

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.215 van 14 december 2020

in de zaak A. 225.649/XII-8581

In zake: de NV ORANGE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Sint-Antonius Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 juli 2018, strekt tot de nietigverklaring van de “[b]eslissing van 22 juni 2018 waarbij de raamovereenkomst ‘Het aanbieden van een breed gamma van telecommunicatiediensten bestaande uit spraaktelefonie (vast en mobiel) en marketingnummers, datacommunicatie (vast, mobiel en inclusief ‘machine to Machine’ of ‘Internet of things’) en virtuele telefooncentrales (Cloud PBX)’ (Opdracht nr. 2017/HFB/OPMB/33326), wordt gegund aan:

- wat betreft perceel 1 Vaste telefonie, marketingnummers & vaste datacommunicatie: Proximus nv [...];
- wat betreft perceel 2 Mobiele telefonie, mobiele datacommunicatie voor professioneel gebruik: Proximus nv [...].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 242.179 van 3 augustus 2018 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 oktober 2020.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Uschi Steurs, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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. Het Agentschap Facilitair Bedrijf van de Vlaamse Overheid schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp een raamovereenkomst van zeven jaar voor ‘Telecommunicatiediensten ten behoeve van de Vlaamse overheid, lokale en provinciale besturen’.

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 april 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 26 april 2017.

3.3. De opdracht omvat vier percelen waarvan enkel de eerste twee percelen te dezen van belang zijn, namelijk perceel 1 ‘Vaste telefonie, marketing-nummers & vaste datacommunicatie’ en perceel 2 ‘Mobiele telefonie, mobiele datacommunicatie voor professioneel gebruik’.

3.4. Aan de geselecteerde kandidaten, onder wie de verzoekende partij en de nv Proximus, wordt een bestek nr. 2017/HFB/OPMB/33326 - perceel 1 en perceel 2, ter beschikking gesteld.

De gunningscriteria worden in punt 9 van het voormelde bestek als volgt omschreven:

“De ontvankelijke BAFO’s zullen beoordeeld worden aan de hand van de volgende gunningscriteria (met het hen toegekende gewicht):

- de kwaliteit voor 55 %
- de prijs voor 45 %

De BAFO wordt in het licht van het criterium prijs beoordeeld op basis van de Financiële Bijlage (met vermoedelijke hoeveelheden) en de door de inschrijver aangeboden prijzen in het Prijzenraster.

De BAFO wordt in het licht van het criterium kwaliteit beoordeeld onder meer op basis van volgende beoordelingselementen:

- de mate waarin de door de inschrijver aangeboden dienstverlening (in exploitatiefase) beantwoordt aan de functionele behoeften van het Bestuur en de technische specificaties zoals beschreven in dit Bestek en de

bijlagen; zoals, de kwaliteit van de aangeboden communicatiediensten, de voorgestelde projectorganisatie in exploitatiefase, de wijze van invulling van het beheer & ondersteuning (ondersteunende processen) van de geboden dienstverlening, de functionaliteit van het bestelportaal, de mate van beveiliging van netwerk en bescherming van privacy, de redundantie, de business continuity maatregelen, duurzaamheid van de aangeboden dienstverlening.

- de aangeboden SLA's en de kwaliteit van de aangeboden rapportering,
- de kwaliteit van de voorgestelde projectorganisatie bij initiële transitiefase en exitfase,
- de extra aangeboden diensten."

Blijkens de vragen- en antwoordenlijst, bekendgemaakt aan alle geselecteerden via het e-notificationplatform, antwoordt de verwerende partij op de vraag om alsnog een gunningsmatrix te bezorgen, als volgt:

"Het is onduidelijk wat bedoeld wordt met 'gunningsmatrix'. De gunningscriteria met hun gewicht zijn duidelijk vermeld in het Bestek (blz. 17). Het Bestuur hanteert 2 gunningscriteria, met name: de prijs en de kwaliteit, en hecht daarbij meer belang aan de kwaliteit van de geboden dienstverlening (55%) dan aan de prijs (45%). In tegenstelling tot de vorige gunningsprocedure (Telecommunicatiecontracten 2011-Bestek nr. e-IB/2010-02) worden er in deze procedure geen subgunningscriteria gehanteerd."

3.5. De eerste offertes worden ingediend op 3 oktober 2017, waarna een beoordeling ervan en onderhandelingen met de inschrijvers plaatsvinden. Vervolgens wordt het BAFO-bestek aan de geselecteerde kandidaten bezorgd en worden zij uitgenodigd om op grond daarvan een BAFO (Best And Final Offer) in te dienen ten laatste op 26 maart 2018.

3.6. Zowel voor perceel 1 als voor perceel 2 worden slechts twee BAFO's ontvangen, telkens ingediend door de verzoekende partij en de nv Proximus.

3.7. In het 'gemotiveerd gunningsverslag', opgesteld op 25 mei 2018, worden voorafgaand aan de beoordeling van de BAFO's, enerzijds, de gunningscriteria hernomen en wordt, anderzijds, de beoordelingsmethodiek toegelicht op grond waarvan de BAFO's worden beoordeeld en vergeleken en er punten aan worden toegekend:

“• Voor wat betreft het criterium prijs (45%)
[...]

• Voor wat betreft het criterium kwaliteit (55%)

Voor de vergelijking van de offertes in het licht van dit gunningscriterium werd als volgt te werk gegaan:

Uit de desbetreffende stukken van de offerte werden door de leden van het evaluatieteam concrete elementen (relevant feitenmateriaal) gedetecteerd die de kwaliteit van de offerte in positieve of negatieve zin kunnen beïnvloeden. Daarbij werden alleszins de in het bestek vermelde beoordelingselementen onderzocht. Op die manier werden voor elke offerte de min- en pluspunten in het licht van de vereisten van de opdrachtdocumenten gedetecteerd. Het volledige overzicht van deze concrete plus- en minpunten gaat als bijlage bij dit gunningsverslag; deze bijlagen (één per offerte) maken integraal deel uit van dit gunningsverslag.

Daarna werden door het evaluatieteam aan elke offerte scores [ge]geven waarbij ook een motivatie voor de toegekende scores werd genoteerd op basis van het verzameld feitenmateriaal. Daarbij heeft het evaluatieteam alle plus- en minpunten uit de offerte die voor dat bepaald gunningscriterium werden genoteerd tegen elkaar afgewogen.”

Vervolgens worden de BAFO-offertes voor de percelen 1 en 2 in het gunningsverslag als volgt beoordeeld:

“[perceel 1]

4.2.1.1 Vergelijkende beoordeling in het licht van het prijscriterium

De beoordeling van de offertes op basis van de voorgestelde tarieven - prijzenraster geeft de volgende scores:

o Mobistar NV (merknaam Orange België):

☐ score: 44,46/45

o Proximus:

☐ Score: 45/45

[...]

4.2.1.2 Vergelijkende beoordeling in het licht van het kwaliteitscriterium

De beoordeling van de offertes op basis van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’ geeft de volgende (totale)scores:

o Mobistar NV (merknaam Orange België)

☐ 23,25/55

o Proximus:

☐ 35,35/55

Bij de beoordeling van de offertes in het licht van het kwaliteitscriterium werden heel wat aspecten (beoordelingselementen) bekeken die in detail gedocumenteerd zijn in de bijlagen per inschrijver, toegevoegd aan dit gunningsverslag.

In wat volgt worden, per groep van beoordelingselementen, de voornaamste verschillen tussen de offertes besproken. Hierbij komen de offertes aan bod in, voor de besproken groep van beoordelingselementen, dalende orde van kwaliteit.

1. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer ‘aangeboden dienstverlening’ betreft is het aangeboden dienstenaanbod op het vlak van vaste telefonie (klassieke telefonie (PSTN & ISDN-interfaces), VoIP/SIP-telefonie, marketingnummers) bij Proximus veel uitgebreider dan bij Mobistar.

Ook het aanbod vaste datacommunicatiediensten (via koper en glasvezel) van Proximus is veel uitgebreider dan dat van Mobistar.

Zeker voor de profielen met hogere snelheden van vaste datacomverbindingen via glasvezel heeft Proximus een beter aanbod.

Ook op het vlak van de maatregelen qua beveiliging en qua privacy bescherming is het voorstel van Proximus onder meer door het behalen van een ISO 27001-certificaat een betere optie.

Proximus biedt ook een zeer uitgebreide VIP-dienstverlening aan voor dit perceel (24/24u, 7D/7D).

Dit substantieel verschil in aanbod van communicatiediensten is doorslaggevend voor de keuze van de offerte van Proximus.

2. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer ‘SLA en SLA rapportering’ betreft bieden beide leveranciers globaal genomen een zelfde kwaliteitsniveau aan.

3. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer ‘projectorganisatie’ betreft is er een lichte voorkeur voor de offerte van Proximus omwille van een duidelijk uitgeschreven transitie-organisatie met diverse rollen en profielen.

4. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer ‘kwaliteit van de extra aangeboden diensten’ betreft is er een lichte voorkeur voor de offerte van Proximu[s]. (Proximus biedt namelijk Voice Management Services aan die een betere call flow ondersteunen).

4.2.1.3 Conclusie

	Mobistar NV (merknaam Orange België)	Proximus
De voorgestelde tarieven - prijzenraster	44,46/ 45	45 / 45
Kwaliteit	23,25/ 55	35,35/ 55
Totaal	67,71 /100	80,35/100

Op basis van de vergelijkende beoordeling van de offertes in het licht van de vooropgestelde gunningscriteria heeft Proximus NV voor perceel 1 de voor het Bestuur economisch meest voordelige Best and Final offer ingediend.

[...]

[Perceel 2]

4.2.2.1 Vergelijkende beoordeling in het licht van prijscriterium

De beoordeling van de offertes op basis van de voorgestelde tarieven - prijzenraster geeft de volgende scores:

o Mobistar NV (merknaam Orange België):

☐ Score: 45/45

o Proximus:

☐ Score: 44,56/45

[...]

4.2.2.2 Vergelijkende beoordeling in het licht van het kwaliteitscriterium

De beoordeling van de offertes op basis van het gunningscriterium 'Kwaliteit' geeft de volgende (totale)scores:

o Mobistar NV (merknaam Orange België)

☐ 27,55/55

o Proximus:

☐ 32,35/55

Bij de beoordeling van de offertes in het licht van het kwaliteitscriterium werden heel wat aspecten (beoordelingselementen) bekeken die in detail gedocumenteerd zijn in de bijlagen per inschrijver, toegevoegd aan dit gunningsverslag.

In wat volgt worden, per groep van beoordelingselementen, de voornaamste verschillen tussen de offertes besproken. Hierbij komen de offertes aan bod in, voor de besproken groep van beoordelingselementen, dalende orde van kwaliteit.

1. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer 'aangeboden dienstverlening' betreft voorziet Proximus in een uitgebreide ondersteuning voor de organisatie van de nummerportering (nummerbehoud bij transitie) voor de overdracht van volledige GSM-vloot (initiële transitiefase).

Proximus biedt ook een zeer uitgebreide VIP-dienstverlening aan voor perceel 2 (24/24u. 7D/7D).

Ook op het vlak van de maatregelen qua beveiliging en qua privacy bescherming is het voorstel van Proximus onder meer door het behalen van een ISO 27001-certificaat een betere optie.

2. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer 'SLA en SLA rapportering' betreft bieden beide leveranciers globaal genomen een vergelijkbaar niveau aan.

3. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer ‘projectorganisatie’ betreft is er een lichte voorkeur voor de offerte van Proximus omwille van een duidelijk uitgeschreven transitie-organisatie met diverse rollen en profielen.

4. Voor wat de groep van beoordelingselementen onder de noemer ‘kwaliteit van de extra aangeboden diensten’ betreft is er een lichte voorkeur voor de offerte van Proximus.

Proximus biedt nl. volgende extra diensten aan die elk afzonderlijk een meerwaarde geven:

Business Priority (voorrang op het mobiele data netwerk voor professionele klanten, toegang tot Proximus Wi-Fi Hotspots for Mobile (Fon for Mobile/Smart Wi-Fi) aangeboden voor alle mobiele abonnementen. Een vast Internet abonnement bij Proximus is daarvoor niet vereist. FMU (fixed mobile unification) optie (aan een marktconform tarief) en tenslotte de mobiele telefoniedienst Push to Talk.

4.2.2.3 Conclusie

	Mobistar NV (merknaam Orange België)	Proximus
De voorgestelde tarieven - prijzenraster	45 / 45	44,56/ 45
Kwaliteit	27,55/ 55	32,35/ 55
Totaal	72,55 /100	76,91/100

Op basis van de vergelijkende beoordeling van de offertes in het licht van de vooropgestelde gunningscriteria heeft Proximus NV voor perceel 2 de voor het Bestuur economisch meest voordelige Best and Final offer ingediend.”

Bij het voornoemde gunningsverslag worden negen bijlagen gevoegd, zijnde het ‘evaluatie motiveringsdocument’ voor de vier percelen, per inschrijver. Bijlagen 1 en 3 betreffen het ‘evaluatie motiveringsdocument’ van de offerte van de verzoekende partij voor perceel 1 en perceel 2.

Voorgesteld wordt om zowel perceel 1 als perceel 2 van de opdracht aan de nv Proximus te gunnen.

3.8. Op 22 juni 2018 gunt de verwerende partij de percelen 1 en 2 van de opdracht aan de nv Proximus.

3.9. Met een e-mailbericht en aangetekende brief van 25 juni 2018 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de percelen 1 en 2 van de opdracht niet aan haar werden gegund. Als bijlage bij deze kennisgeving ontvangt zij de gunningsbeslissing, het gunningsverslag en de bijlagen bij het gunningsverslag die betrekking hebben op de beoordeling van haar eigen BAFO's.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verwerende partij heeft bij brief van 15 februari 2019 geantwoord op een nieuw middel geformuleerd in de memorie van wederantwoord. Het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State' voorziet niet in het indienen van een dergelijk stuk, zodat dit in beginsel uit de rechtspleging dient te worden geweerd.

Het blijkt echter dat het betrokken stuk werd ingediend in repliek op een nieuw middel dat pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord werd aangevoerd door de verzoekende partij. In die omstandigheden wordt het betrokken stuk van de verwerende partij te dezen bij uitzondering en enkel wat die repliek betreft toch in aanmerking genomen teneinde het recht op tegenspraak van de verwerende partij ten opzichte van dat nieuw middel zo goed mogelijk te vrijwaren. Hetzelfde geldt alsdan betreffende de repliek van de verzoekende partij ten gronde hierop bij brief van 14 mei 2019.

V. Onderzoek van de middelen

Nieuw middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert voor het eerst in haar memorie van wederantwoord een nieuw middel aan, genomen uit de "schending van de algemene beginselen inzake de gelijkheid der inschrijvers en transparantie bepaald in artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 [inzake] overheidsopdrachten en

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; het artikel 50 van het KB Plaatsing van 15 juli 2011; het algemeen rechtsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, de algemene zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, de materiële motiveringsplicht, de formele motiveringsplicht zoals deze blijkt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juni (lees: juli) 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, de artikelen 4 en 5 van de Wet Rechtsbescherming van 17 juni 2013 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.”

Zij betoogt dat het nieuw middel ontvankelijk is, onder meer omdat het enkel kon worden geformuleerd na kennisname van het administratief dossier, in het bijzonder na kennisname van het document ‘Gunningscriteria-_evaluatieschema_Telecom2018’ (stuk 10b van het administratief dossier).

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid op een onwettige manier subgunningscriteria heeft bepaald die niet op voorhand aan de inschrijvers zijn meegedeeld én bovendien niet op een transparante wijze zijn toegepast. Zij betoogt dat zij haar offerte anders zou hebben opgebouwd indien zij kennis had gehad van deze subgunningscriteria.

Daarbij zet zij op de eerste plaats uiteen dat de “tabbladen 2 en 3” van het excel-document ‘Gunningscriteria-_evaluatieschema_Telecom2018’ als subgunningscriteria van het gunningscriterium kwaliteit dienen te worden gekwalificeerd. Zij stelt daarbij vast dat het gunningscriterium kwaliteit op 55 punten staat, dat dit criterium nader wordt onderverdeeld in vier subgunningscriteria met weging, waarbij de eerste drie subgunningscriteria vervolgens nog eens onderverdeeld worden in sub-subgunningscriteria waaraan ook telkens een weging wordt gekoppeld. Aldus zijn er volgens haar in totaal 16 criteria waaraan een individuele score wordt toegekend. Het feit dat er telkens in een score wordt voorzien, impliceert volgens haar dat te dezen sprake is van subgunningscriteria en niet louter van beoordelingselementen. Een systematische quoterings onderscheidt immers een subgunningscriterium van een louter beoordelingselement.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij deze subgunningscriteria ook toegepast bij de beoordeling. Uit het 'evaluatie motiveringsdocument' voor de percelen 1 en 2 wat de verzoekende partij betreft, blijkt immers dat de 16 onderverdelingen gevolgd worden. Hoewel de scores per subgunningscriterium niet weergegeven staan in de motiveringsdocumenten, moeten zij volgens de verzoekende partij wel toegekend zijn omdat anders niet uit te leggen is hoe een score van twee cijfers na de komma mogelijk is voor een gunningscriterium op 55 punten, zijnde 23,25/55 en 35,35/55 (= perceel 1) en 27,55/55 en 32,55/55 (= perceel 2). Het 'evaluatie motiveringsdocument' voor de percelen 1 en 2 bevat op pagina 4 overigens een bekentenis waar de score voor het gunningscriterium kwaliteit nader wordt toegelicht en er duidelijk melding wordt gemaakt van "scores". De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij de quoterings per onderdeel doelbewust weggelaten in de gunningsdocumenten omdat zij wist dat deze dan zouden worden gekwalificeerd als subgunningscriteria die, met inbegrip van de scores, in het bestek hadden moeten zijn opgenomen.

De verzoekende partij vervolgt dat het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers en het daaruit voortvloeiend transparantiebeginsel vereisen dat subgunningscriteria met hun onderscheiden scores steeds in het bestek worden opgenomen. Bij gebrek aan opname in het bestek, zijn deze beginselen volgens de verzoekende partij steeds geschonden. Dit kan volgens haar onmiskenbaar worden afgeleid uit het arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2008, nr. C-532/06, inzake Lianakis e.a. Een verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 24 november 2005, nr. C-331/04, inzake srl ATI EAC e.a., gaat volgens de verzoekende partij niet op, omdat er volgens haar te dezen wel degelijk sprake is van achteraf vastgestelde subgunningscriteria. Zo zijn de beoordelingselementen in het bestek niet als exhaustief geformuleerd. Bovendien heeft de verwerende partij naar aanleiding van de vragen en antwoorden bij het bestek zelf geantwoord dat er geen subgunningscriteria zouden worden gehanteerd. Voorts is niet voldaan aan de drie strikte voorwaarden gesteld in het voormelde arrest voor het hanteren van wegingscoëfficiënten die niet in het bestek stonden vermeld. Zij betoogt dat zij haar offerte anders zou hebben opgesteld en ingevuld indien zij op voorhand kennis had gekregen van deze wegingscoëfficiënten. De verzoekende partij zou

allereerst de volgorde van de subgunningscriteria bij de opmaak van de offerte strikt gevolgd hebben en ook per sub-subgunningscriterium de offerte dieper hebben uitgewerkt, om op die manier per sub-subgunningscriterium een betere score te bekomen. Bovendien zou zij meer aandacht hebben gehad voor de subgunningscriteria met een hoge score, waaronder communicatiediensten (10 punten) en projectorganisatie (6 punten), en ook meerdere extra diensten hebben aangeboden omdat hier 5 punten mee te verdienen zijn.

6. De verwerende partij repliceert in de voornoemde brief van 15 februari 2019 dat de door de verzoekende partij geformuleerde kritiek beperkt is tot een uiterst theoretische beschouwing omtrent de wijze van beoordeling van de offertes. Nochtans blijkt uit het administratief dossier volgens haar dat de beoordeling, en aldus de gunning van de opdracht, volledig conform het bestek is verlopen. In het bestek is transparant vermeld dat de offertes zouden worden beoordeeld aan de hand van twee gunningscriteria met hun respectieve weging: kwaliteit (55%) en prijs (45%). Wat het criterium kwaliteit betreft, is tevens vermeld dat de beoordeling zou gebeuren op grond van een aantal beoordelingselementen die uitdrukkelijk worden benoemd in het bestek. Uit de beoordeling van de offertes, inzonderheid uit de bijlagen bij het gunningsverslag, blijkt dat de offertes ook daadwerkelijk zijn getoetst aan deze beoordelingselementen. Het is de gezamenlijke beoordeling van deze elementen die tot een totaalscore voor het kwaliteitscriterium aanleiding heeft gegeven. De 16 onderverdelingen waarnaar de verzoekende partij verwijst, waren volgens haar aldus op voorhand bekend en zijn door de verwerende partij ook zo toegepast. De verzoekende partij kan bijgevolg niet doen gelden dat zij onwetend zou zijn geweest over de elementen die gebruikt zouden worden bij de beoordeling van de offertes, zij kon haar offerte zodoende ook in functie hiervan opstellen en invullen.

Ook de kritiek van de verzoekende partij als zou er gebruik zijn gemaakt van vooraf onbekende subgunningscriteria, overtuigt volgens haar niet. Dit volgt volgens haar alleen al uit de vaststelling dat de verzoekende partij dergelijke kritiek niet eerder – ter terechtzitting van de UDN-procedure of in haar verzoek tot voortzetting – heeft aangevoerd. Het valt volgens haar niet in te zien hoe het louter hanteren van de in het bestek opgenomen beoordelingselementen

van aard zou zijn om tot (verboden, want onbekende) subgunningscriteria aanleiding te kunnen geven.

Te dezen is de situatie zeer vergelijkbaar met het arrest van de Raad van State, nr. 217.242, waarnaar zij verwijst: per offerte heeft de verwerende partij een opsomming gegeven van de positieve en de negatieve punten in het licht van de beoordelingselementen opgenomen in het bestek, hetgeen in een globale score heeft geresulteerd en welke werkwijze de Raad van State aldus reeds heeft aanvaard. De kritiek dat deze beoordelingselementen minstens van status veranderd zijn, doordat ze tot subgunningscriteria zouden zijn verworpen, is volgens haar naast de kwestie. Uit de arresten van zowel het Hof van Justitie alsook van de Raad van State blijkt dat de praktijk wordt gesanctioneerd waarbij door een aanbestedende overheid tijdens het beoordelingsproces, en dus na het indienen van de offertes, elementen worden toegevoegd aan de besteksbepalingen. Te dezen is er volgens haar echter geen sprake van voorheen onbekende elementen. De 16 onderverdelingen waarnaar de verzoekende partij verwijst, zijn immers allemaal uitdrukkelijk in het bestek vermeld (met zelfs de nodige toelichting). Aldus zijn ze gekend voor de normaal omzichtige indiener, die zich de besteksdokumentatie eigen maakt.

De verwerende partij verwijst daarbij ook naar het arrest van de Raad van State, nr. 219.732, waarin volgens haar in een vergelijkbaar geval geoordeeld werd dat, zelfs wanneer de aanbestedende overheid subgunningscriteria hanteert, de Raad van State die handelwijze niet zonder meer dient te sanctioneren, doch dient te onderzoeken of het subcriterium voorspelbaar, voorzienbaar of relevant is. De verzoekende partij beroept zich volgens haar ook ten onrechte op het arrest van het Hof van Justitie inzake Lianakis nu het daar een geval betrof waarbij het aanbestedingscomité na de opening van de offertes zowel de wegingscoëfficiënten van de gunningscriteria alsook subgunningscriteria toevoegde.

De onderhavige situatie is in voorkomend geval – indien de Raad al tot het bestaan van subgunningscriteria met een welbepaalde weging zou besluiten – volgens haar beter te vergelijken met de situatie uit het arrest van het Hof van Justitie inzake srl ATI EAC. Wat de eerste en derde voorwaarde gesteld

in dit arrest betreft, valt op dat de verzoekende partij zelf niet beweert dat deze een probleem zouden stellen, zodat deze voorwaarden sowieso voldaan moeten worden geacht. Zij beweert enkel dat de toekenning van een wegingscoëfficiënt aan de subgunningscriteria elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden (dit is de tweede voorwaarde). Deze argumentatie is louter theoretisch, de verzoekende partij onderbouwt dit niet met concrete elementen. De kritiek wordt beperkt tot zuivere standaardformuleringen die niet toegespitst zijn op de voorliggende zaak: zo beweert zij dat zij haar offerte dieper zou hebben kunnen uitwerken en meer aandacht zou hebben kunnen besteden aan specifieke elementen, maar zij geeft hierbij geen enkel voorbeeld. Nochtans mag het voor de verzoekende partij niet moeilijk zijn om concrete voorbeelden te geven indien die daadwerkelijk zouden bestaan. Zij beweert weliswaar dat zij “meerdere extra diensten [zou] hebben aangeboden omdat hier 5 punten mee te verdienen zijn”, maar het beoordelingselement extra aangeboden diensten stond uitdrukkelijk in het bestek vermeld en was dus duidelijk een belangrijk element. Bovendien vertegenwoordigt dit element 5 punten op een totaal van 55 punten, dus de verzoekende partij mag niet betogen dat dit plotseling meer waarde zou hebben gekregen. Zij toont volgens de verwerende partij ook niet aan dat de rangschikking van de offertes anders had kunnen zijn en heeft dus geen belang bij haar kritiek.

7. De verzoekende partij repliceert in de voornoemde brief van 14 mei 2019 dat de verwerende partij opnieuw nalaat antwoord te geven op de vraag waarom de individuele scores per “beoordelingselement” vervat in de tabbladen 2 en 3 van stuk 10b van het administratief dossier niet terug te vinden zijn in het gunningsverslag. Deze individuele scores hebben tot gevolg dat de “beoordelingselementen” kwalificeren als “subgunningscriteria”. Dat de beoordeling zou zijn uitgevoerd zoals opgenomen in het bestek is volgens haar niet afdoende. De tabbladen 2 en 3 van stuk 10b bevatten immers ontegensprekelijk individuele scores die niet werden opgenomen in het gunningsverslag, noch in het bestek en dewelke aldus niet bekend waren aan verzoekende partij ten tijde van het indienen van haar offerte en ten tijde van de gemotiveerde gunningsbeslissing. In tegenstelling tot wat de verwerende partij

beweert, werd de beoordeling volgens haar voorts wel degelijk gemaakt op grond van vooraf onbekende elementen.

De situatie is volgens haar dan ook niet vergelijkbaar met de situatie in het arrest van de Raad van State, nr. 217.242. Te dezen bevatten de tabbladen 2 en 3 van het stuk 10b immers zestien (16) sub-subgunningscriteria met elk een afzonderlijke waardering. De offertes van de inschrijvers werden dan ook op elk van deze punten afzonderlijk gewaardeerd. Het feit dat de offertes van de inschrijvers voor elk van deze punten afzonderlijk werden gewaardeerd overeenkomstig de tabbladen 2 en 3 maakt dan ook dat er wel degelijk sprake is van sub-subgunningscriteria en niet louter van beoordelingselementen. In het voornoemde arrest nr. 217.242 wordt duidelijk gesteld dat een subgunningscriterium zich onderscheidt van een louter beoordelingselement door een eigen waardering, zijnde een eigen score.

Bovendien is er volgens de verzoekende partij te dezen wel degelijk sprake van achteraf vastgestelde criteria. In tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij poneert, is het Lianakis-arrest volgens haar wel degelijk van toepassing op onderhavige situatie. Onder randnummer 36 van het Lianakis-arrest stelt het Hof van Justitie immers uitdrukkelijk dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend dienen te zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden. Op grond hiervan kan een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subgunningscriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis heeft gebracht van de inschrijvers.

Daarnaast is volgens de verzoekende partij evenmin aan de voorwaarden gesteld in het arrest van het Hof van Justitie inzake srl ATI EAC voldaan. De verzoekende partij, net als alle overige inschrijvers, had haar offerte wel degelijk op een andere manier voorbereid indien zij weet zou hebben gehad van de wegingscoëfficiënten van de sub-subgunningscriteria. Zo zou de volgorde van de sub-subgunningscriteria zijn aangehouden bij de opmaak van de offerte waarbij zij dieper zou zijn ingegaan op de verschillende sub-subgunningscriteria zoals de diverse communicatiediensten van de verzoekende partij, de

projectorganisatie inclusief planning en bestaffing, hoe de diensten beheer en ondersteuning zouden worden ingevuld, hoe zij zou voorzien in de beveiliging van haar netwerk en netwerkdiensten en tevens onder meer in de bescherming van de privacy van gebruikers.

Aangezien de verzoekende partij echter niet op de hoogte was van deze verschillende sub-subgunningscriteria en de individuele scores die er werden aan toegekend in de tabbladen 2 en 3 van stuk 10b, was zij niet in de mogelijkheid haar offerte op de betrokken specifieke sub-subgunningscriteria uit te werken. Ook de wegingscoëfficiënten van de sub-subgunningscriteria hadden de voorbereiding van haar offerte wel degelijk beïnvloed indien deze bij de voorbereiding aan verzoekende partij bekend zouden zijn geweest. Zo werd bijvoorbeeld nergens aangegeven dat de beschrijving van transitie uitgebreider diende te gebeuren. Zij wijst erop dat zij haar offerte heeft ingediend als huidige leverancier en daarbij het standaardproces inzake transitie heeft aangeboden. Immers, in het geval dat de opdracht wederom aan de verzoekende partij zou worden gegund, was geen transitie nodig. Indien de verzoekende partij echter op de hoogte was geweest van het feit dat de transitiebeschrijving op een dergelijke wijze zou worden gequoteerd (5 punten op 30 punten bij Dienstencatalogus - geboden dienstverlening, 2 punten op 10 punten bij SLA en SLA rapportering en 6 punten op 10 punten bij Dienstencatalogus - projectorganisatie initiële transitie), had de verzoekende partij een veel uitgebreidere aanpak aangeboden. Ook wijst zij erop dat zij bij het opmaken van haar offerte het model Dienstencatalogus, zoals gevoegd bij de opdrachtdocumenten heeft aangewend als basis. Het betrokken model Dienstencatalogus bevatte echter op geen enkele wijze een quoteringsysteem zoals opgenomen in de tabbladen 2 en 3 van stuk 10b. De Dienstencatalogus vermeldde enkel of een bepaald item 'vereist' of 'aanbevolen' was.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat zij wel degelijk belang heeft bij de formulering van de betrokken kritiek. Het verschil tussen de offerte van verzoekende partij en de gekozen inschrijver met betrekking tot de kwalitatieve beoordeling is immers minimaal, het verschil bedraagt voor perceel 2 slechts 4,8 punten. Indien de verzoekende partij haar offerte had kunnen uitwerken met kennis van de wegingscoëfficiënten van de sub-

subgunningscriteria, had de rangschikking wel degelijk anders kunnen zijn. Het is immers om deze reden dat verzoekende partij uitdrukkelijk heeft gevraagd naar een gunningsmatrix. Door de verwerende partij werd echter uitdrukkelijk gesteld dat geen subgunningscriteria zouden worden gehanteerd, terwijl de verwerende partij op dat moment de betrokken subgunningscriteria wel degelijk reeds had overgemaakt aan de inspectie van financiën.

8. In haar laatste memorie ontkent de verwerende partij nogmaals met klem dat de 16 ‘onderverdelingen’ die de verzoekende partij onderscheidt, niet in het bestek zouden zijn vermeld. Zij benadrukt, aan de hand van een vergelijkende tabel, dat alle 16 elementen die beoordeeld zijn, op voorhand transparant werden bekendgemaakt in het bestek, namelijk bij de beschrijving van het criterium kwaliteit in het bestek en wat de aangeboden SLA’s en de kwaliteit van de aangeboden rapportering betreft, nader uitgewerkt in het document ‘SLA’ bij het (eerste) bestek en het BAFO-bestek. De bewering van de verzoekende partij dat het bestek slechts vier elementen met betrekking tot het criterium kwaliteit bevat, is pertinent onjuist. De kritiek dat deze elementen pas naderhand zouden zijn verduidelijkt, getuigt van een slechte, minstens eenzijdige lezing van het bestek en een onzorgvuldige voorbereiding van haar offerte. Alle 16 elementen die beoordeeld zijn, stonden wel degelijk van bij de aanvang in het bestek, met bijkomende toelichting, vermeld. De omstandigheid dat het bestek ruimte laat voor bijkomende beoordelingselementen (zie de woorden “onder meer”) doet niet ter zake aangezien uiteindelijk enkel is beoordeeld wat in het bestek staat vermeld. Indien de beoordeling is geschied op grond van voorheen reeds aan de inschrijvers gekende elementen, dan is er geen sprake van achteraf vastgestelde subgunningscriteria.

Zelfs indien er sprake zou zijn van beoordelingselementen die verworden tot subgunningscriteria, betreft dit volgens de verwerende partij niet bij voorbaat een schending van de ingeroepen normen en beginselen, doch zal de Raad van State dienen te onderzoeken of de inschrijvers op het ogenblik van de voorbereiding van hun offerte op de hoogte waren of konden zijn van alle elementen die bij de beoordeling van hun offerte in acht zouden worden genomen. De verwerende partij verwijst nogmaals naar het arrest van het Hof van Justitie inzake srl ATI EAC, waarin de wegingscoëfficiënten voor de

subgunningscriteria pas nadien werden vastgesteld, en welke zaak dus volgens de verwerende partij uitermate gelijkaardig is met de voorliggende zaak. Het Hof oordeelde dat een dergelijke werkwijze wel degelijk wettig is, indien drie voorwaarden zijn voldaan. Het niet voldaan zijn van de eerste en de derde voorwaarde wordt door de verzoekende partij niet beargumenteerd. De tweede voorwaarde, namelijk “geen elementen bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden” wordt door de verzoekende partij helemaal niet concreet aannemelijk gemaakt, noch in haar memorie van wederantwoord, noch in haar brief van 14 mei 2019. De essentie is dat de verzoekende partij, net zoals de gekozen inschrijver, op voorhand volledig in kennis is gesteld van alle beoordelingselementen en zij in functie daarvan haar best mogelijke offerte kon voorbereiden. Zij toont met geen enkel concreet voorbeeld het tegendeel aan. Wat de kritiek betreft dat de weging van de subgunningscriteria niet op voorhand bekend zou zijn geweest, betoogt de verwerende partij dat dit tevens het geval was in voormelde zaak srl ATI EAC, en het steeds aan de verzoekende partij toekomt om te bewijzen dat dit een impact heeft gehad op de voorbereiding van de offerte. De verzoekende partij blijft in gebreke hiertoe zelfs maar een begin van bewijs te leveren.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

9. Een middel dat voor het eerst wordt aangevoerd in de memorie van wederantwoord is in beginsel niet-ontvankelijk maar mag evenwel alsnog worden aangevoerd indien het is gesteund op gegevens waarvan de verzoekende partij pas na inzage van het neergelegd administratief dossier kennis kon krijgen.

Dit blijkt te dezen het geval te zijn, aangezien het nieuw middel is gesteund op stuk 10b van het administratief dossier, dat niet gekend was door de verzoekende partij bij de indiening van haar enig verzoekschrift tot vernietiging en tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De verzoekende partij verwijst terecht naar rechtspraak van de Raad van State naar luid waarvan met de feitelijke en juridische argumentatie die is opgenomen in het verzoekschrift tot voortzetting geen rekening mag worden gehouden bij de beoordeling van de zaak, aangezien deze niet in een verzoek tot voortzetting hoort, maar in de geëigende rechtsplegingstukken die daarvoor zijn voorzien. Aldus kan haar niet worden verweten dat zij haar nieuw middel pas in haar memorie van wederantwoord heeft ontwikkeld.

10. De exceptie van de verwerende partij dat de verzoekende partij niet aantoont dat de rangschikking van de offertes anders had kunnen zijn zodat zij geen belang zou hebben bij haar middel, betreft de grond van de zaak zoals hierna zal blijken bij de bespreking van het middel.

Ten gronde

11. Het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006, zoals van toepassing op de in het geding zijnde opdracht, gebiedt de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke wijze te behandelen.

Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. 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 moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

12. Luidens punt 9 van het BAFO-bestek worden de ontvankelijke BAFO's beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria 'kwaliteit' voor 55 % en

‘prijs’ voor 45 %. Aldus worden in het bestek de wegingscoëfficiënten of de relatieve waarde van elk gunningscriterium bepaald.

In het licht van het criterium kwaliteit worden luidens voornoemd punt 9 van het bestek de BAFO’s beoordeeld “onder meer op basis van volgende beoordelingselementen:

- de mate waarin de door de inschrijver aangeboden dienstverlening (in exploitatiefase) beantwoordt aan de functionele behoeften van het Bestuur en de technische specificaties zoals beschreven in dit Bestek en de bijlagen; zoals, de kwaliteit van de aangeboden communicatiediensten, de voorgestelde projectorganisatie in exploitatiefase, de wijze van invulling van het beheer & ondersteuning (ondersteunende processen) van de geboden dienstverlening, de functionaliteit van het bestelportaal, de mate van beveiliging van netwerk en bescherming van privacy, de redundantie, de business continuity maatregelen, duurzaamheid van de aangeboden dienstverlening.
- de aangeboden SLA’s en de kwaliteit van de aangeboden rapportering,
- de kwaliteit van de voorgestelde projectorganisatie bij initiële transitiefase en exitfase,
- de extra aangeboden diensten.”

Uit de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit in het gunningsverslag blijkt dat daarbij rekening werd gehouden met de volgende vier elementen: 1. aangeboden dienstverlening, 2. SLA en SLA rapportering, 3. projectorganisatie, en 4. kwaliteit van de extra aangeboden diensten.

Uit de bijlagen bij het verslag blijkt voorts dat een volledig overzicht wordt gegeven van de concrete plus- en minpunten in het licht van “de in het bestek vermelde beoordelingselementen”.

De verzoekende partij beschouwt deze elementen als subgunningscriteria. De verwerende partij meent dat dit geen subgunningscriteria zijn, doch louter beoordelingselementen die motiveren waarom de ene inschrijver op het vlak van kwaliteit beter scoort dan een andere.

13. Als subgunningscriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn.

Om een subgunningscriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.

14. Het eerste middel komt in essentie hierop neer dat geen bewijs voorligt dat de beoordelingsmethode voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld. Daartegen betoogt de verwerende partij dat de beoordelingsmethode wel degelijk voorafgaand aan de opening van de (eerste) offertes werd vastgesteld. Zij verwijst hiervoor naar het document ‘Gunningscriteria_evaluatieschema_Telecom2018’ waarin “de afspraken betreffende evaluatie perceel 1, 2, 3, 4 zijn opgenomen”, en dat deel uitmaakt van het dossier zoals voorgelegd aan de Inspectie van Financiën bij de goedkeuring van het bestek (stuk 10b van het administratief dossier). Deze afspraken stemmen volgens de verwerende partij overeen met de beoordelingsmethode die is opgenomen in het gunningsverslag, namelijk voor het criterium kwaliteit een analyse van de min- of meerwaarden/de plus- en minpunten.

In dit document wordt op het eerste tabblad onder ‘puntentoekenning evaluatiecriteria deel B kwaliteit’ vermeld:

Puntentoekenning evaluatiecriteria deel B kwaliteit	Quotering
Criterium is conform zonder min- of meerwaarde	50%
Criterium biedt meerwaarde t.o.v. basis	Aantal % in meer in functie van de meerwaarde
Criterium wijkt af met minwaarde t.o.v. basis	Aantal % in min in functie van de minwaarde

Op het tweede en derde tabblad wordt zowel onder ‘scores perceel 1’ als onder ‘scores perceel 2’, ‘gunningscriteria/evaluatieschema’, het gunningscriterium kwaliteit nader onderverdeeld als volgt:

	Beoordelingsdocument	Weging
B. Kwaliteit		55

B.1. Dienstencatalogus - geboden dienstverlening (exploitatie) 30

1.	Communicatiediensten	Dienstencatalogus deel Communicatiediensten	10
2.	Projectorganisatie (planning, bestaffing,...) na initiële transitie	Dienstencatalogus deel Transitie	5
3.	Invulling Diensten beheer en ondersteuning	Document 'vereisten ondersteunende processen'	4
4.	Functionaliteit portaal	Dienstencatalogus deel Portaal	3
5.	Beveiliging van het netwerk en de netwerkdiensten en bescherming privacy gebruikers	Dienstencatalogus deel Beveiliging	2
6.	Redundantie in de infrastructuur van de dienstverlener en in koppeling met derden	Dienstencatalogus deel Redundantie	2
7.	Business Continuity maatregelen voor het Bestuur	Dienstencatalogus deel Business Continuity	2
8.	Duurzaamheid	Dienstencatalogus deel Duurzaamheid	2

B.2. SLA en SLA- rapportering 20

1.	Initiële transitie	Document SLA	2
2.	Generieke bepalingen	Document SLA	2
3.	Service indicatoren - vereiste indicatoren waarvoor hogere waarden worden gegeven	Document SLA	3
4.	Service indicatoren - aanbevolen indicatoren waarvoor hogere waarden worden gegeven	Document SLA	2
5.	Service indicatoren - optionele indicatoren waarvoor hogere waarden worden gegeven	Document SLA	1

B.3. Dienstencatalogus - projectorganisatie initiële transitie 10

1.	Projectorganisatie (doorlooptijd, kwaliteit, effort Bestuur, planning, bestaffing,...) tijdens initiële transitie	Dienstencatalogus deel Transitie	6
2.	Exit (project) Management	Dienstencatalogus deel Exit	4

B.4. Kwaliteit van de extra aangeboden diensten 5

		Dienstencatalogus optioneel deel	5
--	--	----------------------------------	---

Totaal		100
--------	--	-----

Het derde tabblad bevat bovendien een scoretabel waarin voor alle aanbieders per criterium een individuele score kan worden ingevuld.

Uit een vergelijkende lezing van de tekst van de omschrijving van de gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek en de tekst van het voormelde evaluatieschema, blijkt dat de invulling van de gunningscriteria met de voornoemde elementen gelijklopend zijn. De in het bestek opgesomde vier elementen ter beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit – in het gunningsverslag “groepen van beoordelingselementen” genoemd – worden in het voormelde evaluatieschema overgenomen, onder de nummers B.1 tot B.4, met dit verschil dat de elementen opgesomd onder B.1 thans exhaustief zijn opgesomd, terwijl het woord “zoals” in het bestek wijst op een niet-limitatieve opsomming, en dat nu voor elke “groep” (B1, B2, B3, B4) een afzonderlijke en verschillende weging in punten wordt toegevoegd, namelijk 30, 10, 10 en 5, en de elementen B1, B2 en B3 bovendien nog nader worden onderverdeeld in diverse elementen met een afzonderlijke en verschillende weging. De voornoemde beoordelingselementen kunnen weliswaar uit het bestek kunnen worden afgeleid, doch zulks geldt niet voor het hanteren ervan op een dergelijke planmatige en systematische wijze, en evenmin voor een dergelijke afzonderlijke weging.

In het kader van de toetsing van de offertes aan het gunningscriterium kwaliteit blijkt voorts dat elke offerte aan elk van die elementen wordt getoetst, hetgeen het planmatig en systematisch karakter van de toetsing aantoont. Uit de motiveringsdocumenten, gevoegd als bijlage bij het gunningsverslag, blijkt immers dat voor beide inschrijvers en beide percelen de 16 onderverdelingen telkens systematisch worden gevolgd. Hoewel de scores per element niet staan weergegeven in de motiveringsdocumenten, blijkt bovendien de toekenning van een totale puntenscore voor het criterium kwaliteit tot twee cijfers na de komma de effectieve toepassing van het voormelde schema veeleer te bevestigen dan te ontkennen. Met de verzoekende partij wordt ook vastgesteld dat in de motiveringsdocumenten op bladzijde 4, waar de score voor het gunningscriterium kwaliteit nader wordt toegelicht, duidelijk melding wordt gemaakt van “scores”.

Er dient dan ook te worden aangenomen dat de verwerende partij bij de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit zich heeft bediend van elementen die als subgunningscriteria moeten worden aangezien.

14. De vaststelling van de vermelding van deze elementen in het bestek onder punt 9 leidt niet tot de conclusie dat de inschrijvers vooraf ondubbelzinnig op de hoogte waren gesteld van de omstandigheid dat al deze elementen zouden worden gehanteerd als subgunningscriteria. Meer nog, hierover bevroegd voorafgaand aan de opening van de inschrijvingen, antwoordde de verwerende partij dat geen subgunningscriteria zouden worden gehanteerd. In ieder geval werd voor al deze elementen geen afzonderlijke weging opgegeven in het bestek.

Indien in het bestek geen afzonderlijke weging wordt toegekend aan de subgunningscriteria (en de sub-subgunningscriteria) van een gunningscriterium, mag worden verondersteld dat de aanbestedende overheid aan deze criteria een gelijke waarde heeft toegekend. Terecht merkt de verzoekende partij bijgevolg op dat indien zij bij de voorbereiding van haar offerte kennis zou hebben gehad van deze subgunningscriteria en hun afzonderlijke, niet gelijke weging, dit de redactie ervan zou hebben kunnen beïnvloeden en zij aldus een meer economisch voordelige offerte had kunnen indienen. Het is immers logisch dat een inschrijver bij het indienen van een offerte keuzes dient te maken op grond van de besteksvereisten, en in functie van de scores voorrang geeft aan het aanbieden van bepaalde producten of diensten.

In de mate dat de verwerende partij stelt dat de verzoekende partij louter beweert, aan de hand van zuivere standaardformuleringen, dat zij een meer voordelige offerte had kunnen indienen, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij meer doet dan dat. Zij betoogt onder meer dat zij meerdere extra diensten zou hebben aangeboden indien zij had geweten dat dit element 5 punten waard was, alsook dat de transitiebeschrijving een score krijgt onder meerdere subgunningscriteria – 5 op 30 punten bij Dienstencatalogus – geboden dienstverlening, 2 op 10 punten bij SLA en SLA rapportering en 6 op 10 punten bij Dienstencatalogus - projectorganisatie tijdens initiële transitie – zodat zij bij kennis hiervan een veel uitgebreidere aanpak had kunnen aanbieden, terwijl zij hier nu beperkt op heeft geantwoord vanuit de positie van zittende dienstverlener. Uit het gemotiveerd gunningsverslag blijkt bovendien, wat perceel 1 en perceel 2 betreft, dat er een lichte voorkeur is voor de gekozen inschrijver “omwille van een duidelijk uitgeschreven transitie-organisatie met diverse rollen en profielen”,

en omwille van de “kwaliteit van de extra aangeboden diensten”, en wat perceel 1 betreft, dat de gekozen inschrijver een betere optie is omwille van het voorzien “in een uitgebreide ondersteuning voor de organisatie van de nummerportering (nummerbehoud bij transitie) voor de overdracht van volledige GSM-vloot (initiële transitiefase)”.

De verzoekende partij maakt bijgevolg voldoende aannemelijk dat zij haar offerte anders had kunnen opbouwen en een meer voordelige offerte had kunnen indienen indien de sub-subgunningscriteria, hun planmatig en systematisch karakter en hun afzonderlijke, niet gelijke weging voorafgaand kenbaar zouden zijn geweest.

De door de verwerende partij opgeworpen exceptie van gebrek aan belang bij het middel, wordt bijgevolg verworpen.

15. Uit het voorgaande volgt dat de offertes werden getoetst aan de hand van het gunningscriterium kwaliteit opgedeeld in vier subgunningscriteria, en 16 sub-subgunningscriteria, met elk een afzonderlijke weging, die niet in het bestek of in de aankondiging van de opdracht waren opgenomen, wat een schending met zich meebrengt van het in het middel aangevoerde gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Deze vaststellingen zijn van aard om de gehele gunningsprocedure aan te tasten zodat hieruit volgt dat niet langer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de meest voordelige inschrijver.

16. Het eerste onderdeel van het nieuw middel wordt gegrond bevonden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 22 juni 2018 van de Vlaamse Gemeenschap waarbij de raamovereenkomst ‘Het aanbieden van een breed gamma van telecommunicatiediensten bestaande uit spraaktelefonie (vast en mobiel) en marketingnummers, datacommunicatie

(vast, mobiel en inclusief ‘machine to Machine’ of ‘Internet of things’) en virtuele telefooncentrales (Cloud PBX)’ (Opdracht nr. 2017/HFB/OPMB/33326), wordt gegund aan de nv Proximus, wat perceel 1 ‘Vaste telefonie, marketingnummers & vaste datacommunicatie’ en perceel 2 ‘Mobiele telefonie, mobiele datacommunicatie voor professioneel gebruik’ betreft.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien december tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest