

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 267.333 van 2 juli 2026
in de zaak A. 248.303/XIV-40.195**

In zake: de NV D.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Günther L’heureux en Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CV FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen, Ann-Sofie Custers en Lander Maes
kantoor houdende te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 juni 2026, strekt tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad van Bestuur van verwerende partij d.d. 20 mei 2026 waarbij verwerende partij de overheidsopdracht met als voorwerp ‘Housing Datacenter’ (referte bestek: FLU24IT010_2) gunt aan de firma [L.]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 8 juni 2026 werd, in samenspraak met het aangeduide lid van het auditoraat, de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 juni 2026 om 11 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ann-Sofie Custers en Lander Maes die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 voor diensten in de speciale sectoren uit met als voorwerp “Housing datacenter”.

De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.2. Voorafgaand aan de publicatie van de opdracht, houdt de verwerende partij een marktbevraging, waaraan onder meer een zustervenootschap van de verzoekende partij deelneemt.

3.3. Er wordt ook een strategiefiche opgesteld over de opdracht ‘Housing Datacenter’, evenals een strategierapport waarin over de looptijd van de opdracht het volgende wordt opgemerkt:

“4.1. Voorziene looptijd

Er wordt gekozen voor een overeenkomst met een looptijd van 14 jaar, met de mogelijkheid voor Fluvius om (eenzijdig) op te zeggen vanaf het 6^e jaar, met minstens 1 jaar vooropzeg. Dit om te kunnen wijzigen van dienstverlener indien er zich strategische wijzigingen voordoen bij Fluvius. Uitstapclausules worden eveneens voorzien in geval van ontevredenheid en om bij het regelmatig niet behalen van SLA's de flexibiliteit te hebben om naar een andere partij te gaan.

De motivering voor de langere looptijd is gebaseerd op de complexiteit en de business-impact van een mogelijke verhuus, welke gepaard gaat met een lange doorlooptijd van 18 tot 24 maand”

3.4. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt. In de aankondiging wordt de opdracht als volgt omschreven:

“Fluvius is op zoek naar een dienstverlener voor het leveren en het beheren van datacenter-services verspreid over meerdere datacenters met een bijkomende focus op duurzaamheid. Deze datacenters moeten onafhankelijk kunnen functioneren. Daarnaast moeten de datacenters minstens voldoen aan de Tier 3 kwaliteitsnormen. Er moet maximale flexibiliteit op vlak van connectiviteit zijn, enerzijds tussen de datacenters onderling en anderzijds naar externe partijen toe (o.a. Fluvius locaties, public Cloud, etc.).”

In de aankondiging en de selectieleidraad wordt onder meer vermeld dat “de opdracht [...] een looptijd [heeft] van 14 jaar, met de mogelijkheid voor Fluvius om (eenzijdig) op te zeggen vanaf het 6e jaar, met minstens 1 jaar vooropzeg”.

3.5. Er worden vijf aanvragen tot deelneming ingediend.

Vier kandidaten, onder wie de verzoekende partij en de nv L. worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.6. In punt 1.2. van de gunningsleidraad die op de opdracht van toepassing is, wordt met betrekking tot het voorwerp en de aard van de opdracht het volgende gesteld:

“Het voorwerp van de gunningsprocedure is: Housing datacenter.

De opdracht heeft een looptijd van 14 jaar, met de mogelijkheid voor Fluvius om (eenzijdig) op te zeggen vanaf het 6e jaar, met minstens 1 jaar vooropzeg. Dit om te kunnen wijzigen van dienstverlener als er zich strategische wijzigingen voordoen bij Fluvius. Uitstapclausules worden eveneens

voorzien in geval van ontevredenheid en bij het regelmatig niet behalen van SLA's [...]om de flexibiliteit te hebben om naar een andere partij te gaan. De looptijd en de startdatum van de overeenkomst zijn ook opgenomen onder 'Specifieke dossiergegevens'. [...]"

Punt 4 'Specifieke dossiergegevens' van de gunningsleidraad vermeldt als looptijd van de overeenkomst "14 jaar".

De gunningsleidraad vermeldt voorts de volgende gunningscriteria:

2.1.10 | GUNNINGSCRITERIA

De aanbesteder behoudt zich het recht voor het geheel of een gedeelte van deze opdracht niet toe te wijzen zo hij dit beslist.

Gunningscriteria	Subcriteria	Punten
1. Prijs		40
2. Flexibiliteit		15
3. Connectiviteit		15
	3.1 Latency voorgestelde datacenter	5
	3.2 Connectiviteit met Cloud providers	10
4. Continuïteitsgaranties en maatregelen		10
5. Aangeboden services en organisatie ervan		10
6. Duurzaamheid		10
	6.1 CO2-neutraliteit	5
	6.2 dPUE-score	5
Totaal		100

Het vijfde en zesde gunningscriterium worden in de gunningsleidraad als volgt omschreven:

“

Aangeboden services en de organisatie ervan

Dit gunningscriterium wordt globaal beoordeeld. Er wordt een hogere score toegekend:

- naarmate de inschrijver blijk geeft te beschikken over de nodige aantoonbare expertise, certificaten en ervaring om een kwalitatieve uitvoering van de opdracht te verzekeren.
- naarmate de inschrijver kortere aansturings-, uitvoerings- en escalatielijnen heeft vanuit zo weinig mogelijk organisatieonderdelen.
- naarmate de servicecatalogoog die de inschrijver aanbiedt ruimer en performanter is met inbegrip van de SLA doorlooptijden

Een score op 10 punten wordt toegekend aan de hand van onderstaande tabel.

Uitzonderlijk	10	De aangeboden services en de organisatie van de inschrijver garandeert een goede uitvoering en overtreft deze van andere inschrijvers op nagenoeg alle aspecten.
Zeer goed	7	De aangeboden services en de organisatie van de inschrijver garandeert een goede uitvoering en overtreft deze van andere inschrijvers op meerdere aspecten.
Goed	4	De aangeboden services en de organisatie van de inschrijver garandeert een goede uitvoering en overtreft deze van andere inschrijvers op bepaalde aspecten.
Voldoende = minimumscore	1	De aangeboden services en de organisatie van de inschrijvers garandeert een goede uitvoering maar onderscheidt zich niet van de oplossingen van andere inschrijvers.
Onvoldoende	< 0	De aangeboden services en de organisatie van de inschrijver garandeert onvoldoende de goede uitvoering en komt niet in aanmerking voor gunning van de opdracht.

Duurzaamheid:

- CO2-neutraliteit (SBTI-aligned) : het pad naar CO2-neutraliteit van de inschrijver met specifieke (tussentijdse) doelstellingen en duiding hoe deze doelstellingen zullen worden gerealiseerd.

Een score op 5 punten wordt toegekend aan de hand van onderstaande tabel.

Uitzonderlijk	5	Het pad naar CO2-neutraliteit van de inschrijver overtreft deze van andere inschrijvers op nagenoeg alle aspecten.
---------------	---	--

Zeer goed	3	Het pad naar CO2-neutraliteit van de inschrijver overtreft deze van andere inschrijvers op meerdere aspecten.
Goed	2	Het pad naar CO2-neutraliteit van de inschrijver overtreft deze van andere inschrijvers op bepaalde aspecten.
Voldoende = minimumscore	1	Het pad naar CO2-neutraliteit van de inschrijver onderscheidt zich niet van andere inschrijvers.
Onvoldoende	0	De inschrijver beschikt niet over een pad naar CO2-neutraliteit en komt niet in aanmerking voor gunning van de opdracht.

- dPUE score : datacenters welke worden ingezet in het kader van deze opdracht dienen een design power usage effectiveness (dPUE) te hebben van maximaal 1.5. De dPUE wordt berekend conform de standaard ISO/IEC 30134-2.

Een score op 5 punten wordt toegekend aan de hand van onderstaande tabel.

dPUE ≤ 1,1	5
dPUE ≤ 1,2	4,5
dPUE ≤ 1,3	3
dPUE ≤ 1,4	1
dPUE ≤ 1,5	0

”

Naast de administratieve voorschriften, omvat de gunningsleidraad ook technische voorschriften, evenals 11 bijlagen, waaronder een bijlage 10 ‘technisch lastenboek’.

3.7. Drie kandidaten dienen een offerte in, onder wie de verzoekende partij en de nv L.

Na een evaluatie van de initiële offertes, gaat de verwerende partij over tot het voeren van onderhandelingen met de verschillende inschrijvers, in het kader waarvan nog bijgewerkte offertes worden ingediend en geëvalueerd.

De drie inschrijvers dienen allen ook een finale offerte (BAFO) in.

3.8. Bij beslissing van 25 februari 2026 wordt de opdracht gegund aan de nv L., nadat op basis van de beoordeling in een eerste gunningsverslag werd voorgesteld om de opdracht aan deze inschrijver te gunnen.

3.9. Tegen deze beslissing dient de verzoekende partij een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. Bij beslissing van de verwerende partij van 19 maart 2026 wordt de beslissing van 25 februari 2026 ingetrokken, ingevolge waarvan de door de verzoekende partij ingestelde vordering bij arrest nr. 266.637 van 11 mei 2026 (ECLI:BE:RVSCE:2026:ARR.266.637) wordt verworpen.

3.10. De finale offertes worden vervolgens door de verwerende partij aan een nieuw onderzoek onderworpen en er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

In het gunningsverslag wordt de afwijking van de algemeen geldende looptijd van de opdracht als volgt weergegeven:

“De motieven voor de langere looptijd dan de algemene looptijd van acht (8) jaar voor overheidsopdrachten binnen de speciale sectoren (artikel 135, tweede lid Wet inzake Overheidsopdrachten) zijn onder meer gebaseerd op de complexiteit en de business-impact van een desgevallende verhuis, welke gepaard gaat met bijvoorbeeld een lange doorlooptijd van 18 tot 24 maand. De concrete en objectieve overwegingen waarom een langere looptijd zich opdringt, worden hieronder uiteengezet en zijn uitdrukkelijk door het bevoegde orgaan van de aanbesteder bekrachtigd.

[...]

Stand van zaken m.b.t. het verhuisproject

Naar aanleiding van de afloop van de huidige 14-jarige overeenkomst met [N.] voor Housing Datacenter werd deze opnieuw in mededinging gesteld. Deze opdracht leidt tot een mogelijke verhuis van de huidige datacenters naar nieuwe locaties. Dergelijke verhuisoperatie heeft een hoge complexiteit en business impact, in het bijzonder gelet op de continuïteit die de aanbesteder dient te garanderen. Om een eerlijke mededinging te waarborgen mag de mogelijke verhuis echter niet meespelen in de vergelijkende evaluatie van de offertes van een overheidsopdracht. Uit voorliggende gunningsbeslissing volgt dat dit mogelijke verhuisscenario zich effectief zal manifesteren. De huidige datacenter locaties van Oostkamp ([verzoekende partij] in onderaanneming) en Merelbeke ([N.]) zullen hierbij worden verlaten. Gelet op de complexiteit en business impact die gepaard gaat met deze verhuisoperatie wordt de Raad van Bestuur van Fluvius System Operator bij voorliggende gunningsbeslissing daarom eveneens geïnformeerd over de genomen beheersmaatregelen. Onderstaande samenvatting herneemt de eerdere beslissingen

van de Raad van Bestuur, maar geeft daarnaast ook een overzicht en stand van zaken m.b.t. de verdere operationalisering binnen Fluvius.

1. **De nodige bepalingen m.b.t. de inrichting van de nieuwe locaties en de ondersteuning bij de verhuis werden opgenomen in de opdrachtdocumenten**

In het technisch bestek werd onder het hoofdstuk “Transitie & transformatie” beschreven wat de rol is van de datacenter-contractant m.b.t. het Fluvius verhuisproject:

- In een eerste fase (‘transitie’ - max. 6 maanden) dient de contractant ervoor te zorgen dat de datacentra in gereedheid zijn zodat Fluvius zijn servers kan plaatsen en migreren van de oude naar de nieuwe locatie. In deze fase is de contractant in de lead.
- In een tweede fase (‘transform’ – 12-24 maanden) is Fluvius in de lead om zijn serverinfrastructuur operationeel te hebben in de datacentra. Deze fase is de werkelijke verhuisoperatie. In deze fase zal Fluvius de servers plaatsen, de migratie doen van de oude naar de nieuwe locatie, testing.... De contractant speelt hier slechts een ondersteunende rol. Zijn rol is bondig samengevat om een ruimte met racks (rekken waarin de servers worden geplaatst), koeling, voeding en (glasvezel)connectiviteit te voorzien en ondersteuning te bieden bij de effectieve verhuis. In deze meest complexe en cruciale fase gebeuren alle overige activiteiten door Fluvius: “Fluvius zal bepalen wat, wanneer en hoe gemigreerd, verhuist en/of opgebouwd zal worden”. Fluvius staat hierbij ook in voor het uitvoeren van deze activiteiten, niet de contractant. Hierbij werd wel een inschatting van de duurtijd meegegeven: “Gelet op de kwantiteit en impact op de business verwachten wij dat deze fase tussen 12 en 24 maanden zal duren.”

- Na deze tweede fase wordt overgegaan tot ‘daily operations’ tot het einde van het contract. De deliverables werden voor elke fase beschreven. De inschrijvers dienden op basis van het bestek prijzen op te geven voor de verschillende fases nl. transitie, transform en daily operations (jaar 1 t.e.m. jaar 14). Daarnaast werden in het technisch bestek ook de missie, kerntaken... van Fluvius meegegeven zodat de inschrijvers het belang van de business context waarbinnen ze hun diensten aanbieden terdege konden vatten.

2. **Een strategisch meerjarenproject zal de verhuisoperatie in goede banen leiden**

De complexiteit en business impact van een datacenter verhuisoperatie overstijgt de dagdagelijkse IT- en business-operaties. Daarom wordt hiervoor steeds een strategisch project voorzien in de project portfolio roadmap. De voorbereidingen (opmaak projectdefinitie M1) werden al opgestart in parallel met de aanbesteding zodat een eventueel verhuisproject direct na sluiting van start kan gaan. Na de validatie van het projectinitiatief (stap M0 met een eerste kostenindicatie van 4,125 Mio€) op 22/01/2025 werd vervolgens de M1 analyse uitgewerkt door de Enterprise Architect, en gevalideerd op de Portfolio Board van juni 2025:

- Een projectplanning 2025-2026-2027 werd opgesteld en de werkpakketten werden gedefinieerd. Hierbij werd naast een voorbereidingsfase en de effectieve verhuis, ook rekening gehouden met een uitfasering (decomissioning) in de huidige datacenters.
- De risico's en afhankelijkheden met andere portfolio projecten werden in kaart gebracht. O.a. de complexiteit van de planning, met veel betrokken partners en een cascade-effect, werd gevlagd als een risico.
- Het project heeft de hoogste technische complexiteitsscore nl. ‘zeer complex’.
- Het project werd meer in detail begroot. Conform de standaard werkwijze werd een NPV (Net Present Value) berekening voor het project gedaan over 8 jaren. De NPV is de som van alle kosten (eenmalig en recurrent) en baten over 8 jaar rekening houdend met de financieringskost. In de NPV- berekening werden de investeringskosten voor de vernieuwing van de servers zelf niet in rekening

gebracht. De NPV is negatief en bedraagt -5,886 Mio €. Dit is dus de datacenter kostprijs voor Fluvius inclusief verhuis en recurrente kosten en baten over 8 jaren. Hiervan zijn 3,2 Mio€ kosten gelinkt aan de verhuis (interne projectkosten en éénmalige andere kosten).

Het verhuis-project zal bij sluiting verder naar status M2 worden gebracht en direct opgestart worden. De voorziene projectleidster heeft ruime ervaring met het managen van complexe IT- en businessprojecten en zal rapporteren aan de Tactische Stuurgroep Transform & Digital.

3. Na het verhuisproject volgt opnieuw een periode van stabiliteit

Het is een evidentie dat de complexiteit, business impact en duurtijd van de datacenterverhuis nopen tot een datacenter-contract van lange duur. In de aankoopstrategie werd daarom al gemotiveerd afgeweken van de richttermijn van 8 jaar voor overheidsopdrachten binnen de speciale sectoren. Zoniet zou de NPV berekening over 8 jaren bij de opmaak van de M1 trouwens nog 3,2 Mio € duurder zijn uitgevallen voor Fluvius (dus NPV -9,086 Mio € i.p.v. -5,886 Mio €). Na het zesde jaar zou immers opnieuw een twee jaar durend verhuisproject moeten voorzien worden en zou er als het ware een quasi-permanente ‘verhuisafdeling’ en budgetten i.p.v. een tijdelijke projectorganisatie binnen Fluvius moeten worden opgezet. Met de voorziene looptijd van 14 jaren zal pas na 12 jaar (i.p.v. al na 6 jaar) opnieuw een (mogelijk) verhuisproject starten. Ook de vorige aanbesteding had trouwens, op basis van dezelfde motieven, een looptijd van 14 jaren. Bij de opmaak van de strategie (‘evaluatie lopende overeenkomst’ en ‘marktanalyse’) werden geen indicaties genoteerd om deze looptijd bij te sturen. Met deze looptijd is de verhuis van het datacenter immers synchroon met de periodieke vernieuwing van het serverpark. Hierdoor wordt een efficiëntie-winst en risico-minimalisatie gerealiseerd (die ook werd meegenomen in de NPV berekening bij M1) door dubbel werk maximaal te vermijden nl. niet nodeloos servers vervangen in het oude datacenter om vervolgens 1 of enkele jaren later diezelfde server te gaan verhuizen en vervolgens wat later deze opnieuw te vervangen. Binnen ICT wordt gebudgetteerd op een onderhoudscyclus van de servers van 5 à 6 jaar. Dat betekent dat we bij aanschaf van het materiaal standaard 5 jaar onderhoud voorzien en dit naargelang de situatie nog met een extra jaar verlengen. Na het zesde jaar wordt het onderhoud te duur en kiezen we voor een nieuwe investering. Gezien een verhuisperiode ingeschat wordt op 18 tot 24 maanden, zijn de vernieuwingscycli gealigneerd met de verhuiscycli:

- Jaar 1/2: vernieuwing nodig voor initiële inhuizing
- Jaar 7/8: eerste grote vernieuwingscyclus
- Jaar 13/14: tweede vernieuwingscyclus bij uithuizing contractduur

Hierdoor is, bij ongewijzigde behoefte, de datacenter behoefte stabiel afgedekt voor de lange termijn. Bij deze lange contractduur werd ook niet uitgesloten dat er op termijn strategische beslissingen zouden kunnen worden genomen. Het gaat hier niet over het op-of afschalen van het aantal servers. Deze schommelingen worden ondervangen door de raamovereenkomst (zie hiertoe ook het gunningscriterium flexibiliteit). Het gaat om mogelijke strategische beslissingen die de datacenterbehoefte drastisch wijzigen bv. mogelijke toekomstige beslissingen het herzien van de in/outsourcing strategie, beslissingen tot strategische synergie-samenwerkingen, ... Hiervoor werd een éénzijdige opzegclausule voorzien vanaf het zesde jaar om zo ook transparantie te creëren naar mogelijke inschrijvers.”

Na toetsing van de finale offertes aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv L.

3.11. Op 20 mei 2026 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om goedkeuring te verlenen aan het in dat gunningsverslag opgenomen gunningsvoorstel en om de opdracht te gunnen aan de nv L.

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 21 mei 2026 wordt de verzoekende partij van de bestreden beslissing in kennis gesteld.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verwerende partij vraagt om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door haar neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduidt en waarbij zij ook de redenen opgeeft waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vraagt.

5. Met een schrijven van 16 juni 2026 betwist de verzoekende partij het vertrouwelijk karakter van stuk 2 ‘strategiefiche’ en stuk 3 ‘strategierapport’ van het vertrouwelijk gedeelte van het administratief dossier. Zij vraagt om deze stukken als niet-vertrouwelijk te behandelen en wijst ook op de mogelijkheid voor de verwerende partij om een stuk in te dienen waarin eventuele vertrouwelijke elementen worden weggelaten. Daarnaast merkt zij ook op dat een aantal stukken ontbreken in het administratief dossier.

6. Op vraag van het auditoraat heeft de verwerende partij het administratief dossier vervolledigd. Daarbij werd ook een niet-vertrouwelijke versie toegevoegd van de voormelde strategiefiche en het voormelde strategierapport waarmee op het eerste gezicht aan het verzoek om inzage van de verzoekende partij, althans in de huidige fase van het geding, tegemoet lijkt te zijn gekomen.

7. Wat de overige stukken betreft, zijn er geen gronden aangevoerd door de verzoekende partij om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, 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: wet van 17 juni 2013), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. Het eerste middel, dat twee onderdelen omvat, is genomen uit de schending van de artikelen 4, 5 en 135 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet van 17 juni 2016), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: wet van 29 juli 1991), het materiële motiveringsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van de gelijke behandeling, het transparantiebeginsel, het evenredigheids- en het mededingingsbeginsel als beginselen van het overheidsopdrachtenrecht, het principe van het parallelisme der vormen en uit bevoegdheidsoverschrijding,

“*Doordat* het toepasselijke bestek ‘FLU24IT010_2’ voorziet dat de Opdracht een looptijd van 14 jaar zal hebben;

Dat de bestreden beslissing hierop steunt;

Eerste onderdeel

Terwijl op grond van artikel 135, lid 2 van de Wet Overheidsopdrachten de volledige looptijd van een overheidsopdracht in de speciale sectoren, inclusief de verlengingen, over het algemeen beperkt moet blijven tot 8 jaar;

Dat op grond van artikel 135, lid 2 van de Wet Overheidsopdrachten en het beginsel van de gelijke behandeling en het transparantiebeginsel de aanbestedende overheid voornoemde termijn of een eventuele verlenging van voornoemde termijn dient vast te liggen in de initiële opdrachtdocumenten; dat ook de motieven voor een eventuele verlenging van de standaardtermijn terug te vinden dienen te zijn in de initiële opdrachtdocumenten of in een document, opgesteld voorafgaand aan de goedkeuring van de initiële opdrachtdocumenten en document goedgekeurd door de Raad van Bestuur;

Dat in huidige zaak verwerende partij de beslissing tot goedkeuring van de voorwaarden, de raming en de plaatsingsprocedure d.d. 25 maart 2025 met haar beslissing van 19 maart 2026 niet heeft ingetrokken; dat met voornoemde beslissing van 25 maart 2025 verwerende partij de uitvoeringstermijn van 14 jaren goedkeurde;

Dat de Raad van Bestuur slechts met de bestreden beslissing, namelijk de effectieve gunningsbeslissing, voor de eerste maal de verlengde termijn van 14 jaren uitgebreid heeft verantwoord en gemotiveerd;

Dat voornoemde motivering voor de verlengde termijn bovendien gegevens bevat, die mogelijkerwijze een invloed had kunnen hebben op de inhoud van de ingediende offerte van verzoekende partij; dat immers in de bestreden beslissing sprake is van een effectieve verhuis, waarmee de inschrijvers in hun offerte geen rekening hebben kunnen houden, waardoor deze bijkomende motivering had kunnen leiden tot andere offertes;

Dat enerzijds de Raad van Bestuur van verwerende partij geen nieuwe motieven kan toevoegen aan een beslissing, die zij niet heeft ingetrokken, namelijk de beslissing van 25 maart 2025; dat anderzijds door pas met de bestreden beslissing de inhoudelijke motieven weer te geven van de verlenging van de uitvoeringstermijn niet kan nagegaan worden dat het effectief deze redenen waren die de Raad van Bestuur van verwerende partij ertoe bewogen om de termijn te verlengen;

Dat voor huidige Opdracht een looptijd is voorzien van 14 jaar en de enige rechtvaardiging hiervoor te vinden is in het gunningsverslag; dat, in de eerste plaats, een gunningsverslag geen beslissing inhoudt uitgaande van de aanbestedende overheid en bovendien in zoverre dit verslag is geïncorporeerd in een gunningsbeslissing, de motivering niet kan worden gegeven via een individuele administratieve rechtshandeling;

Tweede onderdeel

Terwijl op grond van artikel 135, lid 2 van de Wet Overheidsopdrachten de volledige looptijd van een overheidsopdracht in de speciale sectoren, inclusief de verlengingen, over het algemeen beperkt moet blijven tot 8 jaar;

Dat op grond van het beginsel van de vrije mededinging een overheidsopdracht niet voor te lange tijd aan de vrije mededinging en de toegang tot die overheidsopdracht mag worden onttrokken; dat de looptijd van een overheidsopdracht en de eventuele langere looptijd evenredig dienen te zijn met de noden van de aanbestedende overheid in het licht van het beheer van haar taken van algemeen belang en evenredig met de noodzakelijkheden van het voorwerp van de opdracht;

Dat krachtens het materieel motiveringsbeginsel eventuele overschrijdingen van voornoemde looptijd dienen te steunen op juiste feitelijke gegevens en rechtens aanvaardbare motieven, gegevens en motieven die bovendien draagkrachtig en pertinent zijn in het licht van de genomen beslissing;

Dat het dragende motief in het gunningsverslag om de uitvoeringstermijn van 14 jaren te rechtvaardigen een verhuis is; dat uit dit verslag ook blijkt dat volgens verwerende partij de effectieve verhuis als gevolg van de gekozen inschrijver aantoont dat de verlengde termijn van 14 jaren gerechtvaardigd is; dat enerzijds dergelijke motief van een verhuis in het absolute de termijn van 14 jaren niet kan verantwoorden daar evengoed verzoekende partij had kunnen gekozen worden; dat anderzijds het motief van de effectieve verhuis niet heeft gespeeld bij de motivering geïncorporeerd in de gunningsbeslissing van 25 februari 2025; dat ten slotte een verhuis die in het bestek wordt geschat op maximum 24 maanden nog altijd niet een verlenging van de uitvoeringstermijn met 6 jaren kan rechtvaardigen;

Dat het motief van de ‘complexiteit’ een vaag en nietszeggend motief is en bovendien dit motief de zeer lange looptijd niet kan verantwoorden; dat een verhuis geen pertinent motief is en nog altijd niet een langere looptijd van 6 jaren kan verklaren; dat het bestek zelf voorzag dat de overeenkomst slechts zou aanvangen op 1 februari 2027 waardoor als gerekend wordt vanaf de eerste gunningsbeslissing er reeds ongeveer 12 maanden zijn om te verhuizen voorafgaand aan de aanvang van de overeenkomst; dat bovendien het bestek aangeeft dat de verhuis opstart vanaf het sluiten van de overeenkomst; dat een eventuele verhuis van het datacenter niet verhindert dat verwerende partij intussen zijn activiteiten kan verder zetten; dat immers de aanwezigheid van het datacenter continu moet gegarandeerd worden zodat bij het opnemen van een nieuwe overheidsopdracht hiermee rekening wordt gehouden; dat de continuïteit van de openbare dienst van verwerende partij niet in het gedrang komt door de verhuis;

Dat ten slotte verwerende partij zichzelf in het bestek de mogelijkheid geeft om de overeenkomst na 6 jaren eenzijdig op te zeggen; dat in die situatie dan blijkbaar een mogelijke bijkomende verhuis geen problemen veroorzaakt; dat aldus verwerende partij de motieven voor de verlengde termijn zelf tegenspreekt;

Dat aldus het bestek met de voorziene looptijd artikel 135, lid 2 van de Wet Overheidsopdrachten, het evenredigheids- en mededingingsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel schendt;

Dat het gunningsbesluit zelf steunt op de looptijd vermeld in het bestek en het bestreden besluit ook uitgaat van voornoemde looptijd en de opdracht heeft gegund voor deze looptijd, zodat om die reden het bestreden besluit het materieel motiveringsbeginsel schendt daar het steunt op een motief dat rechtens onaanvaardbaar is;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden zijn.”

De verzoekende partij vat de (uiteenzetting van) het middel in het verzoekschrift als volgt samen:

“In het eerste onderdeel bekritiseert verzoekende partij het feit dat verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing een motivering geeft wat betreft de verlenging van de wettelijk voorziene uitvoeringstermijn. Daarbij geeft verzoekende partij aan dat verwerende partij de oorspronkelijke beslissing, waarmee deze termijn werd vastgesteld, niet werd ingetrokken en er dus geen sprake kon zijn van een bijkomende motivering. Bovendien kan een administratieve overheid/aanbestedende overheid geen reglementaire rechtshandeling motiveren via een individuele rechtshandeling.

In het tweede onderdeel wijst verzoekende partij op een hele reeks inconsistenties aangaande de motieven, die verwerende partij hanteert om de verlenging van de uitvoeringstermijn te rechtvaardigen. Verzoekende partij wijst erop dat een verhuis van maximaal 24 maanden niet een verlenging van een uitvoeringstermijn met 6 jaren kan rechtvaardigen. Dit is des te minder het geval wanneer rekening wordt gehouden met het feit dat bij het wettig verloop van de plaatsingsprocedure de gekozen inschrijver bijna een jaar de tijd had om die verhuis te organiseren en dit voorafgaand aan de aanvang van de overeenkomst, die het bestek voorzag op 1 februari 2027. Bovendien geeft verwerende partij zichzelf in het bestek de mogelijkheid om de opdracht na 6 jaren éénzijdig op te zeggen, situatie waarin er dan plots geen probleem meer zou zijn met een verhuis. Dit is contradictorisch.”

Beoordeling

10. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het eerste middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Eerste onderdeel

11. Artikel 135, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, dat geldt voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren, zoals de onderhavige opdracht, luidt:

“Een opdracht kan van bij de sluiting een of meer verlengingen omvatten, overeenkomstig de in de initiële opdrachtdocumenten vermelde nadere regels. De volledige looptijd, met inbegrip van de verlengingen, moet over het algemeen beperkt blijven tot acht jaar na het sluiten van de opdracht. De verlenging mag geen aanleiding geven tot een wijziging van de algemene aard van de opdracht.”

12. Te dezen bedraagt de looptijd van de opdracht volgens de aankondiging, de selectieleidraad en de gunningsleidraad veertien jaar, hetgeen in die opdrachtdocumenten niet nader wordt verantwoord. Wel wordt de langere looptijd van de opdracht gemotiveerd in het strategierapport over de opdracht ‘Housing Datacenter’, als volgt:

“4.1. Voorziene looptijd

Er wordt gekozen voor een overeenkomst met een looptijd van 14 jaar, met de mogelijkheid voor Fluvius om (eenzijdig) op te zeggen vanaf het 6^e jaar, met minstens 1 jaar vooropzeg. Dit om te kunnen wijzigen van dienstverlener indien er zich strategische wijzigingen voordoen bij Fluvius. Uitstapclausules worden eveneens voorzien in geval van ontevredenheid en om bij het regelmatig niet behalen van SLA’s de flexibiliteit te hebben om naar een andere partij te gaan.

De motivering voor de langere looptijd is gebaseerd op de complexiteit en de business-impact van een mogelijke verhuis, welke gepaard gaat met een lange doorlooptijd van 18 tot 24 maand”

Dit document lijkt te zijn goedgekeurd door de raad van bestuur op 26 maart 2025, en dus ruim voorafgaand aan de bekendmaking van de opdracht op 10 juli 2025. De motieven die de langere duurtijd van veertien jaar beogen te verantwoorden, werden aldus op het eerste gezicht formeel reeds aangenomen *in tempore non suspecto*, zijnde ter gelegenheid van de goedkeuring van het strategierapport over de voorliggende overheidsopdracht door de raad van bestuur van de verwerende partij. De motivering in het gunningsverslag, die hoger reeds werd weergegeven in het feitenrelaas onder punt 3.10, lijkt op het eerste gezicht slechts een meer uitvoerige toelichting te zijn van de motieven die reeds terug te vinden zijn in dat strategierapport. In zoverre de verzoekende partij doet gelden dat de raad van bestuur van de verwerende partij pas met de bestreden beslissing voor de eerste maal in een verantwoording zou hebben voorzien voor de langere looptijd van de voorliggende overheidsopdracht lijkt de grief dan ook feitelijke grondslag te missen. Om dezelfde reden wordt ook de argumentatie van de verzoekende partij inzake het aanvullen *post factum* bij een individueel besluit van een motivering in een eerder reglementair besluit niet bijgevalen.

13. Voor zover de verzoekende partij betoogt dat de motieven in de gunningsleidraad zelf moesten worden opgenomen, zodat zij met de verhuis

waarvan in deze motivering sprake is, rekening kon houden bij het indienen van haar offerte, wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat in artikel 135, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 geen bijzondere vereiste in dit verband is bepaald. Overigens lijkt evenmin de formelemotiveringsplicht van toepassing op een bestek, dat geen individuele strekking heeft.

14. In de mate dat de verzoekende partij voorts betoogt dat de motivering voor de verlengde termijn in het gunningsverslag, waarin ook sprake is van een effectieve verhuis, gegevens bevat, die mogelijk een invloed hadden kunnen hebben op de inhoud van de ingediende offertes, wordt vastgesteld dat het gegeven dat de opdracht mogelijks een verhuis impliceert en dat de inschrijvers dit moesten verwerken in hun offerte, op het eerste gezicht reeds voldoende duidelijk bleek uit de opdrachtdocumenten. Zo werd reeds in het kader van de selectiefase aan de kandidaten gevraagd om minstens één referentie “voor de verhuis van IT-ondersteuningsdiensten naar een ander datacenter” voor te leggen. Ook bevat het technische lastenboek, dat als bijlage 10 bij de gunningsleidraad is gevoegd, een specifiek hoofdstuk over de transitie en transformatie, waarin wordt verduidelijkt dat een eerste fase (transitie) van maximaal zes maanden wordt gerekend, waarin het datacenter of de datacenters klaargemaakt moeten worden om de infrastructuur van de verwerende partij te ontvangen, en een tweede fase (transformatie) van 12 tot maximaal 24 maanden, waarin enerzijds de bestaande infrastructuur deels wordt verhuisd van de datacenters van de zittende dienstverlener en anderzijds nieuwe infrastructuur wordt gebouwd. Voor deze fases wordt concreet de rol van de dienstverlener beschreven. Ook is er een afzonderlijke prijstabel bij de gunningsleidraad gevoegd voor de fase van de transitie en transformatie.

Alle inschrijvers lijken aldus te beschikken over dezelfde informatie om hun offerte op te stellen, met inbegrip van de vereisten inzake een mogelijke verhuis, waarover geen van de inschrijvers een vraag blijkt te hebben gesteld. Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt voorts dat de verzoekende partij zelf in haar offerte op verschillende plaatsen ingaat op de fase van de transitie/verhuis. In de mate dat in het gunningsverslag ook sprake is van een “effectieve” verhuis, lijkt dit op het eerste gezicht slechts verband te houden met het gegeven dat, ingevolge de gunning aan de nv L., zijnde een andere dienstverlener dan de zittende

dienstverlener, dit mogelijke verhuisscenario zich effectief zal manifesteren. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht dan ook niet aannemelijk dat het bestek op dit punt onduidelijk of niet transparant zou zijn en dat de verwerende partij gehandeld zou hebben in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

15. Aangezien de verzoekende partij voorts kennis had van deze motieven door mededeling van het gunningsverslag kon zij voorts met kennis van zaken beslissen om de wettigheid van deze motivering inzake een langere looptijd aan te vechten, wat zij ook doet in het tweede onderdeel van haar middel.

16. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

17. In het tweede onderdeel betwist de verzoekende partij in essentie de rechtsgeldigheid van de langere duurtijd van de overheidsopdracht dan de wettelijk voorziene looptijd, evenals de motivering die hiertoe in het gunningsverslag werd opgenomen, waarbij de verzoekende partij ook wijst op een aantal tegenstrijdigheden in de motivering.

18. Artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt:

“Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

Overeenkomstig artikel 135, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 moet voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren de volledige looptijd, met inbegrip van de verlengingen, over het algemeen beperkt blijven tot acht jaar na het sluiten van de opdracht.

19. Te dezen voorzien de opdrachtdocumenten in een looptijd van veertien jaar. Zoals hiervoor reeds werd vastgesteld, wordt de langere looptijd van

de opdracht gemotiveerd in het strategierapport, zoals meer uitgebreid toegelicht in het gunningsverslag. Deze motieven worden hoger reeds weergegeven onder de punten 3.3 en 3.10 van het feitenrelaas. Er wordt naar verwezen.

20. In de mate dat de verzoekende partij ook in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel aanvoert dat zij geen rekening heeft kunnen houden met de motivering bij het opstellen van haar offerte, volstaat het te verwijzen naar het eerste onderdeel van het eerste middel, waar deze grief reeds werd beoordeeld.

21. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de voormelde motivering op het eerste gezicht van aard om voor de voorliggende opdracht ‘Housing Datacenter’ een looptijd van veertien jaar te verantwoorden. Er blijkt voorts niet, minstens wordt er niet aangetoond door de verzoekende partij, dat de verwerende partij te dezen bij het bepalen van de looptijd van de opdracht enkel en alleen zou hebben gehandeld met het oogmerk om de opdracht uit te sluiten van het toepassingsgebied van de wet van 17 juni 2016 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken, dan wel gehandeld zou hebben in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

Dat de gunningsleidraad rekening houdt met een mogelijk verhuisscenario, ook al bestaat de kans dat de opdracht aan de zittende dienstverlener of een van zijn onderaannemers zoals de verzoekende partij wordt gegund, lijkt ingegeven te zijn vanuit een streven van de verwerende partij om een eerlijke mededinging te waarborgen.

De verwerende partij maakt daarbij op het eerste gezicht ook aannemelijk dat de wijziging van dienstverlener voor de ter beschikking stelling van datacenters en de daaruit volgende verhuis van de servers van de verwerende partij een complex proces betreft dat een belangrijke business-impact heeft. Dit lijkt ook voldoende inzichtelijk voor een professionele inschrijver, zoals de verzoekende partij, te meer daar de lopende opdracht in het kader waarvan de verzoekende partij zelf optreedt als onderaannemer, ook een looptijd heeft van veertien jaar. Daarbij komt dat de verzoekende partij in het kader van de voorafgaande marktconsultatie voor de onderhavige overheidsopdracht zelf

gewezen blijkt te hebben op de complexiteit van een datacenterverhuis, waarbij onder meer gesteld werd dat een datacentermigratie een ingrijpende onderneming is, waarbij de kleinste misstap al enorm veel geld kan kosten en ernstige gevolgen hebben. Dit lijkt des te meer te gelden omdat de verwerende partij de continuïteit van haar activiteit wenst te garanderen gedurende de verhuis van de servers naar een nieuw datacenter. Dat een dergelijke verhuis van de verwerende partij ook een grondige voorbereiding vraagt, lijkt bevestiging te vinden in de projectplanning weergegeven in het gunningsverslag.

De verzoekende partij wordt voorts niet bijgevalen waar zij stelt dat in het gunningsverslag verkeerdelijk sprake zou zijn van een termijn van 18 tot 24 maanden voor de verhuis. In het bestek wordt immers bepaald dat er eerst een fase van transitie plaatsvindt die tot 6 maanden kan duren en vervolgens een fase van transformatie die 12 tot 18 maanden kan duren. Het gehele proces van transitie en transformatie neemt volgens het bestek bijgevolg wel degelijk een termijn van 18 tot 24 maanden in beslag.

Op het eerste zicht lijkt trouwens niet zozeer de duurtijd van een verhuis dan wel de complexiteit en de daaraan verbonden risico's en de business-impact van belang bij de keuze door de verwerende partij voor de langere looptijd. In die zin lijkt ook de argumentatie van de verzoekende partij dat de opdracht slechts aanvangt op 1 februari 2027 wat nog voldoende tijd geeft om de verhuis te organiseren niet relevant. Dat de complexiteit, risico's en businessimpact van een mogelijke verhuis van belang is, blijkt des te meer uit de aandacht die in het bestek wordt besteed aan de fase van de transitie en transformatie.

In haar kritiek lijkt de verzoekende partij voorts voorbij te gaan aan het gegeven dat de verwerende partij met de looptijd van veertien jaar tevens beoogt om de complexe mogelijke verhuis van het datacenter te synchroniseren met de periodieke vernieuwing van het serverpark, met een onderhoudscyclus van vijf à zes jaar. Daarbij gaat de verwerende partij op het eerste gezicht de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten in zoverre zij daarmee tevens beoogt het nodeloos vervangen van servers in het oude datacenter om deze kort erna te verhuizen en opnieuw te vervangen, maximaal te vermijden.

In het licht van het voorgaande lijkt ook het gegeven dat de verwerende partij zich in het bestek de mogelijkheid voorbehoudt om de overeenkomst na zes jaar op te zeggen, niet in strijd met de keuze voor een totale looptijd van de opdracht van veertien jaar. Zoals blijkt uit het bestek, wordt in deze opzegmogelijkheid voorzien opdat de verwerende partij van dienstverlener zou kunnen wijzigen als er zich strategische wijzigingen voordoen bij de verwerende partij. De verwerende partij verklaart in het gunningsverslag nog nader dat het gaat om strategische wijzigingen waarbij de datacenterbehoefte drastisch zou wijzigen zoals bijvoorbeeld mogelijke toekomstige beslissingen over het herzien van de in-outsourcing strategie, beslissingen tot strategische synergie-samenwerkingen. Het gegeven dat in dergelijke uitzondering wordt voorzien in het licht van de snel evoluerende markt, zowel van IT-oplossingen als energieoplossingen, is op het eerste gezicht ook niet van aard om het motief inzake het complex karakter van de verhuis van dergelijk datacenter te ondermijnen.

22. Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

23. In een tweede middel, dat eveneens twee onderdelen omvat, voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81 *juncto* 153 van de wet van 17 juni 2016, het bijzonder bestek, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het transparantiebeginsel als beginsel van het aanbestedingsrecht,

“*Doordat* het toepasselijke bestek ‘FLU24IT010_2’ in het raam van het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’ en het subgunningscriterium ‘Duurzaamheid: CO2neutraliteit’ beoordelingselementen voorziet die peilen naar de kwaliteiten van de inschrijver;

Eerste onderdeel

Terwijl overeenkomstig artikel 81 *juncto* 153 van de Wet Overheidsopdrachten gunningscriteria in het raam van een

overheidsopdracht enkel mogen peilen naar de kwaliteiten van een offerte en niet naar de kwaliteiten van een inschrijver;

Dat overeenkomstig voornoemde bepalingen het onderzoek inzake selectiecriteria en het onderzoek inzake gunningscriteria in het overheidsopdrachtenrecht strikt te onderscheiden fases zijn, die een aanbestedende overheid niet mag vermengen;

Dat in huidige procedure wat betreft het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’ bijvoorbeeld één van de beoordelingselementen, vermeld in het bestek, het volgende is : de inschrijver krijgt een hogere score “naarmate de inschrijver blijkt geeft te beschikken over de nodige aantoonbare expertise, certificaten en ervaring om een kwalitatieve uitvoering van de opdracht te verzekeren”; dat echter ook de andere beoordelingselementen voor dit gunningscriterium betrekking hebben op de inschrijver; dat aangaande het subgunningscriterium ‘Duurzaamheid: CO2neutraliteit’ het bestek als enige het volgende beoordelingselement vermeldt : *“het pad naar CO2-neutraliteit van de inschrijver met specifieke (tussentijdse) doelstellingen en duiding hoe deze doelstellingen zullen worden gerealiseerd”*;

Dat op grond van voornoemde beoordelingselementen verwerende partij via een aantal gunningscriteria peilt naar de geschiktheid en bekwaamheid van de inschrijvers, waardoor verwerende partij selectiecriteria en gunningscriteria vermengt;

Dat bijgevolg het toepasselijke bestek artikel 81 juncto 153 van de Wet overheidsopdrachten schendt, wat de hele plaatsingsprocedure aantast; dat de bestreden beslissing hierop steunt, waardoor de beslissing het materieel motiveringsbeginsel schendt;

Tweede onderdeel

Terwijl overeenkomstig artikel 4 en artikel 81 juncto 153 van de Wet Overheidsopdrachten en het transparantiebeginsel als beginsel van het aanbestedingsrecht een aanbestedende overheid de offertes moet toetsen aan de gunningscriteria en aan de inhoud van die gunningscriteria zoals vermeld ofwel in de aankondiging ofwel in het bestek;

Dat een aanbestedende overheid op grond van de zonet vermelde wettelijke bepalingen en beginselen de inhoud van een gunningscriterium na bekendmaking en lopende de plaatsingsprocedure niet mag wijzigen en zeker niet op het moment dat zij de offertes (*in casu* de BAFO's) begint te toetsen aan de gunningscriteria;

Dat in het raam van huidige zaak verwerende partij in het toepasselijke bestek wat betreft het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’ beoordelingselementen voorziet die de kwaliteit van de inschrijver beoordelen; dat echter bij de beoordeling van de offertes zelf verwerende partij plots steunt op bepaalde elementen, die eerder in verband staan met de kwaliteit van bepaald arbitrair gekozen in te zetten personeel en die bovendien strijden met de inhoud van het bestek; dat aldus verwerende partij de inhoud en de teneur van het gunningscriterium heeft gewijzigd; dat verzoekende partij haar offertes heeft opgesteld in het licht van de in het bestek omschreven inhoud en bijgevolg op het einde van de plaatsingsprocedure wordt geconfronteerd met een totaal andere inhoud; dat

dit trouwens ook uiteindelijk resulteert in een lager puntenaantal ten aanzien van de ingetrokken gunningsbeslissing van 25 februari 2026; dat verzoekende partij een andere offerte had ingediend, mocht zij op de hoogte zijn geweest van de nieuwe invulling van het desbetreffende gunningscriterium;
Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden zijn.”

De verzoekende partij vat de (uiteenzetting van) het middel in het verzoekschrift als volgt samen:

“In het tweede middel bekritiseert verzoekende partij het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’ en het subgunningscriterium ‘Duurzaamheid: CO₂neutraliteit’ zoals terug te vinden in het bestek. Verzoekende partij levert kritiek op deze gunningscriteria in de mate het bestek voor deze gunningscriteria beoordelingselementen bevatten, die de kwaliteit van de inschrijver taxeren en niet de kwaliteit van de offerte (eerste onderdeel). Daarnaast merkt verzoekende partij op dat bij de beoordeling van de offertes in het hier bestreden besluit de inhoud van het gunningscriterium, zoals vermeld in het bestek, heeft gewijzigd (tweede onderdeel).”

Beoordeling

Eerste onderdeel

24. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het eerste onderdeel van het tweede middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

25. In het eerste onderdeel betwist de verzoekende partij in essentie de wettigheid van het vijfde gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’ en het eerste subgunningscriterium ‘CO₂neutraliteit’ van het zesde gunningscriterium ‘Duurzaamheid’ omdat deze betrekking zouden hebben op de kwaliteit van de inschrijver en niet de kwaliteit van de offerte.

26. Artikel 81, §§ 1 tot 3, van de wet van 17 juni 2016, welke bepalingen overeenkomstig artikel 153 van diezelfde wet ook van toepassing zijn

voor opdrachten in de speciale sectoren, luiden:

“§ 1. De aanbestedende overheid baseert de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte.

§ 2. De economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid wordt, naar keuze, vastgesteld:

1° op basis van de prijs;

2° op basis van de kosten, rekening houdend met de kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 82;

3° rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. Het kan onder meer gaan om de volgende criteria:

a) kwaliteit, waaronder technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid, geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;

b) de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;

c) klantenservice en technische bijstand, alsook leveringsvoorwaarden zoals de leveringsdatum, de leveringswijze en de leverings- of uitvoeringstermijn. Het kostenelement kan ook de vorm aannemen van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan de ondernemers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen.

§ 3. Gunningscriteria worden geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:

1° het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of

2° een specifiek proces voor een andere fase van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van de materiële basis ervan.

Gunningscriteria mogen er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid onbeperkte keuzevrijheid heeft. Ze waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen in welke mate de offertes aan de gunningscriteria voldoen. In geval van twijfel controleert de aanbestedende overheid effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.

Deze criteria moeten in de aankondiging van een opdracht of in een ander opdrachtdocument worden vermeld.”

Het onderzoek van de offertes aan de hand van de gunningscriteria peilt naar de intrinsieke waarde van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht. Dat onderzoek dient te worden onderscheiden van de selectie van de kandidaten, die verband houdt met de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren. Overeenkomstig artikel 81, § 3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 worden gunningscriteria geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer ze betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan.

De keuzevrijheid voor de aanbestedende overheid om de gunningscriteria te bepalen is niet onbeperkt. Die keuze mag geen betrekking hebben op andere criteria dan die welke strekken tot bepaling van de economisch meest voordelige offerte en de criteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, van die wet kan de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid worden vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding “die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht”. Volgens littera b) van deze bepaling kan het daarbij gaan om criteria inzake “de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht”.

27. De kritiek van de verzoekende partij richt zich in de eerste plaats op het gunningscriterium “aangeboden services en organisatie ervan”. De omschrijving van dit gunningscriterium werd hoger reeds weergegeven onder punt 3.6 van het feitenrelaas. Er wordt naar verwezen.

Op het eerste gezicht lijken de drie beoordelingselementen waarin de omschrijving van dit gunningscriterium voorziet samen gelezen te moeten worden met het opschrift van het gunningscriterium, waaruit duidelijk blijkt dat het betrekking heeft op de “aangeboden services en de organisatie ervan”. Daarnaast lijkt de omschrijving van dit gunningscriterium ook samen gelezen te moeten worden met de overige bestekbepalingen, waaronder bijlage 10 bij de gunningsleidraad die het technisch lastenboek bevat en waarin de specifieke eisen zijn opgenomen die gesteld worden aan de te leveren diensten. Overeenkomstig artikel 81, § 3, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 dienen de gunningscriteria immers vergezeld te gaan van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen in welke mate de offertes aan de gunningscriteria voldoen. Te dezen wordt bij een aantal hoofdstukken van het technisch lastenboek op het eerste gezicht ook uitdrukkelijk vermeld dat de antwoorden op de vragen van dat hoofdstuk gebruikt zullen worden voor de beoordeling van een specifiek gunningscriterium.

28. Zo lijkt, specifiek wat het eerste beoordelingselement vermeld onder het gunningscriterium “aangeboden services en organisatie ervan” betreft, rekening gehouden te moeten worden met hoofdstuk 9 ‘Governance’ van het technisch lastenboek dat onder punt 9.2.1. ervan bepalingen bevat inzake het vereiste “Governance team” dat “ten behoeve van de algemene sturing en kwaliteitsbewaking van de aangeboden dienstverlening binnen onderhavige opdracht opgezet [dient] te worden”. Daarnaast kan verwezen worden naar hoofdstuk 10 ‘Samenwerking’ van het technisch lastenboek, meer bepaald punt 10.3 ‘Behoeftes sleutelpersonen’ daarvan, waaronder de behoefte wordt omschreven met betrekking tot een aantal sleutelpersonen en een aantal specifieke sleutelprofielen waarin de inschrijver dient te voorzien en de verwachte aantoonbare expertise van de betrokken personen.

Uit de voormelde bestekbepalingen blijkt op het eerste gezicht dat van de inschrijvers werd gevraagd dat zij zeer concreet de profielen zouden beschrijven van een aantal sleutelpersonen, namelijk de Service Delivery Manager, de Incident/Problem Manager, de Security Manager, de Change Manager en de Lead Project Manager, met weergave van de aantoonbare expertise en ervaring op

basis van voorlegging van een CV opdat de verwerende partij zou kunnen beoordelen of het voorgestelde profiel over de minimaal verwachte expertise beschikt. Samen gelezen met het gunningscriterium ‘aangeboden services en de organisatie ervan’ kan hieruit op het eerste gezicht worden afgeleid dat een hogere score zou worden toegekend naarmate de inschrijver, waaronder op het eerste gezicht de gevraagde profielen dienen te worden begrepen, blijkt te beschikken over de nodige aantoonbare expertise, certificaten en ervaring om een kwalitatieve uitvoering van de opdracht te verzekeren.

Op het eerste gezicht kan aangenomen worden dat de verwerende partij daarmee beoogt de intrinsieke waarde van de offertes te toetsen aan de hand van de kwalificaties en ervaring van de specifieke medewerkers die zullen worden ingezet voor de gevraagde sleutelposities.

29. Wat het tweede beoordelingselement vermeld onder het gunningscriterium “aangeboden services en organisatie ervan” betreft, lijkt in het bijzonder ook rekening gehouden te moeten worden punt 8.5. ‘Organisatorische inbedding van de Service Organisatie’ van hoofdstuk 8 ‘Managed Services en de organisatie ervan’ van het technisch lastenboek, waaruit op het eerste gezicht kan worden afgeleid dat van de inschrijver wordt gevraagd dat hij onder meer de betrokken organisatie-eenheden beschrijft die specifiek instaan voor de uitvoering van de opdracht. Het laat zich verstaan dat de omvang van de aansturing-, uitvoerings- en escalatielijnen vanuit de betrokken organisatieonderdelen specifiek voor de uitvoering van deze opdracht vervolgens aan de hand van deze informatie zal worden beoordeeld.

30. In de huidige stand van het geding komt het voor dat een opdracht voor het leveren en beheren van data-services waarbij te allen tijde de continuïteit van de dienstverlening van de verwerende partij gegarandeerd moet worden en die gepaard gaat met een complexe verhuisoperatie een opdracht kan zijn waarbij de organisatie, kwalificatie en ervaring van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht. De toetsing van de organisatie, kwalificatie en ervaring van het personeel lijkt in de context van de voorliggende opdracht op het eerste gezicht dan ook in te passen in een kwalitatief

gunningscriterium zoals bedoeld in artikel 81, § 2, 3°, b) van de wet van 17 juni 2016.

De verzoekende partij lijkt het bestek op het eerste gezicht ook in die zin te hebben begrepen aangezien zij in haar offerte uitvoerig het team en de organisatie heeft beschreven die ze plant in te zetten voor de uitvoering van de opdracht.

31. Wat het derde beoordelingselement vermeld onder het gunningscriterium “aangeboden services en organisatie ervan” betreft, dat betrekking blijkt te hebben op de door de inschrijver aangeboden “service-cataloog”, lijkt er ook rekening gehouden te moeten worden met hoofdstuk 8 ‘Managed Services en de Organisatie ervan’, in het bijzonder met punt 8.1. ‘Service Cataloog (afroepbare services). Daarin wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat “de antwoorden op de gestelde vragen, [...] o.a. gebruikt [zullen] worden voor het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’, en dan meer specifiek de bepaling ‘naarmate de servicecatalogoog die de inschrijver aanbiedt ruimer en performanter is met inbegrip van de SLA doorlooptijden.’” In de voormelde bepalingen van het technisch lastenboek worden onder meer voor elk van de vermelde ‘services’ (elektriciteit, vloerruimte, secured area, bekabeling, ...) de ‘minimale set van services’ vermeld en wordt daarnaast aangegeven dat het de inschrijver vrij staat ‘supplementaire services’ aan te bieden. Voor sommige diensten wordt gespecificeerd aan welke supplementaire services de verwerende partij daarbij denkt.

Samen gelezen met het gunningscriterium ‘aangeboden services en de organisatie ervan’ waarin wordt aangegeven dat een hogere score wordt toegekend naarmate de servicecatalogoog die de inschrijver aanbiedt ruimer en performanter is met inbegrip van de SLA doorlooptijden, laat het zich op het eerste gezicht verstaan dat de verwerende partij bijgevolg de bijkomende diensten zal beoordelen die de inschrijver voorziet naast de minimaal gevraagde diensten in de servicecatalogoog. Ook een dergelijk beoordelingselement lijkt op het eerste gezicht dan ook te peilen naar de intrinsieke waarde van de offerte door de concreet binnen de uitvoering van deze opdracht aangeboden extra services te beoordelen.

32. De kritiek van de verzoekende partij richt zich daarnaast ook op het eerste subgunningscriterium ‘CO₂-neutraliteit’ van het gunningscriterium ‘duurzaamheid’. De omschrijving van dit gunningscriterium werd hoger reeds weergegeven onder punt 3.6 van het feitenrelaas. Er wordt naar verwezen.

In haar kritiek lijkt de verzoekende partij er opnieuw aan voorbij te gaan dat het gunningscriterium samen gelezen dient te worden met de vereisten inzake duurzaamheid zoals omschreven onder hoofdstuk 7 ‘duurzaamheid’ in het technisch lastenboek. Daarin wordt aan de inschrijvers onder meer gevraagd dat ze aangeven hoe ze de verwerende partij zullen ondersteunen op vlak van duurzaamheid en jaarlijks moeten ze een rapport bezorgen niet alleen van de voortgang van hun globale duurzaamheidsinitiatieven maar ook van de meer specifieke duurzaamheidsinitiatieven met betrekking tot de geleverde diensten in het kader van deze opdracht. De vraag om aan te tonen hoe de verwerende partij ondersteund zal worden op het vlak van duurzaamheid en de rapportage over specifieke duurzaamheidsinitiatieven in het kader van de geleverde diensten lijken op het eerste gezicht betrekking te hebben op de uitvoering van de voorliggende opdracht en verder te gaan dan een algemene vraag naar het duurzaamheidsbeleid van een inschrijver. De verwerende partij wijst in dit verband op het belang hiervan voor deze opdracht gelet op het aanzienlijke energieverbruik van datacenters.

Opnieuw lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen dat de gevraagde inspanningen rond CO₂-neutraliteit aan de hand waarvan dit subgunningscriterium lijkt te worden beoordeeld betrekking hebben op de concrete maatregelen die genomen zullen worden bij de uitvoering van de voorliggende opdracht en dus op de intrinsieke waarde van de offerte. De verzoekende partij lijkt dit ook zelf te onderkennen waar zij verwijst naar de vaststelling in het gunningsverslag dat geen enkele inschrijver een bindend commitment garandeert in uitvoering van de opdracht om de reductiedoelstellingen van de verwerende partij mee te realiseren, reden waarom ze allen slechts 1/5 scoren voor dit subgunningscriterium.

33. Uit wat voorafgaat volgt dat het betoog van de verzoekende partij dat het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’ en het eerste subgunningscriterium ‘CO₂ neutraliteit’ van het zesde gunningscriterium

‘Duurzaamheid’ betrekking zouden hebben op de kwaliteit van de inschrijver en niet op de kwaliteit van de offerte, op het eerste gezicht niet overtuigt.

Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

34. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes de inhoud van het gunningscriterium ‘Aangeboden services en de organisatie ervan’, zoals vermeld in de gunningsleidraad, heeft gewijzigd.

35. In zoverre de verzoekende partij daarbij argumenten ontleent aan de inhoud van de eerste ingetrokken gunningsbeslissing, waarin zij een hogere score behaalde voor het gunningscriterium “Aangeboden services en organisatie ervan”, dient hierop, op het eerste gezicht, niet te worden ingegaan. Die beslissing en dat verslag moeten immers worden geacht nooit te hebben bestaan.

36. De stelling van de verzoekende partij dat de verwerende partij bij de beoordeling van het gunningscriterium “aangeboden services en organisatie ervan” hieraan een andere invulling zou hebben gegeven dan aangekondigd in de gunningsleidraad, overtuigt voorts op het eerste gezicht niet. Zoals bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het tweede middel reeds is gebleken, blijkt uit het samen lezen van het voormelde gunningscriterium met bijlage 10 bij de gunningsleidraad die het technisch lastenboek bevat en waarin de specifieke eisen zijn opgenomen die gesteld worden aan de te leveren diensten, op voldoende duidelijke wijze dat gepeild wordt naar de intrinsieke waarde van het voorgestelde team,- aan de hand van sleutelposities-, dat de opdracht zou uitvoeren en naar de organisatie van het team dat zou worden ingezet.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de verwerende partij ook bij de beoordeling van het voormelde gunningscriterium in het gunningsverslag geen willekeurige profielen te hebben betrokken maar blijkt zij aan de hand van het CV de ervaring van de vijf profielen te hebben beoordeeld waarvan zij in de gunningsleidraad uitdrukkelijk heeft gevraagd om deze te

beschrijven. De verzoekende partij blijkt deze profielen ook zelf beschreven te hebben in haar finale offerte.

De verzoekende partij kan evenmin worden gevolgd waar zij stelt dat bij de beoordeling van de offertes er geen sprake meer zou zijn van het beoordelingselement met betrekking tot de kortere aansturings-, uitvoerings- en escalatielijnen. Bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij wordt in het gunningsverslag immers uitdrukkelijk overwogen: “De spreiding van verantwoordelijkheden uit meerdere organisatieonderdelen resulteert in langere en complexere aansturings-, uitvoerings- en escalatielijnen, wat minder aansluit bij de door Fluvius beoogde compacte organisatie met korte beslissingslijnen op basis van sleutelpersonen.”

Hetzelfde geldt voor de beoordeling van het derde beoordelingselement dat betrekking heeft op de servicecatalogoog. Zoals bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het tweede middel werd aangegeven, werd in het gunningscriterium aangekondigd dat een hogere score zou behaald worden naarmate de servicecatalogoog ruimer en performanter is, daaronder verstaan, dan wat minimaal wordt gevraagd. In het gunningsverslag wordt voor de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij aangegeven dat de aanvullende diensten niet gekoppeld worden met specifieke SLA-doorlooptijden en dat ze geen aantoonbare meerwaarde bieden ten opzichte van de minimale contractuele vereisten en dat bovendien een aantal van de aangeboden services reeds door Fluvius zelf worden georganiseerd. Aldus lijkt op het eerste gezicht in overeenstemming met het aangekondigde gunningscriterium te zijn beoordeeld in welke zin er meer services worden aangeboden en de servicecatalogoog dus ruimer was en wat de meerwaarde van deze supplementaire diensten was.

37. Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes een andere invulling heeft gegeven aan het gunningscriterium ‘aangeboden services en de organisatie ervan’ dan aangekondigd in de gunningsleidraad.

38. Het tweede onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 26 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twee juli tweeduizend zesentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos