

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.047 van 24 juni 2021
in de zaak A. 226.932/XII-8660**

In zake : de NV DILEOZ
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten David D’Hooghe, Ian Arnouts en Matthias De Groot
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 de GEMEENTE DILBEEK
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Wim Rasschaert
 kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
 Schoolstraat 20
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 januari 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek van 26 november 2018, waarbij perceel 3 van de opdracht ‘HR-systemen: tijdsregistratie en planning, personeelbeheersysteem en loonadministratie voor Groep Dilbeek, looptijd 10 jaar’ wordt gegund aan de nv SD Worx Belgium en niet aan de nv Dileoz.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 juni 2021 om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft de stand van zaken uiteengezet.

Advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De gemeente Dilbeek schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “HR-systemen: tijdsregistratie en planning, personeelbeheersysteem en loonadministratie voor Groep Dilbeek, looptijd 10 jaar”.

3.2. De opdracht wordt gegund bij wijze van mededingingsprocedure met onderhandeling.

De opdracht is opgedeeld in vier percelen:

- Perceel 1 “Tijdsregistratie en planning”;
- Perceel 2 “Personeelbeheersysteem”;
- Perceel 3 “Loonadministratie”;
- Perceel 4 “Project flexibel verlonen”.

Het beroep heeft enkel betrekking op perceel 3 “Loonadministratie”.

De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 maart 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 maart 2018.

3.3. Het bijzonder bestek met referte 2018/030 is op de opdracht van toepassing.

Onder punt I.10 “Gunningscriteria” bepaalt het bestek de gunningscriteria die gelden voor alle percelen:

“

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Kwaliteit	50
	-Beantwoording aan de gevraagde functionaliteiten van de software per perceel; -Beantwoording aan de gevraagde functionaliteiten zoals vermeld onder punt III.5.1 “Systeembeheer en –vereisten”.	
	<i>De beantwoording aan de gevraagde functionaliteiten wordt beoordeeld aan de hand van de offerte en de demo, conform III.6.</i>	
2	Service en ondersteuning *De offerte vermeldt: -indien er gebruik gemaakt wordt van licenties per gebruiker, de kostprijs per gebruikerslicentie. De voorkeur gaat uit naar software waarop een ongelimiteerd aantal gebruikers kan inloggen. -de modaliteiten van het onderhoudscontract (o.a. prijs, welk onderhoud/helpdesk wordt aangeboden in het onderhoudscontract en een uurtarief voor extra’s die niet in de offerte voorzien werden) en updates	20
2.1	Opleiding	8
	<i>zie bestek, in het bijzonder punt III.5.6 Implementatie en opleiding</i>	
2.2	helpdesk	8
	<i>zie bestek, in het bijzonder punt III.5.5 SLA en helpdesk</i>	
2.3	Linken met andere software	4
	<i>zie bestek, in het bijzonder punt III.5.2 koppelingen</i>	
3	Prijs	20
	<i>Score wordt toegekend volgens de regel van drie</i>	
4	Overdracht van huidige gegevens en consultatie archief	10

	<i>zie bestek, in het bijzonder punt III.5.4 Conversie/inlezen historische gegevens</i>
Totaal gewicht gunningscriteria:	100

.”

3.4. Vier ondernemingen dienen een kandidaatstelling in.

Op 7 mei 2018 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek goedkeuring aan de selectie van de volgende kandidaten: de nv SD Worx Belgium, de nv Cipal Schaubroeck, de nv Syntegro en de verzoekende partij.

3.5. Drie ondernemingen dienen een offerte in voor perceel 3: de nv SD Worx Belgium, de nv Cipal Schaubroeck en de verzoekende partij.

3.6. Op 12 juni 2018 vindt de demo van de verzoekende partij plaats.

3.7. Op 24 juli 2018 nodigt de gemeente Dilbeek de verzoekende partij uit om een BAFO in te dienen, hetgeen zij doet op 31 juli 2018.

3.8. Op uitnodiging van de gemeente Dilbeek heeft de verzoekende partij de verbintenistermijn van haar BAFO tweemaal verlengd, een laatste keer tot 31 december 2018.

3.9. Het verslag van nazicht van de offertes wordt opgesteld op 18 november 2018.

De offerte van de nv SD Worx Belgium wordt als beste gerangschikt voor perceel 3 met een score van 83,3 en de offerte van de verzoekende partij als tweede met een score van 82.

Wat het gunningscriterium “Kwaliteit” betreft, scoort de offerte van de nv SD Worx Belgium 48 op 50, de offerte van de verzoekende partij 35 op 50 en de offerte van de zittende inschrijver, de nv Cipal Schaubroeck, 38,5/50.

Voor de nv SD Worx Belgium luidt de motivering:

**“Plus- en minpunten op basis van de offerte
[...] Zie excel-lijst.**

SD Worx voldoet aan de gevraagde functionaliteiten, hoewel ze voor drie zaken de verwachtingen van het bestuur op een andere manier inlossen.

Opzeggingsvergoeding en loonbeslag kunnen niet automatisch individueel gesimuleerd worden in hun systeem, maar deze individuele simulaties kunnen wel aangevraagd worden bij SD Worx (- 1 punt).

Voor de aangifte sociaal risico geeft SD Worx enerzijds aan niet verantwoordelijk te zijn voor deze aangifte maar zegt anderzijds wel te kunnen zorgen voor de attesten van de RVA en van de mutualiteit zodat dit voor het bestuur wel wordt opgevangen (- 1 punt).

Voor bovenstaande zaken worden in totaal 2 punten afgetrokken.

Een pluspunt is dat SD Worx voorziet in een validatieprogramma en dat sommige fouten uit zichzelf blokkerend zijn.

Plus- en minpunten op basis van (de deelnemers van) de demo

- ‘Alle koppelingen zijn mogelijk, ook met crm’ (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- ‘Vergelijkbaar met ADMB (= aanbieder bij Cipal/schaubroeck)’ (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- ‘Kortste doorlooptijd (modulair opgebouwd)’ (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- ‘Flexibiliteit qua machtigingen’ [...]. (Michèle Snyers, HR Partner Welzijn)
- ‘In theorie slechts enkele minuten nodig voor mensuele loonsimulaties’ [...]. (Michèle Snyers, HR Partner Welzijn)
- ‘Zijn de enige die een werkende oplossing aanbieden’ (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)

Wanneer tijdens de demo een vraag werd gesteld, werd de oplossing live getoond.

Plus- en minpunten volgens Gent

Voor de loonadministratie doet Dilbeek vandaag reeds beroep op Cipal Schaubroeck. Om een objectieve beoordeling te kunnen maken, zijn we het systeem van de andere inschrijvers ook live gaan bekijken bij een ander bestuur, in dit geval bij [de] stad Gent.

- Gent deelde mee dat alles reeds van in het begin werkt, wat loonadministratie betreft;
- De loonberekeningen kloppen;
- Er is ook heel wat maatwerk mogelijk en de samenwerking verloopt heel goed. Stad Gent heeft de indruk dat er zeer sterke mensen op hun project werden geplaatst;
- De DIMONA-aangifte moet niet apart worden ingegeven;
- Het is mogelijk om loonbrieven te trekken in de loop van de maand;
- De service is erg goed, SD Worx komt elke maand langs bij de personeelsdienst van Gent voor de loonafsluiting en dan controleren ze onmiddellijk of alles correct werd ingevoerd.

Het systeem in werkelijkheid lijkt dus grotendeels overeen te stemmen met wat er in de offerte en demo werd uiteengezet.

Dit schept ook het nodige vertrouwen, wat essentieel is gezien het belang dat de organisatie aan de HR-systemen hecht en gezien de duurtijd van de opdracht.”

Voor de verzoekende partij luidt de motivering:

**“Plus- en minpunten op basis van de offerte
[...] Zie excel-lijst.**

Conform de offerte voldoet Dileoz aan al de gevraagde functionaliteiten

Plus- en minpunten op basis van de demo

Er werd meegegeven dat uit de demo moest blijken dat aan de gevraagde functionaliteiten kon worden voldaan. De inschrijvers waren vrij om hier zelf een invulling aan te geven.

De repliek van de kandidaten van de demo was echter over het algemeen dat de presentatie van Dileoz zeer vaag was:

- ‘Er wordt te vlug gezegd dat alles kan’; (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- ‘uitleg te technisch, te weinig van hun toepassingen laten zien’; (Veerle Vanisterbecq, team personeel)
- ‘Draait enkel in piloot, enkel demoversie beschikbaar’; (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- ‘Technische presentatie’; (Sofie De Weer, HR Partner VT)
- ‘Stellen module 4.0 voor terwijl 3.0 nu pas loopt in een aantal besturen die recent zijn aangesloten. Geeft bizar gevoel: hollen ze telkens achter feiten aan of zijn ze mee met de vragen/noden van klanten maar moeten ze daarvoor iedere keer opnieuw gaan programmeren (‘hogere’ programma blijkt geen eenvoudige upgrade te zijn)’; (Sofie De Weer, HR Partner VT)
- ‘In theorie slechts enkele minuten nodig voor mensuele loonsimulaties’. (Michèle Sneyers, HR Partner Welzijn)

Wanneer tijdens de demo concrete vragen werden gesteld, konden die niet steeds in de effectieve werkomgeving worden getoond (bv. omdat het nog in ontwikkeling was).

Plus- en minpunten volgens Halle

Dit zijn uiteraard subjectieve indrukken van een momentopname. Om een volledige, correcte en objectieve beoordeling te maken, zijn we de systemen van de inschrijvers (met uitzondering van Cipal Schaubroeck, aangezien Dilbeek daarmee vandaag zelf al werkt) gaan bekijken bij een ander bestuur, in dit geval bij stad Halle, die recent een gelijkaardige opdracht aan Dileoz gunde.

Jammer genoeg konden zij ons niet veel meegeven omtrent de loonadministratie (DPP) omdat dit nog niet operationeel was.

Dileoz geeft telefonisch – op 26.07.18 – aan dat DPP wel al live is bij besturen (bijvoorbeeld bij Aalst en Oostkamp), en dat het operationeel is bij Acerta (geen lokaal bestuur).

Er werd contact opgenomen met Aalst en Oostkamp. Zij konden ons niet veel over de inhoud van de software zeggen.

Op 4.10.2018 liet Aalst bijvoorbeeld weten dat zij nog niet met het nieuwe loonsysteem van Dileoz werkten. Oostkamp meldde ons diezelfde dag dat ze nog in de aanloopfase van het nieuwe systeem zitten en er nog niet mee werken. Wat wel bleek is dat ze vertrouwen in het toekomstige systeem hebben en dat het er gebruiksvriendelijk uitziet en dat het goed opgezet lijkt te zijn.

Het is jammer dat er dus niet in de praktijk kan worden nagegaan hoe het systeem zal werken. Uiteraard schetst de offerte hier een beeld van, maar dit is voor het grootste deel theoretisch.

Groep Dilbeek bevindt zich op dit moment in de onmogelijkheid om werkelijk te controleren hoe het in de praktijk zal werken. Gezien de omvang van de opdracht en de lange looptijd, acht groep Dilbeek het wel noodzakelijk om het systeem werkelijk te kunnen beoordelen voor zij zich voor 10 jaar verbindt.

Er worden 15 punten afgetrokken omdat uit de demo niet bleek dat aan de gevraagde functionaliteiten kon voldaan w[o]rden.”

Voor Cibal Schaubroeck luidt de motivering:

“Plus- en minpunten op basis van de offerte

[...] Zie excel-lijst.

Cibal Schaubroeck:

- Bij Cibal Schaubroeck is de koppeling van loonadministratie met het personeelbeheersysteem en het tijdsregistratiesysteem slechts deels mogelijk. Groep Dilbeek hecht echter veel waarde aan dit punt, omdat de voorkeur wordt gegeven aan een geïntegreerd systeem met zo weinig mogelijk manuele of dubbele ingaven. Ze kunnen prestaties op dit moment nog niet inladen vanuit tijdsregistratie naar lonen (zou moeten kunnen vanaf 1 januari 2019 ...).
Hiervoor worden 5 punten afgetrokken;
- Er worden geen tewerkstellingsattesten of C4's opgesteld (-1 punt);
- Er is ook geen rechtstreekse opdracht van het aantal verschuldigde maaltijdcheques aan de leverancier (-1punt);
- Het benodigde personeelsbudget in functie van opmaak meerjarenplanning, rekening houdend met vermoedelijke in- en uitdiensttredingen, indexaties, wijzigende bijdragepercentages allerhande, doorschakeling in functionele loopbaan, wordt enkel op papier en pdf afgegeven (- 1 punt);
- Cibal Schaubroeck gaat uit van een verwerkingstijd van drie dagen voor de lonen. In vergelijking met de andere kandidaten (een halve dag of zelfs enkele ogenblikken) lijkt dit onaanvaardbaar lang (-1 punt);

- De begroting kan niet vanuit hun systeem worden opgemaakt (bij de andere inschrijvers kan dit wel);
- Ze doen geen aangifte van ASR (-1 punt);
- In het bestek wordt aangegeven dat eigen beheer de voorkeur krijgt boven onderaanneming. Ciral Schaubroeck doet beroep op ADMB voor de loonverwerking van de EVA-vzw's (-0,5 punt);
- Naast het feit dat er beroep wordt gedaan op een onderaannemer, wordt het perceel loonverwerking opgesplitst tussen twee aannemers, Ciral Schaubroeck voor gemeente en OCMW en ADMB voor de vzw's. Het is echter de bedoeling om zo geïntegreerd mogelijk te werken. De twee andere inschrijvers bieden wel eenzelfde toepassing aan voor OCMW, gemeente en vzw's (-1 punt).

ADMB:

- Op basis van de gevraagde functionaliteiten scoort ADMB wel erg goed en lijkt dit systeem conform aan al de vereisten van het bestek.

Plus- en minpunten op basis van de demo

- 'hoog gebruiksgemak, veel mogelijkheden qua rapportage, simulaties..., zeer interessante begrotingsmodule, veel flexibiliteit inzake wie je machtigingen geeft'; (Michèle Sneyers HR Partner Welzijn)
- 'Lange doorlooptijd (2021?)'; (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- 'Veel te lange presentatie, geen rekening gehouden met toegewezen tijd (wel vraag gesteld of ze mochten voortdoen)'; (Sofie De Weer, HR Partner VT)
- 'Te veel moeten horen dat programma's 'nog in ontwikkeling zijn', we willen bij voorkeur iets dat al werk/getest is (en zo weinig mogelijk proefkonijn spelen)'; (Sofie De Weer, HR Partner VT)
- 'Loonverwerking vzw's ook ok'; (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- 'Verwerkingstijd: 3 dagen!' (Jan Quinart, team personeel)
- 'Nog nergens volledig in werking'; (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- "Mij niet duidelijk wie eerste aanspreekpunt is bij issues : Ciral-Schaubroeck? Syntegro? ADMB? Werken ze met een SPOC? Staat misschien in de geschreven offerte...'. (Michèle Sneyers, HR Partner Welzijn)
- 'HR oplossing is nog niet afgewerkt'
'Sollicitatietoepassing wel ok'; ' (Louis Massagé, team informatiebeheer ICT)
- 'ADMB: voor lonen vzw; ziet er ook overzichtelijk/gebruiksvriendelijk uit, link met externe dienst voor preventie op het werk is interessant (werd niet gevraagd)"; (Sofie De Weer, HR Partner VT)"

Het besluit in het gunningsverslag aangaande het tweede gunningscriterium 'Kwaliteit' luidt:

“ADMB scoort erg goed op het perceel loonadministratie, maar samengenomen met het aanbod van Cipal Schaubroeck, dat niet aan alle (en een aantal cruciale) functionaliteiten beantwoordt en mede rekening gehouden met het feit dat voor de loonadministratie van de groep niet enkel beroep wordt gedaan op een onderaannemer, maar dat het zelfs zal worden opgesplitst over 2 aannemers, is dit geen aantrekkelijke optie voor groep Dilbeek. Cipal Schaubroeck heeft daarnaast drie dagen verwerking nodig voor de lonen, terwijl de andere inschrijvers dit veel sneller zeggen te kunnen.

De loonmotor DPP van Dileoz is veelbelovend, maar vandaag nog niet helemaal operationeel, zo bleek uit de demo en uit een navraag bij andere besturen die ons meedeelden dat ze nog niet veel konden vertellen over de inhoudelijke werking van DPP. Groep Dilbeek kan dus niet nagaan hoe dit in de praktijk zal werken. Uit de demo kon niet afgeleid worden hoe aan alle gevraagde functionaliteiten zal voldaan worden.

Het systeem van SD Worx is reeds operationeel en kon wel in de praktijk worden beoordeeld. Dit geeft ook de het vereiste vertrouwen voor een opdracht van deze omvang.

Groep Dilbeek hecht ook veel belang aan de zekerheid dat bepaalde systemen voldoen en dat dit zo snel mogelijk kan worden geïmplementeerd. De voorkeur gaat uit naar een systeem dat meteen kan worden aangeleerd en dat vooraf kon worden beoordeeld.

- ADMB: 45/50 + Cipal Schaubroeck: 32/50 = 38,5/50
- SD WORX: 48/50
- Dileoz: 35/50”

3.10. Op 26 november 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de offertes en perceel 3 te gunnen aan SD Worx.

Dit is het bestreden gunningsbesluit. Het verslag van nazicht van de offertes maakt integraal deel uit van de beslissing.

3.11. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 27 november 2018 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan haar is gegund.

Omdat alle prijzen aanvankelijk onleesbaar werden gemaakt, heeft de verzoekende partij met een e-mailbericht van 29 november 2018 kopie gevraagd van het gunningsverslag inclusief de prijsgegevens.

Na een eerste weigering door de gemeente Dilbeek, herhaalt de verzoekende partij haar verzoek op 6 december 2018.

Met een e-mailbericht van 7 december 2018 heeft de gemeente Dilbeek alsnog kopie bezorgd van het gunningsverslag waarin de prijzen wel leesbaar zijn.

Bij arrest nr. 243.420 van 17 januari 2019 verwerpt de Raad van State de door de verzoekende partij ingestelde vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en het gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt:

“Krachtens rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State is de aanbestedende overheid in principe verplicht om vóór de opening van de offertes de beoordelingsmethodiek van een gunningscriterium vast te stellen, om aldus transparant te handelen en alle ondernemingen gelijk te behandelen.

Uit de opdrachtdocumenten blijkt niet dat de gemeente Dilbeek de beoordelingsmethodiek voor gunningscriterium nr. 1 in verband met de kwaliteit vóór de opening van de offertes heeft vastgesteld, er werd immers geen methodiek meegedeeld aan de inschrijvers. Uit het verslag van nazicht lijkt te kunnen worden afgeleid dat de gemeente wel degelijk een bijzondere methodiek heeft toegepast voor dit ene gunningscriterium, waarvan de toepassing bijzonder nadelig is gebleken voor verzoekende partij. Het komt aan de gemeente Dilbeek toe om te bewijzen dat de gehanteerde beoordelingsmethodiek voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State.”

De verzoekende partij betoogt dat het bestek op geen enkele wijze melding maakt van enige beoordelingsmethodiek die zal worden gehanteerd bij de beoordeling van de (BAFO-)offertes van de inschrijvers en aan de hand waarvan op objectieve wijze punten worden toegekend en een rangschikking kan worden opgesteld.

Uit de tekst van de beoordeling van het kwaliteitscriterium voor perceel 3 kan volgens de verzoekende partij worden afgeleid dat “de gemeente Dilbeek lijkt te hebben gewerkt aan de hand van een systeem van puntenaftrek. Tekortkomingen in de offerte en/of de demo van de inschrijvers worden aldus ogenschijnlijk gelijkgesteld met een vermindering van het maximaal aantal punten”, waarbij voor bepaalde negatieve elementen meer punten worden afgetrokken dan voor andere.

Het voorgaande impliceert volgens de verzoekende partij dat de gemeente Dilbeek een uitdrukkelijk bewijs, daterend van vóór de opening van de offertes, dient voor te leggen dat de voormelde beoordelingsmethodiek – met puntenaftrek per tekortkoming – werd vastgesteld. “Tevens moet uit de vastgestelde beoordelingsmethodiek blijken hoe de tekortkomingen gewaardeerd zullen worden en dus hoeveel punten afgetrokken worden, gelet op de aard en de mate van de tekortkoming”.

De verzoekende partij merkt hierbij op dat voor de “zwaarste tekortkoming”, die aan haar wordt verweten, 15 punten worden afgetrokken en dat indien hiervoor “slechts 10 punten in plaats van 15 punten zouden zijn afgetrokken, [...] [zij] nog steeds de voordeligste offerte [zou] hebben ingediend. Het risico dat de hoogte van de zwaarste aftrek a posteriori op 15 punten is bepaald met de bedoeling om de opdracht aan SD Worx te kunnen toewijzen is dus zeer reëel. Het is net dat risico dat de Dimarso-rechtspraak van het Hof van Justitie en van Uw Raad heeft willen vermijden”.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat enkel voor de beoordeling van het betrokken gunningscriterium, namelijk het gunningscriterium nr. 1 “Kwaliteit” bij het derde perceel, van een puntenaftrek wordt gebruik gemaakt. Voor de overige gunningscriteria bij het derde perceel, alsook voor het gunningscriterium “Kwaliteit” en andere gunningscriteria bij de overige percelen wordt een dergelijk systeem niet gebruikt.

De verzoekende partij meent dat de gemeente Dilbeek blijkens de gehanteerde beoordelingsmethodiek – puntenaftrek voor tekortkomingen – en de puntenaftrek van 15 punten ingevolge de demo, eigenlijk een nieuw gunnings-criterium “demo” heeft toegevoegd. “De demo is aldus niet langer een element om de kwaliteit te beoordelen, het is getransformeerd naar een afzonderlijk criterium dat op zichzelf klaarblijkelijk (minstens) 15 punten waard is. Dit was de verzoekende partij op voorhand [...] niet bekend.”

De verzoekende partij benadrukt dat, in tegenstelling tot wat de Raad in het voormelde arrest nr. 243.420 van 17 januari 2019 betreffende de vordering tot schorsing *prima facie* lijkt te hebben geoordeeld, namelijk dat de puntenaftrek geen “bijzondere berekeningswijze” betreft, een systeem van puntenaftrek wel degelijk voldoet aan de definitie van “beoordelingsmethodiek”. Indien uw Raad dit standpunt niet zou bijvallen, verzoekt de verzoekende partij de Raad om de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen:

“Dient artikel 67, vierde en vijfde lid van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus te worden uitgelegd dat, in de context van de toetsing van de offertes aan een gunningscriterium in verband met de kwaliteit, een wijze van puntentoekenning waarbij van een totaal aantal punten wordt vertrokken en per door de aanbestedende overheid vastgestelde tekortkoming punten worden afgetrokken (een ‘systeem van puntenaftrek’) te beschouwen is als de beoordelingsmethodiek (of minstens hiervan deel uitmaakt), die bijgevolg in beginsel voor de opening van de offertes door deze overheid moet worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten?”

“Indien het antwoord op de eerste vraag negatief is: dient artikel 67, vierde en vijfde lid van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus te worden uitgelegd dat, in het kader van een systeem van puntenaftrek, het toepassen van een grote puntenaftrek, te dezen tot ongeveer 30% van het voor dit gunningscriterium totaal toe te kennen punten, voor één welbepaald element bij de toetsing (in casu de demo) moet worden beschouwd als het gebruik van een subgunningscriterium, waardoor het gebruik ervan en het gewogen gewicht bij de bekendmaking moet worden meegedeeld?”

Voorts benadrukt zij dat uit de Dimarso-rechtspraak nergens voortvloeit dat de verplichting tot voorafgaande vaststelling van de beoordelingsmethodiek anders zou zijn naargelang het soort beoordelingsmethodiek en of ze al dan voorzienbaar is. “Er kan aldus niet worden aangenomen dat de voormelde verplichting enkel zou gelden voor een ‘bijzondere’ beoordelingsmethodiek en dat een minder streng regime zou gelden voor een ‘algemene’ beoordelingsmethodiek, waarbij de offertes ‘gewoon inhoudelijk’ aan het gunningscriterium worden afgetoetst”.

Hierbij vraagt de verzoekende partij, indien de Raad van oordeel zou zijn dat de vereiste van de voorafgaande vaststelling van de beoordelingsmethode enkel zou gelden voor een “bijzondere beoordelingsmethodiek”, de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen:

“Indien het antwoord op de eerste vraag positief is: dient artikel 67, vierde en vijfde lid van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus te worden uitgelegd dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen een ‘algemene’ en ‘bijzondere’ beoordelingsmethode, in die zin dat een algemene beoordelingsmethode op voorhand te verwachten is en waarbij enkel een bijzondere beoordelingsmethodiek vóór de opening van de offertes door de aanbestedende dienst moet worden vastgesteld?”

De verzoekende partij is evenwel van oordeel dat hoe dan ook een systeem van puntenaftrek, zoals toegepast *in casu*, dient te worden beschouwd als een “bijzondere” beoordelingsmethodiek. De vaststelling dat de ene tekortkoming aanleiding geeft tot een andere puntenaftrek dan de andere, illustreert volgens haar dat het gaat om een bijzondere berekeningswijze. Ook op dit punt verzoekt de verzoekende partij de Raad van State om aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen, indien dit standpunt niet zou worden bijgevalen:

“Indien het antwoord op de derde vraag positief is: dient artikel 67, vierde en vijfde lid van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus te worden uitgelegd dat in de context van de toetsing van de offertes aan een gunningscriterium in verband met de kwaliteit een systeem van puntenaftrek met een verschillende aftrek naar gelang de ernst en de aard van de tekortkoming (tot ongeveer 30% van het voor dit criterium totaal aantal toe te kennen punten), dient te worden beschouwd als een bijzondere beoordelingsmethode?”

5. In de memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij nog de bewering van de verwerende partij, dat het relatief gewicht van de gevraagde demo geen wijziging zou meebrengen in de in het bestek vastgestelde gunningscriteria. Zij benadrukt opnieuw dat door het toekennen van een bepaald gewicht aan de demo, zonder dat zulks in het bestek is bepaald, de verwerende partij aan bepaalde elementen een groter gewicht heeft toegekend dan aan andere elementen zonder dat hiervoor enige grondslag in het bestek is terug te vinden. Zij blijft er ook bij dat deze beoordelingsmethodiek “met behulp van een

puntenaftrek” niet op voorhand, “d.i. vóór de opening van de offertes”, werd vastgesteld wat een vereiste is zoals het Hof van Justitie heeft geoordeeld in het Dimarso-arrest. Zij kan er evenmin mee instemmen dat de loutere vermelding in het bestek dat de voorstellen van de inschrijvers worden beoordeeld aan de hand van hun offerte en een demo als de vaststelling van een gehele beoordelingsmethodiek mag worden gezien. “Voor zover de gemeente Dilbeek opwerpt dat zij geen rekening had kunnen houden met de omstandigheid dat zij het door Dileoz voorgestelde systeem nergens zou kunnen testen, bewering die op zich al betwifelbaar is, dient opgemerkt dat dit niet belet dat zij op voorhand zou kunnen vastleggen dat tekortkomingen in de demo zouden worden bestraft met een puntenaftrek”.

Ten slotte volhardt de verzoekende partij ook in haar prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. “Voor zoveel als nodig”, merkt zij daarbij op dat in het meer vermelde arrest nr. 243.420 van 17 januari 2019 de Raad niet ingaat op de inbedding in de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie, “wat op zich reeds verantwoordt dat deze vraag aan het Hof zelf wordt voorgelegd, indien het oordeel van uw Raad hetzelfde zou zijn als in het voornoemde schorsingsarrest bij uiterst dringende noodzakelijkheid.”

6. In haar laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat de gehanteerde methode van puntenaftrek beantwoordt aan de definitie van een beoordelingsmethode en deze dus moest zijn vastgesteld vóór de opening van de offertes, wat volgens haar hier “met zekerheid” niet is gebeurd.

Vermits, zo benadrukt de verzoekende partij, de rechtspraak van het Hof van Justitie nergens stelt dat het al dan niet voorzienbaar karakter van de beoordelingsmethodiek mee in overweging moet worden genomen, mag het gebeurlijk voorzienbaar karakter van de beoordelingsmethodiek dan ook niet impliceren dat de beoordelingsmethodiek besloten ligt in de besteksbepalingen. “[H]et zou aldus immers [zo betoogt zij] niet langer vereist zijn dat de beoordelingsmethodiek uitdrukkelijk is vastgesteld, het volstaat dat – desgevallend pas na opening van de offertes – een methodiek wordt gekozen die op voorhand verwacht kon worden. In zoverre ook een andere methodiek verwacht had kunnen

worden – getuige het feit dat voor andere criteria en percelen een andere methodiek werd gehanteerd – zou dit dan betekenen dat de aanbestedende overheid de vrije keuze heeft tussen al de methodieken die op voorhand hadden kunnen worden verwacht, ongeacht welke van die methodieken dan precies zou zijn gekozen. Dit doet afbreuk aan de essentie van de rechtspraak van het Hof van Justitie, die favoritisme wil tegengaan”.

Bovendien betwist de verzoekende partij dat de hier toegepaste methodiek voorzienbaar was, zoals alleen al blijkt uit het feit dat enkel voor het betrokken criterium ‘kwaliteit’ voor het betrokken perceel een stelsel van puntenaftrek wordt toegepast. Zij benadrukt hierbij dat “het verschil in puntenaftrek (0,5 en 1 punt versus 15 punten [...] dermate ruim en buitenproportioneel [is] dat dit deel had moeten uitmaken van de vooraf vastgestelde beoordelingsmethodiek (*quod certe non*) om aanvaardbaar te zijn”.

Ten slotte volhardt zij, indien “effectief aanvaard [wordt] dat voorzienbare beoordelingsmethodieken [...] een uitzonderingspositie bekleden binnen de Dimarso-rechtspraak van het Hof van Justitie”, in haar prejudiciële vragen, aangezien dit standpunt volgens haar niet voortvloeit uit de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie.

Beoordeling

7. Artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat “(d)e aanbesteders [...] de ondernemers behandelen op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.”

8. Te dezen heeft de verwerende partij blijkens het bestek gekozen voor een werkwijze waarbij zij bij het gunningscriterium “kwaliteit” de theoretische kwaliteit van de offertes ook in een effectieve werkomgeving wil nagaan met een demo door een team van deelnemers. Uit het gunningsverslag blijkt dat voor dit perceel en voor dit criterium tekortkomingen in de offerte of de demo van de inschrijvers werden gesanctioneerd met een vermindering van het maximaal aantal punten. Een dergelijke werkwijze beantwoordt aan de definitie

van “beoordelingsmethode” of maakt hiervan minstens deel uit, zoals de verzoekende partij stelt, zodat er geen reden is om de eerste door haar voorgestelde prejudiciële vraag te stellen, die zij verzocht te stellen indien dit standpunt niet zou worden bijgevalen.

Bijgevolg hoeft ook de tweede prejudiciële vraag niet te worden gesteld, nu deze als uitgangspunt een negatief antwoord op de eerste vraag vooronderstelt, namelijk dat de gehanteerde werkwijze niet is te beschouwen als een “beoordelingsmethode”; de vraag of de demo moet worden beschouwd als een subgunningscriterium, met een eigen bekend te maken weging, hoeft dus niet nader te worden onderzocht.

9. Terecht meent de verzoekende partij dat uit de Dimarso-rechtspraak nergens voortvloeit dat de verplichting tot voorafgaande vaststelling van de beoordelingsmethodiek anders zou zijn naargelang het soort beoordelingsmethodiek. Met de verzoekende partij wordt aldus aangenomen dat voormelde verplichting geldt voor om het even welke beoordelingsmethodiek die de aanbestedende overheid wenst te hanteren. De derde en vierde prejudiciële vragen die vertrekken vanuit de premisse dat de vereiste van de voorafgaande vaststelling enkel zou gelden voor een “bijzondere” beoordelingsmethodiek die een niet voorzienbaar karakter heeft, hoeven dus evenmin te worden gesteld.

10. Het al dan niet voorzienbaar karakter van de beoordelingsmethode is daarentegen wel van belang teneinde uit te maken of deze al dan niet besloten ligt in de besteksbepalingen. Bij een bevestigend antwoord blijkt alsdan dat de methode al blijkt uit het bestek en dus is vastgesteld vóór de opening van de offertes.

Daarbij dient te worden in acht genomen dat een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes elke offerte dient te vergelijken met elk van de andere offertes en tot een rangschikking te komen van de offertes rekening houdend met de voor- en nadelen van elke offerte ten opzichte van en in verhouding tot elk van de andere offertes. De aanbestedende overheid beschikt daarbij over een bepaalde beoordelingsruimte. Bij de toetsing van de offertes dient

niet alles op voorhand te worden vastgelegd in rigide schema's, bindende parameters en vooraf vastgestelde bepaalde vermeerderingen en verminderingen in quotering.

Te dezen maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de evaluatie niet op een voor de hand liggende manier zou zijn gebeurd, rekening houdende met de mate waarin de offerte wel of niet beantwoordt aan de vereiste functionaliteiten volgens het bestek en de mate waarin de demo daarvan blijk geeft. Een normaal zorgvuldig inschrijver kon er zich aan verwachten dat het blijkens de offerte niet voldoen aan de een of andere functionaliteit, aanleiding zou geven tot een puntenaftrek en ook dat een demo, die niet beantwoordt aan het opzet om het vervuld zijn van de blijkens de offerte aanwezige functionaliteiten in een effectieve werkomgeving aan te tonen, in aanzienlijke mate zou worden afgestraft.

11. De omstandigheid dat niet elke tekortkoming wordt gewaardeerd met eenzelfde puntenaftrek moet worden begrepen binnen de ruime beoordelingsruimte waarover de overheid beschikt en die zich niet op algemene wijze laat gelijkstellen met het verplicht hanteren van rigide schema's die aard en mate van tekortkoming koppelen aan een bepaalde puntenaftrek, zoals verdedigd door de verzoekende partij. Het is niet ondenkbaar dat het anders inlossen van de verwachtingen van de aanbestedende overheid zoals geformuleerd in het bestek, anders wordt geapprecieerd dan het helemaal niet inlossen. Dit neemt niet weg dat een appreciatie die de grenzen van die beoordelingsruimte te buiten gaat, vatbaar is voor sanctionering, wat aan bod komt in het tweede middel, maar een eventuele onwettigheid in die zin vitieert als dusdanig niet de gehele plaatsingsprocedure.

De loutere omstandigheid dat andere manieren van quoteren binnen de gehanteerde beoordelingsmethode denkbaar zijn, spreekt op zich niet tegen dat de gekozen methode besloten ligt in het bestek. De verzoekende partij kan niet worden bijgevallen in haar stelling, dat er voor de andere criteria en percelen een andere methodiek zou zijn gehanteerd: ook daar werden de min- en pluspunten van elke offerte afgewogen tegenover de min- en pluspunten van de andere offertes, wat bij meer of meer ernstige minpunten leidde tot een puntenvermindering of minder punten of nog een lagere quotering, weze het niet

formeel veruitwendigd. Dat bij dat perceel en bij dat criterium expliciet de toegepaste puntenaftrek wordt vermeld, noopt niet tot een ander standpunt. Dit betekent immers niet dat de voor het gunningscriterium “kwaliteit” gehanteerde beoordelingsmethode wezenlijk zou zijn gewijzigd of niet voorzienbaar zou zijn. Dat er voor de niet voldoende geachte demo, een grotere aftrek wordt toegepast dan voor de andere minpunten bij de andere inschrijvers is ook voorzienbaar, nu in het bestek duidelijk wordt bepaald dat de beantwoording aan de gevraagde functionaliteiten wordt beoordeeld aan de hand van de offerte én de demo, en beide dus op gelijke voet staan. Ten slotte mag ook worden opgemerkt dat de inschrijvers bij een dergelijke expliciete vermelding van de toegepaste puntenaftrek in de motivering worden ingelicht over welke concrete puntenaftrek op bepaalde minpunten werd toegepast en zij deze dan ook beter kunnen aanvechten, bijvoorbeeld wat de proportionaliteit ervan betreft.

De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat een beoordelingsmethodiek is gehanteerd, die niet zou zijn vastgesteld vóór de opening van de offertes.

Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

12. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ *juncto* artikel 5, 9°, van de van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel alsook van de materiële motiveringsverplichting, het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt:

“Bij de beoordeling van het gunningscriterium ‘kwaliteit’ worden bij Dileoz 15 punten afgetrokken. Door deze puntenaftrek verkrijgt Dileoz de

laagste score voor kwaliteit, hoewel de gemeente Dilbeek tegelijk uitdrukkelijk erkent dat de offerte van Dileoz – als enige – op alle vlakken volledig tegemoetkomt aan de functionele vereisten van het bestek. De bewering dat uit de demo niet zou blijken dat aan de gevraagde functionaliteiten kan worden voldaan, wordt op geen enkel vlak concreet aangetoond. De (grootte van de) puntenaftrek staat voorts niet in verhouding tot het totaal toe te kennen punten voor het betrokken gunningscriterium en de puntenaftrekken die bij de overige inschrijvers worden doorgevoerd.

De bewering dat niet in de praktijk kan worden nagegaan hoe de software van Dileoz zal werken kan de puntenaftrek evenmin verantwoorden. Ten aanzien van Cipal Schaubroeck wordt hetzelfde bezwaar geuit, maar wordt geen enkele puntenaftrek doorgevoerd. De beoordeling van de offertes op basis van de ervaringen van bestaande besturen-klanten was niet opgenomen in het bestek en de gemeente Dilbeek is selectief geweest i[n] het bevragen van de bestaande klanten.”

In de toelichting bij het middel voegt de verzoekende partij toe dat een “demo” wordt gedefinieerd als “iets dat dient ter demonstratie”, hetgeen volgens haar een onafgewerkt of onvolledig product veronderstelt.

Het verslag van nazicht noch het Excel-overzicht als bijlage verduidelijken aan welke concrete functionaliteiten niet zou zijn voldaan. Alle tijdens de demo gestelde vragen konden tijdens de prestatie worden beantwoord. Het komt aan de gemeente Dilbeek toe om aan te tonen en te concretiseren welke vragen tijdens de demo niet konden worden beantwoord. Een en ander blijft beperkt tot standaardbewoordingen. Indien de gemeente Dilbeek overigens na de demo nog openstaande vragen zou hebben gehad, had zij deze nadien ook nog steeds kunnen stellen. De buitenproportionele puntenaftrek vergt des te meer motivering. In de mate dat de Raad het standpunt van de verzoekende partij niet zonder meer zou kunnen bijvallen, verzoekt de verzoekende partij de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Dient artikel 55 van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG aldus te worden uitgelegd dat de aanbestedende overheid die een belangrijke (30% van het aantal toe te kennen punten) en beslissende puntenaftrek toepast voor een gunningscriterium in verband met de kwaliteit, zich niet mag beperken tot algemene bewoordingen, maar de inschrijver tevens moet informeren over al de concrete tekortkomingen van de offerte die tot de puntenaftrek hebben geleid?”

De toepassing van de puntenaftrek vindt overigens geen steun in het administratief dossier. Het verslag van nazicht bevat een selectieve weergave van de beoordeling van de demo, zo blijkt in vergelijking met het verslag van het deelnemersteam. Het verslag van nazicht is geen samenvatting van het verslag van het deelnemersteam. De stukken van het administratief dossier bevestigen veeleer dat het verschil tussen de offerte van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver veel beperkter is en geen puntenaftrek van 15 punten verantwoordt.

Met betrekking tot de offerte van de nv Cipal Schaubroeck merkt het verslag van nazicht op dat het aangeboden systeem nog niet volledig klaar is, zonder hieraan een puntenaftrek te verbinden. Het kwam de gemeente Dilbeek toe dit pertinent verschil in behandeling te verantwoorden in het verslag van nazicht. De bestreden beslissing is aldus intern tegenstrijdig en onterecht streng ten aanzien van de verzoekende partij. In die mate verklaart de verzoekende partij belang te hebben bij haar grief met betrekking tot de offerte van de nv Cipal Schaubroeck.

Het verslag van nazicht en het verweer van de verwerende partij laten niet toe met zekerheid uit te maken of de resultaten van de contactname met andere besturen de puntenaftrek mee verantwoorden of niet. Voor zover dit zo is, merkt de verzoekende partij op dat in het bestek niet werd aangekondigd dat contact zou worden genomen met andere lokale besturen om de toepassing in de praktijk van de aangeboden software te toetsen. De verzoekende partij kan bovendien niet akkoord gaan met de manier waarop dit is gebeurd. De verzoekende partij heeft hierop niet kunnen anticiperen door bijvoorbeeld contactgegevens op te geven van klanten die nuttig konden worden gecontacteerd. De gemeente Dilbeek is voorts selectief en onzorgvuldig geweest bij het opvragen van informatie bij haar bestaande klanten. Eensdeels, konden de stad Aalst en de gemeente Oostkamp de basisbetrouwbaarheid van het systeem wel degelijk beoordelen terwijl het al dan niet publiekrechtelijk statuut van de referentieklant (Acerta) geen impact heeft op de operationele kwaliteiten van de software. Anderdeels, zijn de ervaringen van de stad Gent met betrekking tot de gekozen inschrijver in tegenstelling tot het gestelde in het verslag van nazicht, niet onverdeeld positief.

13. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij nog dat de aanbestedende overheid verplicht is tot de gelijke behandeling van alle inschrijvers, ook bij de inhoudelijke beoordeling van hun voorstellen. Zij

meent dat de verwerende partij geen enkele verantwoording aandraagt voor de ongelijke behandeling tussen haar en de nv Cipal Schaubroeck op dit vlak en haar offerte met een grotere strengheid dan de offertes van de overige inschrijvers werd beoordeeld.

De verzoekende partij merkt ook nog op dat de negatieve ervaringen van het OCMW Gent met de software van de gekozen inschrijver niet werden opgenomen in het gunningsverslag en dat dit gunningsverslag aldus een meer rooskleurig beeld schetst voor de SD Worx dan uit de raadpleging van het OCMW Gent bleek.

Tevens benadrukt zij dat het volgen van het standpunt dat de verwijzing naar de ervaringen van andere lokale besturen met wat wordt aangeboden, een overvloedige motivering zou zijn, maakt dat de puntenaftrek van 15 punten volledig – en dus niet bijkomend met verwijzing naar de resultaten van de contactname met andere besturen – moet kunnen worden verantwoord op grond van de beoordeling inzake haar demo, wat zij betwist.

14. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat de verwerende partij nergens de concrete tekortkomingen verduidelijkt die de buitenproportionele puntenaftrek verantwoorden, dat uit het administratief dossier onweerlegbaar blijkt dat het verslag van nazicht geen getrouwe vertaling is van het verslag van het deelnemersteam, dat zij wél belang heeft bij haar kritiek ten aanzien van de nv Cipal Schaubroeck aangezien eenzelfde tekortkoming bij die inschrijver niet in dezelfde puntenaftrek resulteert en op de verwerende partij de verplichting rust tot de gelijke behandeling van alle inschrijvers, ook bij de inhoudelijke beoordeling van hun voorstellen – “dit gegeven versterkt de onevenredigheid en het gebrek aan elke motivering over de hoogte van de puntenaftrek”, en ten slotte dat in geen enkel opzicht blijkt dat de praktijkervaring van andere lokale besturen de puntenscore niet in min of meer zou hebben beïnvloed: “er blijkt geenszins dat de puntenaftrek van 15 punten volledig (en dus niet bijkomend met verwijzing naar de resultaten van de contactname met andere besturen) wordt verantwoord door de beoordeling van de demo van Dileo”.

Beoordeling

15. De formelemotiveringsplicht vereist dat de niet-gekozen inschrijver op grond van de motivering in het verslag van nazicht van de offertes waarop de gunningsbeslissing steunt, afdoende te weten komt waarom de aanbestedende overheid, in het licht van de gunningscriteria, de voorkeur geeft aan deze of gene offerte.

De Raad van State mag zich inzake de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij wel desgevraagd na te gaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur zijn beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan.

16. Uit de beoordeling in het verslag van nazicht der offertes blijkt dat de verzoekende partij voor het eerste gunningscriterium “kwaliteit” 35/50 scoorde omdat tijdens de demo niet bleek dat de vereiste functionaliteiten, waaraan haar offerte theoretisch voldeed, niet konden worden getoond. Het verslag van nazicht vermeldt dat de deelnemers aan de demo over het algemeen van mening waren dat de presentatie van de verzoekende partij zeer vaag was en dat tijdens de demo gestelde concrete vragen, niet steeds in de effectieve werkomgeving konden worden getoond.

17. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat het aan de aanbestedende overheid toekomt haar bestek te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Uit het bestek mag worden afgeleid dat de aanbestedende overheid het theoretisch voldoen aan de vereiste functionaliteiten volgens de offerte ook met een demo *live* heeft willen beoordelen. De draagwijdte die de verzoekende partij geeft aan het begrip “demo” – “het veronderstelt dus een onafgewerkt/onvolledig product” – doet aldus tekort aan het opzet van de aanbestedende overheid, namelijk tonen hoe de voorgestelde oplossing in een effectieve werkomgeving werkt.

18. Het feit dat de verzoekende partij alle tijdens de demo gestelde vragen zou hebben beantwoord, betekent niet noodzakelijk dat de beweerde antwoorden “steeds in de effectieve werkomgeving worden getoond” tijdens de demo, zoals in de bestreden beslissing wordt vastgesteld. De hier in geding zijnde

puntenaftrek sanctioneert dus niet als dusdanig een vastgestelde tekortkoming aan een functionaliteit dan wel een tekortkoming in het *live* tonen van diezelfde functionaliteit.

19. Uiteraard dient een aanbestedende overheid de gegeven puntenaftrek concreet te motiveren. De verzoekende partij wordt in dit standpunt bijgevalen, zodat het stellen van de hiervoor geciteerde prejudiciële vraag zich niet opdringt.

De draagwijdte van die motiveringsplicht moet evenwel worden begrepen rekening houdend met de aard van het te beoordelen element, te dezen de presentatie. Anders dan de verzoekende partij dat ziet, blijven de aangehaalde replieken van deelnemers aan de demo daarbij niet steken in standaardbewoordingen. Uit het verslag van het deelnemersteam blijkt dat het team wel degelijk heeft gepeild naar concrete toepassingen en de diverse presentaties daarbij tegen elkaar heeft afgezet.

20. De verzoekende partij kan voorts niet worden bijgevalen in haar grief dat het verslag van nazicht geen steun zou vinden in het onderliggende verslag van het deelnemersteam. Het verslag van nazicht laat met de vermelding “over het algemeen” ruimte voor individuele positieve bedenkingen. De verzoekende partij laat bovendien in het midden of de door haar aangehaalde positieve elementen uit het verslag van het deelnemersteam naar aanleiding van haar presentatie, verder gaan dan in vergelijking met de nv Cipa Schaubroeck en bovendien het theoretisch karakter overstijgen. Dit laatste geldt evenzeer voor bepaalde negatieve bemerkingen die het verslag van het deelnemersteam bevat naar aanleiding van de presentatie van de gekozen inschrijver, zoals inzake de kostprijs.

21. In de mate dat de verzoekende partij zich ongelijk behandelt weet ten opzichte van de andere inschrijvers wat de grootte van de puntenaftrek betreft, gaat zij er aan voorbij dat de verwerende partij de demo als beoordelingselement op gelijke voet heeft geplaatst met de offerte, zodat het niet haar beoordelingsruimte te buiten gaat om een globaal mindere beoordeling van de demo zwaarder af te straffen dan puntsgewijze tekortkomingen in de offerte aan de gevraagde functionaliteiten. De afwezigheid van een besteksbepaling die een

volledig operationeel systeem vereist – hetgeen trouwens eerder een regelmatigheidsvereiste zou zijn – noch de bevestiging in het verslag van nazicht dat de inschrijvers vrij waren om aan de opgelegde demo zelf een invulling te geven, noopt tot een ander standpunt. De aanbestedende overheid mag oordelen dat een gebrekkige demo van een systeem – die “te weinig van h[aar] toepassingen la[at] zien”, minder praktische zekerheden geeft, en zij mag aldus besluiten dat een offerte die technisch gezien wel voldoet maar daarvan in de praktijk geen blijk geeft, beduidend lager dient te scoren.

22. Bovendien en in de mate dat de verzoekende partij zich bijkomend ongelijk behandeld weet ten opzichte van de nv Cipal Schaubroeck omdat aangaande de praktische werkzaamheid van de voorgestelde oplossing eenzelfde tekortkoming bij die inschrijver niet in dezelfde puntenaftrek resulteert, gaat zij – voor zover zij belang heeft bij deze kritiek – eraan voorbij dat er wel degelijk ook op dit vlak een verschillende beoordeling is. Immers, de verwerende partij uit hier niet helemaal hetzelfde bezwaar ten aanzien van de offerte van de nv Cipal Schaubroeck. De verwerende partij werkte al met die inschrijver. Die inschrijver werkt weliswaar met een onderaannemer voor de gemeentelijke vzw's, die de software ADMB gebruikt en die erg goed scoort op het perceel loonadministratie, maar gebruikt deze niet voor de gemeente en het OCMW. Het is juist de software van de nv Cipal Schaubroeck zelf en niet die van ADMB, die niet aan alle (en een aantal cruciale) functionaliteiten beantwoordt. Het aanbod van de nv Cipal Schaubroeck behaalt aldus nog minder punten dan dat van de verzoekende partij.

23. Uit de bestreden beslissing blijkt ten slotte niet dat de ervaringen van andere lokale besturen de puntenscore heeft beïnvloed, alleszins niet in min. Het verslag van nazicht verbindt de gedane puntenaftrek uitsluitend aan de demo. De verwerende partij heeft juist gepeild naar concrete praktijkervaringen om haar beoordeling van de demo te kunnen objectiveren, teneinde tot een “volledige, correcte en objectieve beoordeling” te komen. Uit de motivering blijkt dat de verwerende partij ook contact heeft opgenomen met de verzoekende partij en dat zij dus wél hierop heeft kunnen anticiperen en klanten heeft kunnen doorgeven die volgens haar nuttig konden worden gecontacteerd. Voorts blijkt niet waarom de verwerende partij selectief en onzorgvuldig zou zijn geweest bij het opvragen van informatie bij deze klanten. Haar bewering dat de stad Aalst en de gemeente

Oostkamp de basisbetrouwbaarheid van het systeem wel degelijk konden beoordelen, neemt niet weg dat deze besturen aan de verwerende partij hebben meegedeeld dat het nieuwe systeem bij hen nog in de aanloopfase was en nog niet operationeel en zij dus niet veel over de inhoud van de software konden meedelen. Ook kan de verzoekende partij niet worden bijgevalen in haar betoog dat het gebrek aan publiekrechtelijk statuut van de referentieklant Acerta geen impact heeft op de operationele kwaliteiten van de software. Immers, er kunnen toch verschillen zijn in de loonadministratie van een publiekrechtelijke werkgever ten opzichte van een privaatrechtelijke werkgever die een impact kunnen hebben op de software.

24. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig juni tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest