestraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen: de nv van publiek recht INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 juli 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gunningsbeslissing van het directiecomité van Infrabel van 11 juli 2023 waarbij de overheidsopdracht voor diensten 'Raamovereenkomst Cybersoc (DOC/DC/2023/168)' met inbegrip van een basisperiode van 5 jaar en 2 voorwaardelijke verlengingen van elk 1 jaar wordt gegund aan de firma's THALES BELGIUM en ORANGE BELGIUM voor een totaal bedrag van € 23.327.097,00 excl. BTW voor de volledige looptijd van de opdracht, inclusief gunningsverslag"

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota met opmerkingen en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 augustus 2023, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lieve Swartenbroux, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt 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 een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp het afsluiten van een raamovereenkomst voor een “CyberSOC”, hetgeen de afkorting is voor een “Cyber Security Operations Center”, vrij vertaald een controlecentrum voor cyberveiligheid.

Meer bepaald wenst de verwerende partij ondersteuning voor zowel de detectie van als de reactie op elk cyberveiligheidsincident en wil zij begeleid worden in het overleg over de monitoring van de risico’s waaraan Infrabel zij blootgesteld. De verwerende partij zoekt zodoende een partner die haar diensten kan leveren voor preventie, detectie en reactie.

De Belgische overheidsopdrachtenreglementering in de speciale sectoren is van toepassing en de opdracht wordt gegund middels een mededingingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

Het bestek nr. 0000650197 “CYBERSOC Raamovereenkomst” is van toepassing.

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

3.2. De raamovereenkomst wordt afgesloten met de twee inschrijvers die de economisch meest voordelige regelmatige offerte hebben ingediend, rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding en enkel indien zij geslaagd zijn voor de *Proof of Concept* (hierna: POC) die een onderdeel vormt van de plaatsingsprocedure.

De opdrachten onder de raamovereenkomst worden vervolgens aan de eerst gerangschikte inschrijver toegekend. Enkel indien de eerst gerangschikte in gebreke blijft overeenkomstig de opdrachtdocumenten, zullen opdrachten kunnen worden gegund aan de tweede gerangschikte inschrijver.

3.3. De verwerende partij hanteert voor de beoordeling van de offertes enerzijds een lijst van vereisten en anderzijds een lijst van gunnings- en evaluatiecriteria.

De vereisten worden aangeduid als EX1 tot en met EX36 (zie de Technische Bepalingen, die zijn opgenomen in een bijlage bij het bestek). Per vereiste moet worden bepaald of een inschrijver al dan niet conform is, waarbij voor de conformiteit is voorzien in drie verschillende niveaus: er kan “volkomen” worden voldaan aan de vereiste, de vereiste is nog “aan te passen” of de vereiste is nog “te ontwikkelen”.

De offertes worden vervolgens beoordeeld in het licht van twee gunningscriteria, namelijk de prijs (30%) en de technische evaluatie (70%).

De prijs wordt beoordeeld op basis van een inventaris die wordt opgenomen in hoofdstuk 15 van de Technische Bepalingen.

De technische evaluatie gebeurt aan de hand van 39 evaluatiecriteria die worden aangeduid als CE1 tot en met CE39 (lijst opgenomen in hoofdstuk 14 van de Technische Bepalingen) en die worden opgelijst en beschreven in de hoofdstukken 7.1 tot en met 10 van de Technische

Bepalingen. De verwerende partij kent elk van de voormelde criteria een maximaal aantal punten toe, die samen een totaal van 500 punten vertegenwoordigen.

Het proces voor de beoordeling van de offertes wordt uiteengezet in hoofdstuk 11 van de Technische Bepalingen.

3.4. Van de 20 kandidaten die een aanvraag tot deelneming hebben ingediend, werden op 15 maart 2022 18 kandidaten geselecteerd. De verwerende partij heeft hen het bestek meegedeeld en uitgenodigd om een offerte in te dienen. Dit is de eerste prijsaanvraag of *request for quotation* (hierna RFQ1).

In antwoord hierop dienen 4 kandidaten een offerte in, namelijk Thales Belgium, Atos Belgium, Nokia Solutions and Networks Oy en Orange Belgium (de verzoekende partij).

In een eerste fase worden alle offertes regelmatig bevonden en gerangschikt in het licht van de gunningscriteria. Alle inschrijvers worden uitgenodigd om deel te nemen aan de POC die plaats vindt in december 2022.

3.5. Met een e-mail van 14 december 2022 verzoekt de verwerende partij de inschrijvers om voor de diensten nr. 2 hun prijs te detailleren en te verduidelijken door middel van een bij die e-mail gevoegde Excel-tabel. Dit is de tweede prijsaanvraag of RFQ2.

Alle inschrijvers geven hier tijdig gevolg aan.

3.6. Op 21 juni 2023 verzoekt de verwerende partij de inschrijvers de “offerte - alleen op prijs - te verbeteren. De overige voorwaarden uit het bestek, zoals aangevuld en gespecificeerd door de overige opdrachtdocumenten tijdens de gunningsfase, blijven ongewijzigd en kunnen niet worden gewijzigd. Wij nodigen u hierbij uit om uw offerte te verbeteren door het bijgevoegde Excel-bestand en indieningsformulier in te vullen.” Dit is de derde prijsaanvraag of RFQ3.

Alle inschrijvers geven hier opnieuw tijdig gevolg aan.

3.7. Na afloop van RFQ3 wordt de volgende rangschikking opgesteld:

	ATOS	NOKIA	ORANGE	THALES
Score Technique / 100	73,91	84,65	100,00	96,16
Score Financier / 100	91,39	79,14	85,93	100,00
Score Final	79,16	83,00	95,78	97,31

3.8. In de “eindevaluatie” wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan Thales Belgium en aan de verzoekende partij. Ze bevat de volgende beoordeling:

	0	50	80	100	Opmerking
ORANGE	0	2	37	0	Het voorstel beantwoordt volledig aan de gestelde vereisten en voldoet voor 37 van de 39 evaluatiecriteria aan de vereisten
	391/500				Voor 2 van de 39 evaluatiecriteria kan er aan de hand van de verstrekte informatie niet volledig beoordeeld worden of het voorstel aan de vereisten voldoet
					De POC heeft aangetoond dat de OPLOSSING daadwerkelijk aan de vereisten voldoet
THALES	0	7	32	0	Het voorstel beantwoordt volledig aan de gestelde vereisten en voldoet voor 32 van de 39 evaluatiecriteria aan de vereisten
	376/500				Voor 7 van de 39 evaluatiecriteria kan er aan de hand van de verstrekte informatie niet volledig beoordeeld worden of het voorstel aan de vereisten voldoet
					De POC heeft onvoldoende aangetoond dat de OPLOSSING daadwerkelijk aan de vereisten voldoet
NOKIA	0	19	20	0	Het voorstel beantwoordt volledig aan de gestelde vereisten en voldoet voor 20 van de 39 evaluatiecriteria aan de vereisten
	331/500				Voor 19 van de 39 evaluatiecriteria kan er aan de hand van de verstrekte informatie niet volledig beoordeeld worden of het voorstel aan de vereisten voldoet
					De POC heeft niet aangetoond dat de OPLOSSING daadwerkelijk aan de vereisten voldoet
ATOS	0	29	10	0	Het voorstel beantwoordt volledig aan de gestelde vereisten en voldoet voor 12 van de 39 evaluatiecriteria aan de vereisten
	289/500				Voor 27 van de 39 evaluatiecriteria kan er aan de hand van de verstrekte informatie niet volledig beoordeeld worden of het voorstel aan de vereisten voldoet
					De POC heeft niet aangetoond dat de OPLOSSING daadwerkelijk aan de vereisten voldoet

3.9. Op 11 juli 2023 beslist het directiecomité van de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Thales Belgium en aan de verzoekende partij. Dit is de bestreden beslissing.

3.10. De verzoekende partij vraagt op 14 juli 2023 aan de verwerende partij om de gunningsbeslissing in te trekken. Op 19 juli 2023 weerlegt de verwerende partij de kritiek van verzoekende partij.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement prima facie kan verantwoorden en dat een uiterst dringende

noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

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

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

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

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij werpt in een eerste middel de schending op van het eigen bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 juni 2017) en van de formele motiveringsplicht, vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij verwijt de verwerende partij de voorwaarde uit het bestek niet te hebben nageleefd die oplegt dat de opdracht uitsluitend kan worden gegund aan een inschrijver die geslaagd is voor de POC.

De verzoekende partij voert in een eerste middelonderdeel aan dat de miskenning van deze voorwaarde, en dus het niet slagen voor de POC, tot gevolg heeft dat de offerte van de betrokken inschrijver als substantieel onregelmatig beschouwd moest worden. De POC beoogde immers om na te gaan of de offertes beantwoordden aan de vereisten EX1 tot en met EX36, die minimale eisen of substantiële vereisten zijn. Volgens de verzoekende partij kan de voorwaarde van het geslaagd zijn voor de POC bovendien zelf ook worden beschouwd als een dergelijke minimale eis of substantiële vereiste. Niet-naleving van dergelijke vereisten leidt tot substantiële onregelmatigheid. De verwerende partij heeft de opdracht gegund aan een inschrijver die niet voor de POC geslaagd was, terwijl zij diens offerte had moeten weren als substantieel onregelmatig.

De verzoekende partij voert in een tweede middelonderdeel aan dat de verwerende partij het bestek niet heeft nageleefd door de opdracht te gunnen aan een inschrijver die niet was geslaagd op de POC. De opdracht kon derhalve niet aan deze inschrijver gegund worden, en dit ongeacht of deze offerte al dan niet moest worden beschouwd als substantieel onregelmatig.

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

7. De verzoekende partij voert in de eerste plaats aan dat uit de POC zou blijken dat de offertes van de overige inschrijvers, waaronder Thales, niet beantwoorden aan de regelmatigheidsvereisten EX1 tot EX36, die voorkomen als minimale vereisten. Zij laat daarnaast gelden dat het slagen in de POC op zich moet worden beschouwd als een minimale eis of substantiële bestekvereiste.

8. De Technische Bepalingen bij het bestek bepalen onder punt 11.2 onder meer:

> "Verificatie met de POC
> INFRABEL zal de POC bij de voorbereiding, implementatie en uitvoering ervan toetsen aan de vereisten [EX1] tot [EX36] en de inhoud van het voorstel"

9. De POC lijkt een dubbel oogmerk te hebben: enerzijds het analyseren en nagaan of de offertes die aan het einde van RFQ1 op basis van de papieren offertes regelmatig werden bevonden (ten aanzien van de technische vereisten in EX1 tot EX36 van het bestek), ook nog regelmatig worden bevonden op het einde van de praktische demonstratie (POC), anderzijds het technisch evalueren van de offertes aan de hand van de in het bestek bepaalde evaluatiecriteria onder CE1 tot CE39.

De bijlage "eindevaluatie" bevat *prima facie* de neerslag van die dubbele insteek. De pagina's 2 tot en met 4 hebben betrekking op de regelmatigheid van de offertes na analyse van de POC terwijl de volgende pagina's betrekking hebben op de technische evaluatie van de offertes na de POC in het licht van de evaluatiecriteria.

Voorts wordt voor alle inschrijvers op de pagina's 2 tot 4 van de "eindevaluatie" op het eerste gezicht besloten dat de offertes voldoen aan de regelmatigheidsvereisten EX1 tot EX36 door overal "JA" te noteren. De eerste zin van de eindtabel "Het voorstel beantwoordt volledig aan de gestelde vereisten" lijkt hieraan te beantwoorden, terwijl de door verzoekende partij aangehaalde zin "De POC heeft onvoldoende aangetoond dat de OPLOSSING daadwerkelijk aan de vereisten voldoet", betrekking lijkt te hebben op de technische evaluatie. Dat een aantal criteria geen verband zouden houden met de POC, zoals de verzoekende partij ter terechtzitting stelt, lijkt geen afbreuk te doen aan het voorgaande.

Zo wordt voor Thales Belgium, na analyse van de POC, geoordeeld dat de offerte voor 32 van de 39 evaluatiecriteria "voldoet aan de verwachtingen" door voor deze criteria 80% te scoren, terwijl ze voor 7 van de 39 evaluatiecriteria slechts "gedeeltelijk voldoet aan de verwachtingen" door voor deze criteria 50% te scoren, hetgeen lijkt overeen te stemmen met de beoordelingsmethode voor de technische evaluatie zoals bepaald in punt 11.1.1

van het bestek.

Vermits de verhouding van 7 scores met 50% ten opzichte van 32 scores met 80% resulteert in een gemiddeld percentage dat lager ligt dan 80% maar hoger dan 50%, lijkt de door verzoekende partij aangehaalde zin dat “De POC heeft onvoldoende aangetoond dat de OPLOSSING daadwerkelijk aan de vereisten voldoet” dan ook enkel de eindverwoording te zijn conform de beoordelingsmethode voor de technische evaluatie zoals bepaald in punt 11.1.1. van het bestek. Anders dan de verzoekende partij het opvat, lijkt het bestek dus wel degelijk criteria te bevatten om vast te stellen onder welke voorwaarden een inschrijver “geslaagd” is voor de POC. Het door de verzoekende partij ter terechtzitting aangevoerde tekstuele argument doet niet anders besluiten.

In elk geval maakt de verzoekende partij in dit stadium van het geding niet aannemelijk dat de als eerste gerangschikte inschrijver, Thales Belgium, niet was geslaagd voor de POC en bijgevolg niet in aanmerking kon komen voor de gunning van de opdracht overeenkomstig de bestekvereiste dat een inschrijver, om de opdracht te verkrijgen, niet alleen gunstig gerangschikt moest zijn, maar ook moest zijn geslaagd voor de POC.

Dit laatste lijkt overigens uitdrukkelijk bevestiging te vinden in het voorstel van gunning, naar luid waarvan zowel Thales Belgium als de verzoekende partij zijn geslaagd voor de POC.

Derhalve is de argumentatie van de verzoekende partij wat het eerste middelonderdeel betreft op het eerste gezicht gesteund op een verkeerde lezing van het bestek en van de bijlage “eindevaluatie”.

Tweede middelonderdeel

10. Ook in het tweede middelonderdeel is de argumentatie van de verzoekende partij erop gesteund dat Thales Belgium niet zou zijn geslaagd voor de POC.

Uit de behandeling van het eerste middelonderdeel blijkt echter dat dit standpunt in de huidige stand van het geding onjuist lijkt te zijn.

Conclusie

11. Het eerste middel is in zijn beide onderdelen niet ernstig.

B. Tweede middel

12. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij afstand van het tweede middel.

VI. Besluit

13. Er blijkt geen ernstig middel te zijn aangevoerd. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien augustus tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Bart Tettelin,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bart Tettelin	**Carlo Adams**